



# DESC

**DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito FACAMP

VOLUME 2 | Nº 01 | Jan/Jun 2019

# EXPEDIENTE



## **Revista DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**

Volume 2, número 1, janeiro-junho de 2019

ISSN: 2596-0318

Código DOI: <https://doi.org/10.33389/desc.v2n1.2019>

## **PUBLICAÇÃO DAS FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP**

Endereço: Rua Alan Turing, nº 805 Barão Geraldo - Campinas - SP Caixa Postal 6016 Cep: 13083-898

Telefones: 0800 770 7872 / (19) 3754 8500

**João Manuel Cardoso de Mello**  
Diretor Geral da FACAMP

## **EDITORIA DA REVISTA DESC**

**José Antonio Siqueira Pontes**  
Editor-chefe  
[jose.pontes@facamp.com.br](mailto:jose.pontes@facamp.com.br)

**Celso Naoto Kashiura Jr.**  
Editor-chefe-adjunto  
[celso.kashiura@facamp.com.br](mailto:celso.kashiura@facamp.com.br)

**Antonio Roberto Sanches Jr.**  
Secretário executivo  
[antonio.junior@facamp.com.br](mailto:antonio.junior@facamp.com.br)

## **CONSELHO EXECUTIVO**

**Alaôr Caffé Alves**  
Faculdades de Campinas

**Angela Rita Franco Donaggio**  
Faculdades de Campinas / FGV-SP

**Bernardina Ferreira Furtado Abrão**  
Faculdades de Campinas

**Cristiano Pereira Garcia**  
Faculdades de Campinas

**Fauzi Hassan Choukr**  
Faculdades de Campinas

**Karin Klempp Franco**  
Faculdades de Campinas

**Jânia Maria Lopes Saldanha**  
Universidade Federal de Santa Maria

**Lígia Paula Pires Pinto Sica**  
Faculdades de Campinas / FGV-SP

**Marcelo de Azevedo Granato**  
Faculdades de Campinas

**Oswaldo Akamine Jr.**  
Faculdades de Campinas

**Reinaldo de Francisco Fernandes**  
Faculdades de Campinas

## **DIAGRAMAÇÃO**

**FACAMP**

**CAPA: A Justiça, de Alfredo Ceschiatti, 1961, Praça dos Três Poderes em Brasília, em frente ao Superior Tribunal Federal.**

## CONSELHO EDITORIAL

*Alberto Levi*  
Università Degli Studi di Modena e Reggio Emilia/Itália

*Alessia Magliacane*  
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

*Alessandra Devulsky da Silva Tisescu*  
Université du Québec à Montréal/Canadá

*Anna Tzanaki*  
Lund University/Suécia

*Carlos Eduardo Adriano Japiassú*  
Universidade Estácio de Sá/RJ

*Fabrizio Bertini Pasquot Polido*  
Universidade Federal de Minas Gerais/MG

*Felipe Calderón Valencia*  
Universidad de Medellín/Colômbia

*Francesco Pallante*  
Università degli Studi di Torino/Itália

*Francesco Rubino*  
Université Paris Nanterre/França

*James Cavallaro*  
Stanford Law School/EUA

*Jan Kleinheisterkamp*  
London School of Economics/Reino Unido

*Jan Peter Schmidt*  
Max Planck Institut/Alemanha

*Juan Luis Gomes Colomer*  
Universidad Jaume I/Espanha

*Lucila de Almeida*  
University of Helsinki/Finlândia,  
European University Institute/Itália

*Luigi Ferrajoli*  
Università degli Studi Roma Tre/Italia

*Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo*  
Faculdades de Campinas/SP

*Manuel A. Gómez*  
Florida International University College of Law/EUA

*Michael Lowy*  
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

*Michelangelo Bovero*  
Università degli Studi di Torino/Itália

*Miguel Martínez Muñoz*  
Universidad Pontificia Comillas/Espanha

*Natalia Gaspar Pérez*  
Universidad Autonoma de Puebla BUAP/México

*Newton de Menezes Albuquerque*  
Universidade de Fortaleza/CE

*Pasquale Bronzo*  
Universidade La Sapienza/Itália

*Pierre Mousseron*  
Université de Montpellier/França

*Rui Cunha Martins*  
Universidade de Coimbra/Portugal

*Rui Dias*  
Universidade de Coimbra/Portugal

## AVALIADORES DESSE NÚMERO:

**Prof. Dr. Oswaldo Akamine Jr.**

**Prof. Dr. Marcelo Franco Grillo.**

## FECHAMENTO DA EDIÇÃO:

18/09/2019

## PÁGINA WEB E CONTATO:

**revista.desc@facamp.com.br**  
**http://desc.facamp.com.br**

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

FOREWORD

PRÉSENTATION

PRESENTAZIONE

---

ENTREVISTA

INTERVISTA A LUIGI FERRAJOLI

José Antonio Siqueira Pontes, Pasquale Bronzo (Org.)  
[IT]

11

ENTREVISTA COM LUIGI FERRAJOLI

José Antonio Siqueira Pontes, Pasquale Bronzo (Orgs.)  
[PT]

31

---

ARTIGOS

O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO  
IMPEACHMENT DA PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF  
Eloísa Machado de Almeida

52

A CRUZADA MORAL CONTRA O ABORTO NOS EUA:  
ESTUDO DE CASO DAS MOVIMENTAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS  
EM TORNO DE UM DIREITO REPRODUTIVO FUNDAMENTAL  
Heloisa Bianchini

76

ERICH FROMM:  
DA UTOPIA MESSIÂNICA À CRIMINOLOGIA CRÍTICA  
Michael Löwy

97

A JUSTIÇA PROCESSUAL PENAL LUSÓFONA EM  
TRANSIÇÃO NO ÂMBITO DE UMA SOCIEDADE DO RISCO E  
DA PÓS- MODERNIDADE INDUSTRIAL: ENTRE A LAW AND  
ECONOMICS, A BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS E A  
MAXIMIZAÇÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL  
Hugo Luz dos Santos

106

|                                                                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <hr/>                                                                                                                                                                                                                  |     |
| TRADUÇÃO                                                                                                                                                                                                               |     |
| L'INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI E LA RAGION DI STATO<br>Norberto Bobbio<br>[IT]                                                                                                                                          | 144 |
| INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E RAZÃO DE ESTADO<br>Norberto Bobbio<br>[PT]                                                                                                                                                    | 154 |
| <hr/>                                                                                                                                                                                                                  |     |
| DOSSIÊ                                                                                                                                                                                                                 |     |
| THE LONG AND WINDING ROAD TO HARD<br>COSMOPOLITANISM: ONCE AGAIN ABOUT THE CASE LAW OF<br>THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS<br>Athanasia Petropoulou                                                                  | 165 |
| COSTITUZIONALISMO E GOVERNAMENTALISMO:<br>GENEALOGIA DELLA GOVERNANCE<br>Francesco Rubino                                                                                                                              | 184 |
| LE FASCISTE POPULISTE ET L'INTELLECTUEL<br>ORGANIQUE: DU PROTO-SOCIALISME CONSTITUTIONNEL DE<br>WEIMAR À LA CONSTITUTION DE LA RÉSISTANCE<br>Alessia Magliacane                                                        | 206 |
| DEMOCRAZIA, COSTITUZIONE E MUTAMENTO SOCIALE<br>Valentina Pazé                                                                                                                                                         | 234 |
| LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO E ATIVISMO<br>JUDICIAL: A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS<br>DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL SOB A<br>PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN<br>Elias Kallás Filho, Laila Nader Mendes Massa | 245 |

# APRESENTAÇÃO

O Conselho Editorial da Revista **DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da **FACAMP** inaugura a seção *Dossiê Temático* em parceria com editores-associados. Neste volume DESC, portanto, houve grande cooperação internacional para que parte substancial dos trabalhos viesse da Europa, já que a experiência dos editores convidados à frente de outras publicações de alto nível da *Classi Edizioni* (<https://www.classiedizioni.com>), como a Revista *Sovrastrutture* permitiu uma fecunda afinidade no viés crítico proposto pela **DESC**.

O tema geral do *Dossiê* para este ano de 2019 gira em torno dos aniversários da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 50 anos); da Organização Internacional do Trabalho (O.I.T. - 100 anos); da Constituição de Weimar (100 anos). Além disso, no ano de 2018, comemoraram-se 30 anos da Constituição Brasileira de 1988.

Considerando a importância desses documentos para os estudos avançados das diversas formas de constitucionalismo, da evolução histórica e aos desafios atuais dos estados nacionais e do direito internacional, especialmente tendo em vista a afirmação dos direitos fundamentais em várias culturas e povos com distintas realidades econômicas e culturais, o tema escolhido para o dossiê temático foi “*O futuro das constituições e das convenções internacionais em face do desenvolvimento econômico e social*” e os subtemas são: *Evolução democrática e constitucionalismo; O novo constitucionalismo latino-americano; Neoconstitucionalismo de matriz europeia; Atores políticos e democracia; Revolução, resistência, libertação, Constituição; Os 100 anos da OIT; Os 100 anos da Constituição de Weimar; Os 50 anos do Pacto de San José de Costa Rica; Os 30 anos da Constituição Brasileira de 1988.*

Assim, além dos textos normais da edição, seis textos compõem o Dossiê no primeiro volume DESC de 2019:

- *The long and winding road to hard cosmopolitanism: once again about the case law of the European Court of Human Rights*, de Athanasia Petropoulou.
- *Costituzionalismo e governamentalismo: genealogia della governance*, de Francesco Rubino.
- *Le fasciste populiste et l'intellectuel organique: du proto-socialisme constitutionnel de Weimar à la Constitution de la résistance*, de Alessia Magliacane.
- *Democrazia, costituzione e mutamento sociale*, de Valentina Pazé.
- *Leitura moral da Constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin*, de Elias Kallás Filho e Laila Nader Mendes Massa.

Com esse conteúdo de altíssimo nível, é possível constatar que os objetivos previstos para o Dossiê foram quase integralmente atingidos, o que nos anima a desejar aos leitores um bom proveito e um excelente diálogo.

Setembro de 2019

**Dra. Alessia Magliacane**

Editora-associada da DESC. École des Hautes Etudes en Sciences Sociales - EHESS/França

**Dr. Francesco Rubino**

Editor-associado da DESC. Professor na Université Paris Nanterre/França

**Dr. José Antonio Siqueira Pontes**

Editor-chefe da DESC. Professor no Curso de Direito das Faculdades de Campinas - FACAMP

# FOREWORD

The editorial team of the **DESC Review - Law, Economics and Contemporary Society**, the **FACAMP** Postgraduate Program in Law gives to the public his first *Thematic Dossier* with the collaboration of associated editors.

In this volume, therefore, there was a great international collaboration so that a substantial part of the papers could come from Europe, and the invited editors' experience with other high-level publications of *Classi Edizioni* (<https://www.classiedizioni.com>), such as *Sovrastrutture Review*, revealed a fruitful affinity to the critical views proposed by **DESC** Review.

The general issues of the present *Thematic Dossier* are the anniversaries of the American Convention on Human Rights (Pact of San José - Costa Rica, 50 years); of the International Labour Organization (I.L.O, 100 years); as well as the Weimar Constitution (100 years) and, in 2018, the 30 years of the Brazilian Constitution (1988).

Considering the importance of these documents for the advanced studies of the various constitutionalism experiences, historical developments and the current challenges of national States and international law, especially focused on fundamental rights in various cultures and peoples with different economic and cultural realities, the theme of the *Dossier* is "*The Future of Constitutions and international Conventions faced with economic and social development*", with the sub-themes: *Democratic evolution and constitutionalism; the new Latin American constitutionalism; European Neoconstitutionalism; Political actors and democracy; Revolution, resistance, liberation, Constitution; 100 years of the I.L.O.; 100 years of the Weimar Constitution; 50 years of the Pact of San José de Costa Rica; 30 years of the Brazilian Constitution of 1988.*

In addition to the papers of the other sections, six works are part of the *Dossier* in this first DESC Review volume of 2019:

- *The long and winding road to hard cosmopolitanism: once again about the case law of the European Court of Human Rights*, from Athanasia Petropoulou.
- *Costituzionalismo e governamentalismo: genealogia della governance*, from Francesco Rubino.
- *Le fasciste populiste et l'intellectuel organique: du proto-socialisme constitutionnel de Weimar à la Constitution de la résistance*, from Alessia Magliacane.
- *Democrazia, costituzione e mutamento sociale*, from Valentina Pazé.
- *Leitura moral da Constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin*, from Elias Kallás Filho and Laila Nader Mendes Massa.

With these very high level papers, we realize that the objectives of the Dossier were almost fully achieved, which encourages us to wish a tasteful dialogue with readers all around the world.

September, 2019.

**Alessia Magliacane, Phd.**

Professor at École des Hautes Etudes en Sciences Sociales/France), DESC Review Associate-editor.

**Francesco Rubino, Phd.**

Professor at Université Paris Nanterre/France, DESC Review Associate-editor.

**José Antonio Siqueira Pontes, Phd.**

Professor at Faculdades de Campinas-Facamp Law School. DESC Review publisher.

# PRÉSENTATION

L'équipe éditoriale de la **Revue DESC - Droit, Economie et Société Contemporaine**, revue du programme Master **FACAMP** - école du droit, publie son première *Dossier Thématique* préparé avec la collaboration des rédacteurs associés.

Dans ce volume DESC, une excellente collaboration internationale a été possible afin qu'une partie substantielle des articles vienne d'Europe. En outre, l'expérience des éditeurs invités avec d'autres publications de haut niveau comme *Classi Edizioni* (<https://www.classiedizioni.com>) et la *Revue Sovrastrutture* a apporté une affinité fructueuse avec les points de vue critiques proposés par le *Dossier* **DESC**.

Les enjeux généraux du présent *Dossier* sont les anniversaires de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme (Pacte de San José de Costa Rica – 50 ans); de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.-100 ans); de la Constitution de Weimar (100 ans); et, dans l'année 2018, 30 ans de la Constitution Brésilienne de 1988.

Considérant l'importance de ces documents pour les études avancées des différentes formes de constitutionnalisme, les développements historiques et les défis actuels des États nationaux et du droit international, en particulier en vue de l'affirmation des droits fondamentaux de diverses cultures et peuples face aux réalités économiques et culturelles différentes, le thème du *Dossier Thématique* est «*L'avenir des constitutions et des conventions internationales face au développement économique et social*» avec les sous-thèmes: *l'évolution démocratique et le constitutionnalisme; le nouveau constitutionnalisme latino-américain; matrice européenne du Néoconstitutionnalisme; acteurs politiques et démocratie; révolution, résistance, libération, Constitution; les 100 années de l'OIT; les 100 années de la Constitution de Weimar; les 50 ans du Pacte de San José de Costa Rica; les 30 ans de la Constitution Brésilienne de 1988.*

Outre les articles des autres sections, six articles sont partie du *Dossier* de ce premier volume de la revue **DESC** de 2019:

- *The long and winding road to hard cosmopolitanism: once again about the case law of the European Court of Human Rights*, from Athanasia Petropoulou.
- *Costituzionalismo e governamentalismo: genealogia della governance*, from Francesco Rubino.
- *Le fasciste populiste et l'intellectuel organique: du proto-socialisme constitutionnel de Weimar à la Constitution de la résistance*, from Alessia Magliacane.
- *Democrazia, costituzione e mutamento sociale*, from Valentina Pazé.
- *Leitura moral da Constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin*, from Elias Kallás Filho and Laila Nader Mendes Massa.

Avec ces articles de très haut niveau, nous estimons que les objectifs du *Dossier* ont été presque entièrement atteints au début, ce qui nous encourage à souhaiter un dialogue de bon goût avec les lecteurs du monde entier.

Septembre, 2019.

## **Alessia Magliacane, Phd.**

Professeure dans l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales/EHESS/France), Rédactrice associée du Revue DESC.

## **Francesco Rubino, Phd.**

Professeur dans l'Université Paris Nanterre/France, Rédacteur associé du Revue DESC.

## **José Antonio Siqueira Pontes, Phd.**

Professeur dans la Faculdade de Campinas-Facamp école du droit. Rédacteur en chef de la Revue DESC.

# PRESENTAZIONE

L'equipe editoriale della rivista **DESC - Diritto, economia e società contemporanea**, rivista del programma post-laurea in diritto della **FACAMP** pubblica il suo primo fascicolo tematico preparato con la collaborazione di redattori associati.

In questo volume DESC, è stata possibile un'eccellente collaborazione internazionale in modo che una parte sostanziale degli articoli qui presentati potesse venire da autori europei. Inoltre, l'esperienza dei redattori invitati con altre pubblicazioni di alto livello come *Classi Edizioni* (<https://www.classiedizioni.com>) e la *Rivista Sovrastrutture* ha portato una feconda affinità con i punti di vista critici proposti dal fascicolo tematico **DESC**.

Le questioni generali di questo Fascicolo ruotano attorno gli anniversari della Convenzione Americana sui diritti dell'uomo (Patto di San José da Costa Rica – 50 anni); dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (O.I.L.-100 anni); della Costituzione di Weimar (100 anni). Inoltre, nell'anno 2018 sono stati celebrati 30 anni di Costituzione Brasiliana del 1988.

Considerando l'importanza di questi documenti per gli studi avanzati sulle varie forme di costituzionalismo, gli sviluppi storici e le sfide attuali degli Stati nazionali e del diritto internazionale, in particolare in vista dell'affermazione di diritti fondamentali in varie culture e popoli con diverse realtà economiche e culturali, il tema del fascicolo tematico è *“Il futuro delle Costituzioni e delle convenzioni internazionali di fronte allo sviluppo economico e sociale”* e i sotto-temi sono *evoluzione democratica e costituzionalismo; Nuovo Costituzionalismo latinoamericano; matrice europea del Neocostituzionalismo; attori politici e democrazia; rivoluzione, resistenza, liberazione, costituzione; 100 anni dell'O.I.L.; 100 anni della Costituzione di Weimar; 50 anni del Patto di San José de Costa Rica; 30 anni della costituzione brasiliana del 1988.*

Oltre agli articoli delle altre sezioni, sei lavori fanno parte del *Fascicolo* di questo primo volume della Rivista **DESC** del 2019:

- *The long and winding road to hard cosmopolitanism: once again about the case law of the European Court of Human Rights*, from Athanasia Petropoulou.
- *Costituzionalismo e governamentalismo: genealogia della governance*, from Francesco Rubino.
- *Le fasciste populistes et l'intellectuel organique: du proto-socialisme constitutionnel de Weimar à la Constitution de la résistance*, from Alessia Magliacane.
- *Democrazia, costituzione e mutamento sociale*, from Valentina Pazé.
- *Leitura moral da Constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin*, from Elias Kallás Filho and Laila Nader Mendes Massa.

Con questi articoli di alto livello, riteniamo che gli obiettivi del *Fascicolo Tematico* siano stati quasi interamente raggiunti, il che ci incoraggia a desiderare un buon dialogo con i lettori di tutto il mondo.

Settembre, 2019.

**Alessia Magliacane, Phd.**

Professoressa all'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales/EHESS/France), Redattoressa Associata della Rivista DESC.

**Francesco Rubino, Phd.**

Professore all'Université Paris Nanterre/France, Redattore associato della Rivista DESC.

**José Antonio Siqueira Pontes, Phd.**

Professore alla Scuola di diritto della Faculdades de Campinas-Facamp. Capo Redattore della Rivista DESC.

ENTREVISTA

---

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

## INTERVISTA A LUIGI FERRAJOLI

La Rivista DESC ha avuto l'onore di colloquiare con il Maestro Luigi Ferrajoli, uno dei filosofi del diritto più autorevoli e più letti nel mondo, con una lunga e notissima storia nella difesa dei diritti fondamentali, sia come professore universitario (Roma, Camerino) sia come giudice negli anni sessanta e settanta, quando partecipò alla fondazione di un'associazione di giovani giudici, "Magistratura Democratica, in difesa delle garanzie fondamentali nel processo, e in particolare nella procedura penale.

È autore di numerosissime opere su temi vari, tra i quali diritto e logica, analisi del linguaggio e filosofia della scienza, e è stato il principale discepolo di Norberto Bobbio, fino a consolidarsi come eminente filosofo del "Garantismo", con la diffusione della sua opera di maggiore impatto in Brasile e in tutta l'America Latina, il classico "Diritto e Ragione" del 1989.

Per i suoi meriti e la sua fama è stato insignito del titolo di "doctor honoris causa" in decine di Università in tutto il mondo; la sua monografia più recente è "Manifesto per l'uguaglianza" in 2018, ancora inedita in Brasile.

La possibilità di interpellare il Maestro sui temi di questa intervista è una occasione preziosa, così come ascoltarne il pensiero, e per la Rivista è motivo di orgoglio poter offrire ai propri lettori le riflessioni di Luigi Ferrajoli: al Professore dobbiamo non solo la più completa costruzione della teoria del garantismo ma anche la più ricca ed articolata teoria della democrazia costituzionale, e forse nessun paese come il Brasile di oggi ha bisogno del suo insegnamento.

Abbiamo diviso il testo in blocchi tematici in base all'enfasi data dai partecipanti, che il Comitato Editoriale della Rivista DESC ringrazia, per la ricchezza che hanno fornito con le loro domande, cooperando ad un'intervista straordinaria. Questo è ciò che speriamo di offrire ai lettori.

---

**JOSÉ ANTONIO S. PONTES**

Organizzatore e traduttore dell'intervista.  
Capo Redattore della Rivista DESC

**PASQUALE BRONZO**

Organizzatore e traduttore dell'intervista.  
Comitato Editoriale della Rivista DESC

---

## LUIGI FERRAJOLI - INTERVISTA GARANTISMO E PROCESSO PENALE (parte prima)

### **Domanda di EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA.**

Giudice federale in Brasile. Dottore presso la Pontificia Università Cattolica di San Paolo (PUC-SP); già presidente dell'Associação Brasileira de Direito Processual (2016-2019) e direttore della Revista Brasileira de Direito Processual.

**Domanda 1. Autori come Juan Montero Aroca (Spagna), Franco Cipriani (Italia) e Alvarado Velloso (Argentina) difendono il processo – civile e penale - come garanzia di libertà al servizio del soggetto giudicato, non come un metodo strumentale al servizio della giurisdizione. Quali sono le somiglianze e le differenze tra il suo ed il loro garantismo?**

*Luigi Ferrajoli (L.F.):* Secondo il modello garantista, il processo giudiziario – civile, penale, ma anche amministrativo e costituzionale – è un procedimento diretto all'accertamento della “verità”, ovviamente relativa e approssimativa, in ordine a una violazione del diritto: a un illecito penale, o a un illecito civile o a illeciti di altro tipo, oppure a un atto invalido, sia esso di tipo legislativo o amministrativo o negoziale. Le garanzie processuali sono pertanto – o meglio dovrebbero essere – la traduzione giuridica di elementari regole epistemologiche. Sono garanzie di verità, oltre che di immunità dall'arbitrio.

### **Domande di FLÁVIO BOECHAT ALBERNAZ.**

Membro dell'Ufficio del Pubblico Ministero in Brasile (Stato di São Paulo, procuratore dell'ufficio criminale in São José dos Campos); Master in diritto penale presso la PUC-SP.

**Preambolo:** In Italia e in Brasile, il Garantismo è stato identificato con una serie di misure di protezione per i criminali, che oppongono severi ostacoli all'applicazione della legge penale e alla punizione efficace e rapida dei reati. Nella pratica forense e nella politica, il suo uso è stato diretto alla tutela del criminale, e non della vittima, o della società, nel caso di reati contro interessi diffusi, ed è stato utilizzato in modo selettivo, dai tribunali dal Parlamento, soprattutto per criminali speciali, come i detentori del potere politico ed economico. Ad esempio, in Italia, nel luglio del 1994 nel contesto delle indagini condotte da parte del *pool* di pubblici ministeri di “Mani Pulite”, il governo presentò un decreto legge per cambiare in modo sostanziale le norme sulla detenzione cautelare quanto ai reati finanziari, di corruzione e altri reati dei quali erano state accusate proprio le persone coinvolte nello scandalo noto come Tangentopoli. In pratica, chi avesse rubato poche cose in una farmacia era suscettibile di essere soggetto alla custodia cautelare, chi avesse malversato miliardi (la moneta corrente in Italia all'epoca era la lira) dalle casse dello Stato o da altre società avrebbe invece potuto avere garantita la libertà. In Brasile, in particolare nei tribunali superiori, alcuni giudici hanno agito sotto forte conflitto di interessi (ci sono giudici dei tribunali superiori legati ad “imputati eccellenti” da legami politici e di amicizia), e il garantismo è stato invocato selettivamente, come pretesto per giustificare il

divieto del carcere cautelare per accusati o indagati speciali, ovvero per garantire l'allungamento dei processi in vista della prescrizione e dell'impunità.

Fatta questa breve introduzione, chiediamo:

***Domanda 2. Questa è una percezione corretta? Se non lo è, dov'è sbagliata?***

*L.F.:* Si tratta di una percezione del tutto sbagliata: le garanzie penali e processuali sono a tutela degli innocenti e non già dei criminali. E' perciò infondato qualunque appello al garantismo a sostegno dell'impunità dei reati dei potenti. “Garanzie” e “garantismo”, d'altro canto, sono espressioni il cui significato va ben al di là del diritto penale. Le garanzie sono gli obblighi o i divieti corrispondenti a quelle aspettative positive o negative che sono i diritti soggettivi. In particolare, sono le tecniche di tutela di tutti i diritti fondamentali, cioè i divieti (o limiti) e gli obblighi (o vincoli) imposti quali loro garanzie. Parleremo perciò di garantismo liberale e specificamente penale per designare i limiti all'arbitrio punitivo, sia legislativo che giudiziario o poliziesco, a garanzia dei diritti di libertà; di garantismo sociale per designare gli obblighi di prestazione corrispondenti ai diritti sociali; di garantismo civile per designare i limiti e i vincoli imposti ai poteri economici privati – in materia di lavoro, di ambiente, di sicurezza e simili – a garanzia dei diritti di quanto possono essere lesi dal loro esercizio sregolato; di garantismo sovranazionale e tendenzialmente globale per designare le garanzie, quasi totalmente mancanti, correlative ai diritti fondamentali stabiliti dalle tante carte e convenzioni internazionali e finora sostanzialmente ineffettive; di garantismo dei beni pubblici o fondamentali contro la loro lesione a danno dei diritti di tutti.

In questo senso il garantismo è l'altra faccia – la faccia dell'effettività – del costituzionalismo. E' un insieme di limiti e vincoli imposti a qualunque potere, sia esso pubblico o privato, politico o giudiziario, statale o sovrastatale, a garanzia delle diverse classi di diritti soggettivi e, in particolare, dei diritti fondamentali: dei diritti politici, dei diritti civili, dei diritti di libertà e dei diritti sociali. Non è quindi un ostacolo all'applicazione della legge penale, ma al contrario una garanzia della sua correttezza e perfino della sua effettività quale strumento di tutela delle vittime e della società. L'effettività del diritto penale, infatti, non proviene da condanne sommarie di possibili innocenti ma dal corretto ed effettivo accertamento delle responsabilità penali, reso appunto possibile dal rispetto delle garanzie penali e processuali.

***Domanda 3: Che valutazione fa degli impatti pratici del modello garantista nella vita della società e sulla vita quotidiana delle persone?***

*L.F.:* Il garantismo, purtroppo, non è popolare. Soprattutto in materia penale l'opinione pubblica, a causa delle campagne politiche in tema di sicurezza, è tendenzialmente colpevolista. Le garanzie non fanno parte della cultura di massa e neppure del senso comune. Gli imputati, secondo l'opinione corrente, non si presumono innocenti ma colpevoli. Il garantismo non

fa parte del senso comune, né tanto meno della subcultura dei populistici che hanno bisogno, purtroppo, di avventarsi immediatamente su capri espiatori. In breve, esso impopolare, e questo basta al populismo politico per rifiutarlo come un lusso da anime belle. Naturalmente siamo qui di fronte a un paradosso. Il garantismo non è solo un sistema di limiti e vincoli al potere punitivo, sia legislativo che giudiziario, a garanzia delle libertà di tutti da punizioni eccessive o arbitrarie. E' ancor prima un sistema di regole razionali che garantiscono, nella massima misura, l'accertamento plausibile della "verità processuale" e perciò la punizione dei veri colpevoli. Ma è precisamente questa razionalità che non viene accettata né capita da una parte dell'opinione pubblica, diseducata dai media, che aspira al contrario alla giustizia sommaria, tendenzialmente al linciaggio dei sospetti. E anche questo è sufficiente al populismo per offrire rappresentanza a tale concezione e alla conseguente domanda di vendetta.

Il populismo penale è insomma funzionale al populismo politico. Il suo paradigma – il diritto penale del nemico – è in perfetta sintonia con la tendenza del populismo politico a definirsi sulla base di nemici. Tutti i populismi hanno bisogno di legittimarsi attraverso un nemico o meglio più nemici: nemici interni che complottano e nemici esterni come l'Unione Europea o l'Onu; nemici in alto, rappresentati dalle élites, e nemici in basso rappresentati dai migranti e dai soggetti devianti; nemici identificati con i precedenti governi e nemici consistenti nelle opposizioni. Ed è chiaro che l'auto-identificazione delle maggioranze populiste con il popolo sovrano, il razzismo, la paura per i crimini di strada, l'intolleranza del dissenso, il fastidio per il pluralismo sia politico che istituzionale e il vittimismo permanente sono gli ingredienti di questa logica del nemico. L'impatto pratico del garantismo nella società è perciò legato alla critica di queste subculture e dei loro inganni e perciò alla crescita del senso civico a livello di massa, quale solo può provenire da una battaglia culturale a sostegno dei valori costituzionali, dai diritti fondamentali alla pari dignità delle persone.

***Domanda 4: Secondo il garantismo, qual è il ruolo della pena e del diritto penale, nella società?***

*L.F.:* Il ruolo delle pene e del diritto penale, secondo la teoria garantista, consiste nella prevenzione e perciò nella minimizzazione della violenza e dell'arbitrio nella società: non soltanto della violenza e dell'arbitrio dei consociati, cioè dei delitti, ma anche della violenza e dell'arbitrio delle istituzioni punitive, cioè delle pene arbitrarie o eccessive. Non dimentichiamo la tesi di Montesquieu secondo cui non soltanto la libertà, ma anche la sicurezza dei cittadini è minacciata soprattutto dalle pene e dalle condanne arbitrarie.

## Domande di GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA.

Specialista in diritto penale presso l'Università di Salamanca/Spagna; Master e dottore in diritto penale presso la PUC-SP/Brasile; post-doc presso l'Università di Coimbra (Portogallo); professore di diritto penale negli studi di laurea, post-lauream e master presso la facoltà di giurisprudenza della PUC-SP; Docente nel corso di laurea Damásio; Defensor Público nello Stato di San Paolo/Brasile, già direttore della “Escola da Defensoria Pública” per tre mandati.

**Preambolo:** Il discorso garantista circola in Brasile da decenni. Si tratta di un pensiero ‘venerato’ che è diventato un importante strumento persuasivo nel dibattito giuridico. Tuttavia, la ripetizione imprudente dell’espressione “garantismo” è stata così frequente da potersi essere gradualmente allontanata dal suo significato originale. Oggi è molto in voga, in Brasile, una corrente di pensiero, capitanata da membri della Magistratura, che si fa chiamare “garantismo penale integrale” e che sostiene di partire dal pensiero di Luigi Ferrajoli per affermare che l’attenzione non dovrebbe essere focalizzata solo sulle garanzie individuali contro il potere punitivo dello Stato, essendo piuttosto necessario “garantire” gli interessi della collettività rispetto al singolo criminale. La conclusione della corrente di pensiero “integrale” è che sarebbe possibile e raccomandabile il sacrificio dei diritti individuali e delle garanzie (come la libertà, il giusto processo, il diritto di difesa, il principio di legalità o di colpevolezza) a favore della tutela penale degli interessi collettivi come la “sicurezza pubblica”, la “salute pubblica” e persino la “regolarità della pubblica amministrazione”. Secondo la corrente “integrale”, l’allentamento delle garanzie non sarebbe un limite di efficacia del garantismo contro le istanze punitive della società, ma una conseguenza del garantismo stesso.

**Domanda 5.** Si chiede: partendo dalla premessa della massima effettività del garantismo penale, è necessario accettare la flessibilizzazione delle garanzie previste dagli assiomi tradizionali del garantismo in favore della tutela di interessi collettivi come “sicurezza pubblica”, “salute pubblica” o “regolarità dell’amministrazione pubblica”? È possibile intendere tale sacrificio come un’evoluzione naturale e prevedibile del garantismo nella difesa degli interessi collettivi?

*L.F.:* Ho già detto che il “garantismo” non è solo il garantismo penale. Il garantismo è un paradigma teorico valido per tutti i diritti e tutti i beni fondamentali. Ma questo non comporta affatto le conseguenze che, secondo la sua domanda, ne vorrebbero trarre gli esponenti del cosiddetto “garantismo penale integrale”. Non si capisce quali vantaggi potrebbero trarre la sicurezza pubblica, la salute pubblica e simili dalle lesioni delle garanzie penali e processuali; mentre sono assolutamente evidenti le lesioni dei diritti e della sicurezza dei cittadini che da tali lesioni proverrebbero.

## **Domande di JOÃO PAULO MARTINELLI.**

Professore presso l'Istituto di Diritto Pubblico di San Paolo (IDP / SP) e l'Università Federale Fluminense (RJ), Brasile. Post-doc in diritti umani presso l'Università di Coimbra / Portogallo. Master e dottore in diritto penale presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di San Paolo (USP) Brasile. Già membro della commissione giovani penalisti Dell'associazione Internazionale di Diritto Penale (AIDP). È stato ricercatore presso l'Università di Monaco (Germania) e l'Università della California (UC Davis, USA). Ha studiato post-lauream diritto penale (teoria del crimine) presso l'Università di Salamanca (Spagna). Specializzato in diritto penale internazionale dall'International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC). Coordinatore di accordi dell'Istituto Brasileiro di Cienze Criminali (IBCCRIM / Brasile). Membro della Commissione di diritto penale economico dell'Ordine Avvocati Brasiliani (OAB/SP).

**Domanda 6. In Brasile, è molto comune per il giudice penale interrogare i testimoni e porre domande dettagliate, particolarmente specifiche, come se volesse produrre prove contro l'imputato. In un autentico sistema accusatorio il giudice può interrogare i testimoni?**

*L.F.:* Nel sistema accusatorio il giudice deve mantenere un atteggiamento di totale terzietà e imparzialità. Non gli è quindi consentito di interrogare i testimoni che è quanto invece compete alle parti del processo. Tanto meno può formare prove contro l'imputato. Prove e controprove vanno formate nel pubblico dibattimento e nel contraddittorio, su iniziativa della pubblica accusa e della difesa.

**Domanda 7. La dottrina brasiliana tradizionale, e anche la giurisprudenza, difendono il principio della “verità materiale”, secondo la quale il giudice deve cercare la verità dei fatti per formare il suo convincimento. Questa posizione conferisce al giudice un ruolo di protagonista, come se fosse parte del processo. Qual è la sua opinione sul cosiddetto principio della “verità materiale”?**

*L.F.:* La sola verità che legittima il processo è la verità processuale, acquisita attraverso il rigoroso rispetto di tutte le garanzie del corretto processo. Non condivido affatto questo cosiddetto principio della verità materiale che, al di là delle intenzioni, rischia sempre di risolversi in una legittimazione dell'arbitrio. Naturalmente i giudici per primi devono essere consapevoli del carattere probabilistico della verità fattuale e opinabile della verità giuridica. Il dubbio è la prima regola della deontologia giudiziaria.

**Domanda 8. Recentemente, un giudice di Cassazione brasiliano ha subito un procedimento amministrativo per aver concesso la liberazione dei detenuti che erano in detenzione oltre il tempo previsto nella decisione di condanna. L'argomento principale della Corte era la violazione del principio di collegialità, poiché era membro di una camera criminale. Esiste davvero un principio di collegialità? Una decisione che revoca un arresto illegale può essere resa monocratica da un membro del tribunale?**

*L.F.:* Non conosco la procedura brasiliana, né quindi la distribuzione delle competenze determinata dal “principio di collegialità” richiamato dalla domanda. Se il giudice sottoposto a “procedimento amministrativo per aver concesso la liberazione dei detenuti che erano in detenzione

oltre il tempo previsto nella decisione di condanna” aveva la competenza all’emanazione di tale provvedimento, allora il suo atto era non soltanto lecito, ma doveroso, e il procedimento amministrativo è stato del tutto infondato.

**Domanda 9. Quale dovrebbe essere il ruolo della vittima nello sviluppo del processo penale? La vittima può attuare come assistente dell’accusa o questo ruolo dovrebbe essere esclusivo del titolare dell’azione penale?**

*L.F.:* La vittima è titolare soltanto del diritto, in caso di condanna, al risarcimento dei danni subiti. Quanto all’aspetto penale del processo, la vittima è legittimamente interessata non già alla condanna quale che sia, bensì all’accertamento della verità processuale, cioè all’accertamento della responsabilità dei veri colpevoli, e quindi al rispetto delle garanzie processuali che come ho già detto sono anzitutto garanzie di verità.

### **Domande di PASQUALE BRONZO.**

Professore Associato di diritto processuale penale presso Sapienza Università di Roma.

**Domanda 10.** Nella sua idea di riforma del sistema penale c’è una riduzione delle incriminazioni, anche attraverso una depenalizzazione, tra gli altri, dei reati che non hanno un’autentica efficacia di deterrenza, riguardando «comportamenti commessi comunque e che la pena ha il solo effetto di rendere clandestini» (Ferrajoli, L., *Dei diritti e delle garanzie*, Il Mulino, 2013, p. 26). Tra le incriminazioni di quest’ultimo tipo fa menzione del reato di immigrazione irregolare (art. 10-bis decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286) introdotto in Italia dal 2009, che si è dimostrato privo di qualsiasi effetto dissuasivo e capace solo di sospingere i migranti irregolari nell’illegalità, contribuendo a renderli facile preda delle organizzazioni criminali come la mafia. Un caso paradigmatico di uso simbolico del diritto penale: lo straniero entrato illegalmente - che non può essere arrestato, trattandosi di contravvenzione - viene processato dopo mesi o anni (solitamente in sua assenza), condannato ad una pena pecuniaria che non viene mai riscossa (mentre il processo costa alla collettività, sia in termini di personale giudiziario, sia perché lo straniero indigente ha diritto ad essere difeso a spese dello Stato). Questa incriminazione - in sé inutile - è stata introdotta solo per mantenere la ‘rassicurante’ possibilità di espulsione coattiva dell’irregolare (senza concessione di termini per la partenza volontaria) che una direttiva europea dal 2008 ci permette solo ove l’espulsione sia sanzione penale o conseguenza di una sentenza penale. Così accade che se durante il processo si riesce ad eseguire l’espulsione in via amministrativa, il processo si blocca, altrimenti arriva la pena pecuniaria, sostituibile dall’espulsione ove possibile. Senonché, questo particolare tipo di espulsione penale risulta quasi sempre impossibile, per gli stessi motivi per cui è impossibile quella amministrativa, conducendo

**alla disapplicazione pressoché generalizzata della norma (anzi, la disapplicano la maggioranza degli uffici giudiziari, determinando anche inammissibili disomogeneità). Crede che il sistema penale “espansionista” del Brasile, da sempre incline alla legislazione simbolica, e oggi afflitto da problemi di immigrazione massiccia come quella proveniente dal Venezuela, possa far tesoro dell’esempio negativamente istruttivo del nostro reato di ‘clandestinità’?**

*L.F.:* Il diritto penale, secondo il suo modello garantista, non ha la funzione di declamare principi politici, ma soltanto di prevenire danni ingiusti. Norme penali destinate a rimanere ineffettive – come quelle che penalizzano l’aborto o l’immigrazione clandestina o l’uso personale di droghe – al di là di ciò che pensiamo in ordine alla loro illegittimità morale e politica, sono norme ingiustificate semplicemente perché inidonee a prevenire i fatti da esse penalizzati. Di più, esse sono sempre tendenzialmente criminogene, dato che il loro effetto principale è quello di rendere clandestini i comportamenti da esse previsti e proibiti. La loro ineffettività, documentata dalla sua domanda, è una conferma della loro inutilità o peggio della loro dannosità.

***Domanda 11.* Il Brasile vive oggi un grave problema di sovraffollamento carcerario (al quarto posto nel mondo, per popolazione penitenziaria). Nella sua idea di riforma della giustizia in Italia c’è una forte riduzione del carcere, da realizzare non solo diminuendo la durata delle pene edittali, ma anche introducendo pene detentive non carcerarie per reati di modesta gravità, con contenuti simili a quelli delle attuali misure alternative alla detenzione, ma applicate direttamente in sentenza, dal giudice della cognizione (Ferrajoli, L., Dei diritti e delle garanzie, Il Mulino, 2013, p. 28). In Italia siamo andati molto vicini all’approvare una riforma simile nel 2014, attraverso un nuovo catalogo di sanzioni: prescrizioni, detenzione domiciliare, e in eventuale aggiunta a quest’ultima, lavoro di pubblica utilità; con una completa riconfigurazione del lavoro ‘penale’ che, nato come pena, e poi espediente per inasprire il carcere, e quindi diventato un mezzo per dare senso al carcere, tornerebbe ad essere pena, ma fuori e senza il carcere. Pensa che questo modello sia realizzabile anche in un sistema caratterizzato da una vera e propria carcerazione di massa come quello brasiliano?**

*L.F.:* Il sovraffollamento è di per sé un trattamento contrario al senso di umanità che, in quanto tale, è illegittimo e non deve comunque essere consentito. Quanto alla carcerazione di massa, in Brasile come negli Stati Uniti, essa è sempre il segno inequivoco del carattere discriminatorio e classista del diritto penale di questi paesi. Tanto più in questi paesi sarebbero perciò necessari imponenti processi di de-penalizzazione e de-carcerizzazione. Sono anni che propongo da un lato la riduzione della durata massima della pena a 15 o al massimo a 20 anni e, dall’altro, la previsione, per tutti i reati non gravi, di un ampio ventaglio di sanzioni penali alternative alla reclusione. Aggiungo che una vera politica anti-criminale, che abbia realmente

a cuore la sicurezza, dovrebbe essere, ben più che una politica penale, una politica sociale, in grado di ridurre le cause economiche e materiali della criminalità di strada e di sussistenza e ovviamente più difficile e impegnativa degli inasprimenti demagogici delle pene.

**Domanda 12.** Lei è uno dei primi e principali sostenitori del principio della ‘riserva di codice’ come strumento per restituire certezza, conoscibilità, e sistematicità ad un diritto penale che - soprattutto a causa di una smisurata produzione normativa e della sempre più evidente ‘decodificazione’ - ha perduto certezza, conoscibilità, coerenza interna; tanto che - come lei ricorda (Ferrajoli, L., *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice, in Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 27 ss) - una sentenza della Corte costituzionale del 1988 ha dovuto affermare che il principio per cui ‘l’ignoranza della legge non scusa’, non vale quando l’ignoranza è inevitabile.

In Italia, l’anno scorso, questo principio ha trovato attuazione - seppure con importanti limiti - nel decreto legislativo 1° marzo 2018, n. 21, che ha introdotto (nel codice penale, e cioè in una legge ordinaria) una previsione in base alla quale cui «nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell’ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia». Lei ritiene che nella realtà attuale, caratterizzata - a livello globale – da un diritto penale sempre più ‘multilivello’, e da un impiego sempre più frequente di fattispecie penali come norme ‘di chiusura’ di determinate discipline di settore, vi siano le condizioni politico-culturali per osservare il principio della riserva di codice così come originariamente concepito, o pensa che sia inevitabile accontentarsi - secondo l’impostazione di quel decreto - di una razionalizzazione della produzione legislativa che, pur senza eliminare il diritto penale extra-codicem, richieda al legislatore di creare quante più leggi organiche possibili?

*L.F.:* Ho avanzato da vari decenni la proposta della riserva di codice, che è una riserva di legge penale rafforzata e idonea ad assicurare al diritto penale conoscibilità ancor prima che certezza. E’ una proposta che è diventata ancor più necessaria ed urgente in presenza della complicazione del sistema delle fonti, e addirittura, come lei dice, di un diritto penale “multilivello”, il quale a sua volta dovrebbe sottostare a una riserva del medesimo tipo. Si tratta di una banale garanzia di razionalità e conoscibilità, che può essere avversata soltanto dalla demagogia populista, la quale si vedrebbe privata dell’uso congiunturale e propagandistico del diritto penale.

## LUIGI FERRAJOLI - INTERVISTA

### GARANTISMO E COSTITUZIONALISMO (parte seconda)

#### **Domande di ENZO BELLO.**

Dottore in giurisprudenza presso l'Università dello Stato di Rio de Janeiro (UERJ), Brasile. Post-doc in diritto presso l'Università del Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Brasile, e servizio sociale presso l'Università Federale di Rio de Janeiro (UFRJ), Brasile. Professore aggiunto presso la Facoltà di Giurisprudenza e nel programma di post-lauream in diritto costituzionale presso l'Università Federale Fluminense (UFF), Brasile. Direttore scientifico della Rivista Culturas Jurídicas ([www.culturasjuridicas.uff.br](http://www.culturasjuridicas.uff.br)).

**Domanda 13. Conosce il cosiddetto “nuovo costituzionalismo latinoamericano”, rappresentato dalle costituzioni di Venezuela (1999), Ecuador (2008) e Bolivia (2009)?**

*Luigi Ferrajoli (L.F.):* Ne ho una conoscenza alquanto sommaria. Ho parlato più volte, a proposito di queste costituzioni e soprattutto di quella brasiliana, di “costituzionalismo di terza generazione”. Queste costituzioni sono costituzioni lunghe, sul modello della costituzione portoghese e, soprattutto, hanno introdotto nuovi diritti, come i diritti all’acqua, all’accesso alle comunicazioni e alle tecnologie informatiche, all’uso del gas e dell’elettricità nelle costituzioni dell’Ecuador e della Bolivia. Ma ho qualche perplessità sulla categoria “diritti della natura”, che è evidentemente una figura metaforica, presente nell’articolo 71 della Costituzione dell’Ecuador. Più appropriata ed efficace sarebbe stata la qualificazione costituzionale come beni pubblici e demaniali, sottratti al mercato e alla disponibilità della politica, di beni naturali come l’acqua, l’aria, i fiumi, i mari e in generale quelle che Gaio configurò come “res communes omnium”.

**Domanda 14. Legato a questo, ha avuto contatto con dottrina latinoamericana di Diritto Costituzionale, Teoria del Diritto e/o Diritti Umani? In tal caso, vede affinità in relazione alla sua opera, legata al contesto europeo?**

*L.F.:* Vedo affinità in qualunque orientamento teorico diretto a rafforzare le garanzie dei diritti umani. In particolare ho più volte sottolineato il valore di molte nuove garanzie inventate dal costituzionalismo latino-americano: dai Tribunali elettorali e le altre istituzioni elettorali di garanzia introdotti in Messico al pubblico ministero di difesa introdotto in Argentina e in molti altri paesi latino-americani, dai vincoli di bilancio che in Brasile impongono la destinazione alla garanzia dei diritti alla salute e all’istruzione di quote minime della spesa pubblica alle funzioni di garanzia di tali diritti affidate, sempre in Brasile, agli uffici del Pubblico Ministero, fino alla previsione, anch’essa in Brasile, di un Procuratore presso il Tribunale Costituzionale abilitato, insieme ad altri soggetti (minoranze parlamentari, presidente, governatori e altri), a promuovere l’azione di incostituzionalità

**Domanda 15. Qual è la sua valutazione sulla relazione tra i piani teorici e pratici del neo-costituzionalismo / post-positivismo e neoliberismo?**

*L.F.:* Sono contrario a tutti gli orientamenti teorici di tipo anti-giuspositivista, siano essi post-positivisti o a-positivisti o giusnaturalisti. Esiste a mio parere un nesso strumentale,

generalmente trascurato, tra positivismo giuridico, garantismo e democrazia. Il positivismo giuridico forma il presupposto necessario del garantismo, che è l'altra faccia del costituzionalismo e perciò della democrazia costituzionale. La positivizzazione delle regole, formali e sostanziali, sulla produzione giuridica si è infatti rivelata come la tecnica che ha reso possibile la democratizzazione sia delle forme che dei contenuti del diritto. E' questa una tesi descrittiva, indipendente delle nostre opzioni filosofiche o politiche di tipo giuscostituzionalista o giuspositivista o giusnaturalista, oppure realista o liberista. Ovviamente né il costituzionalismo né tanto meno il positivismo giuridico implicano la democrazia e il garantismo. E' però innegabile che la positivizzazione delle norme formali sulle forme della produzione giuridica, operata con il primo giuspositivismo dello stato legislativo di diritto, ha permesso di stipulare, quali norme di diritto positivo, le regole formali della democrazia politica, dal suffragio universale alla rappresentanza politica, dalla separazione dei poteri al controllo di costituzionalità sulle leggi. Per altro verso, la positivizzazione delle norme sostanziali sui contenuti della produzione legislativa, operata con il secondo giuspositivismo dello stato costituzionale di diritto, ha permesso di stipulare, quali norme positive di rango sopraordinato a qualunque altra, le regole della democrazia sostanziale, e cioè i limiti e i vincoli imposti alle maggioranze nella forma dei diritti fondamentali delle persone in esse stabiliti.

### **Domande di PIERRE MOUSSERON.**

Professore di diritto dell'impresa presso la Facoltà di Giurisprudenza di Montpellier - Francia. Presidente dell'Istituto degli Usi mercantili (Institut des usages-Montpellier-Francia).

***Domanda 16. L'Unione europea ha adottato provvedimenti legislativi in materia penale, in particolare per quanto riguarda la lotta contro il riciclaggio di denaro. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha pronunciato decisioni in materia penale in base alle quali sono stati affievoliti alcuni principi consolidati, come quello di colpevolezza (CJUE 5 marzo 2015, C-343-13). Non pensa che l'Unione europea stia superando le proprie prerogative, con tali azioni?***

*L.F.:* Il principio di colpevolezza è un principio garantista assolutamente basilare. L'affievolimento di tale principio va criticato di per sé, e non già in quanto la legislazione penale dovrebbe rimanere estranea alle competenze dell'Unione Europea. Al contrario ho sempre sostenuto che il processo di integrazione dell'Unione richieda, tra le altre innovazioni istituzionali – prima fra tutte la forma politica federale – l'unificazione giuridica di gran parte della legislazione di base. Non ha senso l'esistenza in Europa di 27 codici civili, di 27 codici penali e di altrettanti di procedura sostanzialmente simili. L'unificazione giuridica, in particolare della codificazione penale, sarebbe un sicuro fattore di integrazione, di crescita dell'uguaglianza e, insieme, di effettività del diritto penale.

**Domanda 17.** Nel mio centro di studi a Montpellier la validità degli usi quali fonte del diritto in rapporto alle regole generali dell’Unione Europea, per lo più riguardo alle persone giuridiche e alle associazioni tradizionali di produttori e venditori (di vino, ad esempio), è oggetto di un interesse molto forte e risalente. In base alla sua esperienza di difesa dei diritti individuali e delle garanzie, cosa pensa dei diritti di tali soggetti giuridici? Concentrandosi sul nostro argomento degli “usi normativi”, giacché le regolamentazioni formali possono essere viste come fonti di aumento della burocrazia, pensa che regole non formali come gli usi potrebbero essere, almeno in alcune aree, una valida alternativa a un processo senza fine di ‘formalizzazione’ legale dei diritti individuali?

*L.F.:* Gli usi e le consuetudini sono certamente fonti informali di diritto, che stanno riconquistando una rilevanza che sembrava cessata in un non lontano passato. Continuo tuttavia a pensare che la loro legittimità è condizionata alla loro non contrarietà alla legge. Temo inoltre che difficilmente essi possano essere “una valida alternativa” alla formalizzazione legale dei diritti fondamentali.

#### **Domande di NATALIA GASPAR.**

Avvocata e Professoressa di diritti umani, diritto penale dell’impresa e diritto economico presso l’Universidad Autonoma de Puebla BUAP/México.

**Domanda 18.** L’arrivo della sinistra al potere in Messico nel 2018 è visto come un passaggio di trasformazione verso la democrazia all’interno del modello neo-costituzionalista e garantista?

*L.F.:* Spero sinceramente che il nuovo Presidente messicano riesca a promuovere una crescita democratica del Messico, attraverso una maggiore garanzia dei diritti sociali e perciò una riduzione della povertà e delle enormi disuguaglianze. Aggiungo che un’effettiva crescita della democrazia può essere solo ostacolata dalle tentazioni populiste, sempre tendenzialmente in contrasto con il paradigma garantista.

**Domanda 19.** Ritene che il Messico, con una costituzione del 1917 e più di 600 riforme, oltre alle riforme in materia economica nel 2013 (telecomunicazioni, energia, concorrenza finanziaria ed economica), sia in linea con il neo-costituzionalismo?

*L.F.:* “Neo-costituzionalismo”, a mio parere, è un’espressione equivoca e talora fuorviante. Preferisco parlare di costituzionalismo *tout court*, oppure di costituzionalismo giuridico o garantista, generato dalle odierne costituzioni rigide, in opposizione al costituzionalismo politico che invece è una dottrina politica ben più antica, che si basa sul governo delle leggi in opposizione al governo degli uomini. Quanto alla vecchia Costituzione messicana, il vero problema, ben più che la sua riforma, è l’attuazione dei tanti diritti fondamentali in essa stabiliti, a cominciare dai diritti sociali alla salute, all’istruzione e alla sussistenza, attraverso l’introduzione per via legislativa di idonee garanzie e di adeguate funzioni e istituzioni di garanzia.

## Domande di JOSÉ ANTONIO SIQUEIRA PONTES.

Master e dottore in filosofia e teoria generale del diritto presso l'Università di San Paolo (USP), Brasile. Ricercatore presso le Facoltà di Campinas (FACAMP), Brasile. Coordinatore del gruppo di ricerca sui fondamenti economici e sociologici dell'integrità delle imprese (compliance) / FACAMP.

**Preambolo:** Nelle sue opere sul costituzionalismo come manifestazione del garantismo, almeno a partire dagli anni 2000, Lei presenta un senso di realtà sociologica evidenziando le crisi dei sistemi di protezione dei diritti e i necessari cambiamenti nel diritto locale e globale per superare le difficoltà. Sottolineo qui l'importanza che Lei dà alla sfera pubblica, ai poteri dello Stato in contrapposizione agli interessi privati di individui e corporazioni. Questa sfera pubblica è la base concettuale per l'effettiva garanzia di un insieme di diritti, come l'accesso al reddito minimo, la salute e l'istruzione gratuite, l'ambiente sano e così via. Lei spesso associa questi obiettivi di cittadinanza di base a obiettivi di diritto penale minimo, cioè riduzione della criminalità di massa e dell'incarcerazione crescente dei poveri. Ad ogni modo, se ho capito bene, difende una rete concettuale che collega la realizzazione dei diritti fondamentali a una forte sfera pubblica capace di contrastare gli interessi privati, attraverso la necessaria espansione delle varie funzioni statali nazionali e il rafforzamento delle organizzazioni internazionali, verso una nuova forma del costituzionalismo globale. Parallelamente, notiamo che organizzazioni internazionali come l'OCSE, il FMI, la Banca mondiale, lo IOSCO, il Comitato di Basilea, tra gli altri, mostrano recenti cambiamenti nel modello di "diritti" derivanti dall'ambito internazionale come condizione di buona "governance privata". Questa idea di governance appare come una manifestazione di un "nuovo ordine liberale", quindi governata in armonia con interessi commerciali privati come trasparenza, integrità e riduzione del rischio. Tuttavia, la logica della governance è sempre più legata alla gestione degli Stati, da un lato, attraverso l'efficienza, la salute fiscale, il taglio dei costi e, dall'altro, la delega di poteri e funzioni pubbliche all'ambiente privato (autoregolamentazione, ecc.), che è un altro aspetto del motto "privatizzazione". D'altra parte, questo fenomeno globale ha un altro aspetto interessante: queste stesse organizzazioni para-governative internazionali (OCSE, FMI, Banca Mondiale, IOSCO, Basilea) sembrano legiferare nel padrone di soft law, definendo linee guida internazionali che sono una fonte complementare del diritto degli Stati (leggi penali, civili e amministrative) molte delle quali sono più cogenti di molte leggi nazionali nella pratica. Sembrano rafforzare in qualche misura le possibilità future di una comunità pubblica internazionale e l'ONU allinea sempre più i suoi programmi di diritti fondamentali e di sostenibilità (Agenda 2030) con il discorso della governance, la trasparenza nella lotta alla corruzione, il terrorismo e il riciclaggio di denaro.

Le domande, in questo senso, partono dalle relazioni e separazioni tra sfera pubblica e sfera privata e riguardano il futuro dei diritti per le generazioni future:

**Domanda 20.** Qual è la sua analisi di questi movimenti relativamente recenti? Esiste la possibilità che questo "ideale di compliance internazionale" rafforzi la nozione di collettività,

**di comunità internazionale a sostegno o la graduale sostituzione dei costituzionalismi locali con uno spirito pubblico globale cosmopolita che ha come obiettivo la realizzazione di diritti costituzionali fondamentali o, al contrario, è un sintomo attuale dei nostri fallimenti nell'affermare la sfera pubblica a livello locale o internazionale?**

*L.F.:* Con una formula sommaria, dirò che il garantismo, cioè l'insieme delle garanzie idonee a tutelare e a soddisfare i diritti fondamentali, richiede da un lato uno stato penale minimo (un "diritto penale minimo" come ho chiamato il modello garantista del diritto penale) e, dall'altro, uno stato sociale massimo: in altre parole, un passo indietro della sfera pubblica a tutela delle libertà fondamentali e un suo passo avanti a garanzia dei diritti sociali. Che è esattamente l'opposto di quanto sta accadendo nelle nostre democrazie, nelle quali si è dato vita a un diritto penale massimo in accordo con le demagogie populiste e a uno stato sociale minimo in ottemperanza alle istanze liberiste. In breve, sono contrario a tutte le privatizzazioni di servizi pubblici e di pubbliche funzioni di garanzia che rischiano sempre di trasformare in diritti patrimoniali quelli che le nostre costituzioni hanno configurato come diritti sociali fondamentali. Un tratto distintivo dei diritti fondamentali è infatti il carattere gratuito delle loro garanzie – in particolare delle prestazioni dovute in ottemperanza dei diritti sociali – conseguente alla loro forma universale, quali diritti di tutti e fondamento dell'uguaglianza. E mi riesce difficile ipotizzare una scuola privata gratuita o una sanità privata parimenti gratuita.

**Domanda 21.** Il concetto di governance è per alcuni un fenomeno originale del calcolo e dell'efficienza, la manifestazione attuale e irrefrenabile di sviluppo commerciale moderno (Supiot A., *La gouvernance par les nombres*). Emerge importanti conseguenze, come l'idea di JURIMETRICS o l'uso di misure statistiche per riflettere sulla razionalità del diritto. Come un esempio positivo possiamo citare la materia attuale sui giornali brasiliani dando notizia che la mancanza di criteri giuridici chiari, la polizia decide chi è un utente e chi è uno spacciatore di droga (<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/03/31/sem-lei-que-cite-quantidades-policia-decide-quem-sera-pre-so-por-trafico.htm> ). Informatizzazione della vita e ampio accesso ai big data, l'uso di statistiche e metriche hanno, però, un altro aspetto: il dominio della vita digitale sulla soggettività, ora mediata da "social network digitali". Questa realtà infrastrutturale riguarda le professioni, essendo la manifestazione più chiara nelle professioni giuridiche la sostituzione dei processi fisici da processi digitali, le udienze virtualizzate in teleconferenza e l'accesso di supercomputer come Watson (IBM) o Coin (JP Morgan) a basi infinite di leggi, regolamenti, contratti e raccolte di giurisprudenza. In nome della suddetta efficienza e governance, i poteri di giustizia (magistratura, pubblico ministero, difensori, avvocati) sentono i loro effetti: ridurre le persone e aumentare i processi in quantità sovrumane può

**essere gestito solo da grandi sistemi informatici. Molti professionisti in Brasile lamentano già l'assenza di mediazione umana nella realizzazione dei diritti fondamentali dei cittadini nei loro rapporti con lo Stato, tra cui il diritto di essere ascoltati, di leggere le loro petizioni e altre garanzie di giusto processo. Come Lei vede questo conflitto tra efficienza digitale e garantismo nel senso umano, con processi che coinvolgono le persone, una manifestazione delle garanzie classiche del “giudice naturale” o “promotore naturale” e altri diritti che costituiscono “reale” piuttosto che “virtuale” giustizia e Stato? La stessa era digitale che ci consente di vedere gravi distorsioni nella disuguaglianza di trattamento tra quelli che usano droghe, rivela una tendenza ad allontanare il giudice dai suoi imputati, dallo stato dei suoi cittadini, dalla gente dei suoi rappresentanti?**

*L.F.:* Anche “governance”, a me pare, è un concetto ambiguo e sfuggente, che non fa parte del lessico garantista. Quanto ai processi digitali, agli algoritmi e alla sostituzione degli apparati della sfera pubblica con apparati interamente informatizzati, essi mi sembrano tutti inquietanti e, se non sottoposti a limiti e a garanzie, altresì pericolosi. Questi algoritmi, questi automatismi con cui ci si illude di sostituire la discrezionalità amministrativa con una sorta di efficienza oggettiva e neutrale nascondono una minaccia alle garanzie dei diritti. Essi, infatti, non sono affatto neutrali. Sono necessariamente costruiti sulla base della scelta, niente affatto valutativa, di uno o più parametri di valutazione contrabbandati come oggettivi e sul rifiuto o l'irrelevanza di altri criteri o parametri. Producono perciò, inevitabilmente, una deresponsabilizzazione e un occultamento dei poteri per il loro tramite esercitati e una loro legittimazione come poteri “tecnici”.

**Domanda 22.** La diagnosi della crisi politica globale si trova anche nella sua opera più recente, *Manifesto per l'uguaglianza* (2018). Le tendenze che Lei descrive, nell'analisi del rapporto tra legge ed economia sono presenti in molti paesi, in particolare quelli latinoamericani come il “nuovo ordine liberale”. Ha detto: «Queste politiche hanno dapprima determinato la crisi, e poi l'hanno aggravata proponendo come terapie le stesse misure dalle quali la crisi è stata provocata: la deregolazione delle relazioni di mercato e in particolare delle attività finanziarie; la riduzione delle imposte sui ricchi, a cominciare da quelle sulle successioni, e perciò delle entrate fiscali; la libera circolazione dei capitali, grazie alla quale questi possono evadere il fisco trasferendosi nei paradisi fiscali; i tagli alla spesa pubblica nella sanità e nell'istruzione; gli abbassamenti dei salari e delle pensioni; la precarizzazione del lavoro e la demolizione del diritto e dei diritti dei lavoratori; la sottomissione alla finanza, a causa della quale i governi hanno in questi anni stanziato migliaia di miliardi di euro per salvare le banche, dopo averle privatizzate e consentito loro di giocare d'azzardo sui mercati, ma non sono riusciti a trovare poche decine di miliardi

per salvare la Grecia dal disastro economico e sociale» (Ferrajoli, L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Editori Laterza, 2018, iBooks.) È nello stesso capitolo che Lei fa una critica di passaggio al concetto di Law and Economics e cita l'abbandono delle politiche keynesiane, dando come esempio le politiche di intervento fatte dal governo Lula in Brasile e il loro relativo successo nel ridurre la miseria.

Lei sembra riflettere un movimento che è a volte tacitamente presente in tutti i fondamenti delle politiche pubbliche, nel dibattito politico ed economico che sta alla base di ogni reale base di effettività dei diritti fondamentali, ambientali, sociali e umani, o di qualsiasi diritto. È un movimento per rafforzare la sfera pubblica, lo Stato, per affrontare la deregolamentazione privata, finanziaria ed economica.

Possiamo dire che questa dottrina è una condizione reale e sostanziale per le varie dimensioni del costituzionalismo, del garantismo che Lei difende per decenni? Possiamo dire che si tratta di un movimento di “Diritto ed Economia Politica” per affrontare la Law and Economics? Come potrebbe definire questa dottrina? Le generazioni future avranno le condizioni per conquistare a livello internazionale (ONU, FMI, OCSE, Banca Mondiale, ecc.) un consenso sul fatto che non ci saranno diritti fondamentali senza politiche economiche di Stato interventivi, di linea keynesiana, globalmente sostenibili, attraverso poteri pubblici forti, presenti ed attuanti?

*L.F.:* La costruzione della sfera pubblica, ripeto, è stata la grande conquista della modernità giuridica e politica. Naturalmente la sfera pubblica può anche essere – ed è stata, e continua in molti paesi ad essere – una sfera pubblica illiberale o antisociale e perciò anti-democratica. Le costituzioni del secondo Novecento, pur con i loro limiti e difetti, hanno tuttavia disegnato e imposto la costruzione di una sfera pubblica democratica, finalizzata alla garanzia delle varie classi di diritti fondamentali in esse stabiliti. Oggi stiamo assistendo a un'aggressione a questa sfera pubblica democratica, dall'alto e dal basso. In Italia, ma anche in molte altre democrazie occidentali, stiamo assistendo a una perversa e paradossale alleanza tra populismi e liberismo. Le politiche liberiste hanno demolito il diritto del lavoro e le sue garanzie e, conseguentemente, le vecchie forme di soggettività collettiva basate sull'uguaglianza e su lotte comuni per comuni diritti. Espressioni come movimento operaio e classe operaia sono andate fuori uso perché è venuta meno, con la moltiplicazione, la differenziazione e la precarizzazione dei rapporti di lavoro, l'uguaglianza nei diritti tra i lavoratori, i quali, anziché solidarizzare in lotte comuni, sono costretti a entrare in competizione tra loro. In questo modo hanno creato le basi sociali degli odierni populismi, che con le loro politiche sulla sicurezza alimentano paure e razzismi quali fattori di nuove soggettività politiche collettive, basate sulla difesa di supposte identità collettive – “prima gli italiani” e simili – da supposte identità nemiche e sull'intolleranza

per le differenze. A sua volta i populismi ricambiano il favore loro procurato dalla disintegrazione liberista delle vecchie soggettività sociali con la loro opposizione, in nome di un'illusoria sovranità nazionale, alla costruzione di una sfera pubblica sovranazionale, di tipo globale o quanto meno europeo: che è esattamente l'assenza di regole e controlli all'altezza dei mercati, assolutamente funzionale alle politiche liberiste. Infine, populismi sovranisti e liberismo sono accomunati dall'insofferenza per limiti e vincoli costituzionali, generata da un lato dall'ideologia populista della volontà popolare incarnata dalla maggioranza come unica fonte di legittimazione politica e, dall'altro, dall'ideologia liberista del mercato come luogo delle libertà fondamentali che non ammettono limiti né controlli. E' poi evidente che delle due sovranità, quella popolare e quella dei mercati, la seconda è destinata a prevalere sulla prima, se non altro per l'asimmetria tra il carattere globale dell'economia e della finanza e il carattere prevalentemente statale della politica e del diritto. Diritti umani, solidarietà e dignità della persona – gran parte del vocabolario costituzionale – sono del resto sconosciuti sia al linguaggio liberista che a quello populista.

## LUIGI FERRAJOLI - INTERVISTA INSEGNARE LA CITTADINANZA (parte terza)

### **Domande di GUILHERME MADEIRA DEZEM.**

Master e dottore in diritto processuale penale presso l'Università di San Paolo (USP), Brasile. Professore di diritto processuale penale all'Università presbiteriana di Mackenzie, Brasile. Giudice di diritto a San Paolo, Brasile.

**Domanda 23 - Caro professore, il Brasile sta attraversando momenti delicati: i valori democratici e la protezione dei diritti umani non trovano aderenza alla popolazione generale o agli studenti di diritto. Dove noi, gli insegnanti di giurisprudenza, siamo sbagliati che non siamo stati capaci di trasmettere questi valori agli studenti? Cosa possiamo fare?**

*Luigi Ferrajoli (L.F.):* Potete fare moltissimo. Innanzitutto mostrando il ruolo che la scienza giuridica, le cui singole discipline appaiono di solito puramente tecniche e certamente non appassionanti, può svolgere nella critica del diritto illegittimo, cioè dell'illegittimo esercizio dei poteri, sia pubblici che privati. In questo consiste il maggior fascino della scienza giuridica quale è stata rifondata dalle odierne costituzioni rigide e che l'insegnamento ha il compito di rivelare. Il diritto può essere uno strumento potente di costruzione della democrazia, tanto quanto è in grado di operare come sistema di limiti e vincoli nei confronti dei poteri, altrimenti selvaggi, e di garantire i diritti fondamentali di tutti. Purtroppo non è solo il Brasile che sta attraversando una crisi della democrazia. Anche l'Italia, gran parte dell'Europa, perfino

gli Stati Uniti stanno vivendo analoghe crisi. E' importante mostrare agli studenti che in queste crisi involutive non c'è nulla di naturale o di inevitabile; che i sistemi politici sono come li costruiamo sul piano giuridico, come li immaginiamo e li vogliamo sul piano politico e, prima ancora, come li pensiamo sul piano teorico. Per questo essi dipendono dalla – e sollecitano la – responsabilità di tutti noi, a cominciare da noi giuristi.

**Domanda 24. Ci rendiamo conto che nel mondo c'è un'onda che respinge i diritti e le garanzie, in particolare quelli noti come prima generazione o dimensione. Viktor Orban, Matteo Salvini, Donald Trump e, in Brasile, Jair Bolsonaro sono il volto visibile di questo movimento. Apparentemente è un movimento a pendolo. Quanto ci possiamo aspettare che duri questo movimento? Qual è la migliore posizione che noi docenti dovremmo avere?**

*L.F.:* Si tratta di movimenti che crescono soprattutto nel vuoto di cultura politica e giuridica: un vuoto che finisce facilmente per essere colmato da paure, xenofobie, rancori, recriminazioni, egoismi individuali e nazionali alimentati dalle demagogie irresponsabili e spesso dalle falsificazioni e mistificazioni della realtà. La migliore risposta, ripeto, è lo sviluppo del senso civico, della cultura giuridica e politica ed anche l'invenzione di nuove tecniche o forme di garanzia in grado di ridurre i poteri, altrimenti, come sempre, selvaggi e distruttivi.

### **Domande di DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL.**

Master e dottore in diritto processuale presso l'Università di San Paolo (USP), Brasile, su temi di diritto processuale costituzionali. Discendente di fondamenti di psicoanalisi e la sua pratica clinica presso l'Istituto Sedes Sapientiae, Brasile. Professore di diritto processuale. Membro del CEAPRO (Centro di studi avanzati della procedura / Centro de Estudos Avançados de Processo) e IBDP (Istituto brasiliano di diritto processuale / Instituto Brasileiro de Direito Processual). Defensor Público dello Stato di San Paolo con attribuzioni nella prima Giuria della capitale.

**Preambolo:** Se si considera la prospettiva del secondo significato di “garantismo”, molte delle pratiche della giustizia penale brasiliana sono incompatibili con il modello di garanzie in essere e decisive per il processo di incarceramento di massa in corso, ponendo il Brasile tra i leader mondiali in questa questione.

La situazione è molto preoccupante, e l'eccesso di arresti provvisori rivela che i tribunali vedono la maggior parte degli imputati come presuntamente colpevoli, nasce da questa visione distorta numerosi altre pratiche operate in relazione al codice di procedura penale (nella parte in cui ci sono stati importanti modifiche apportate dalla riforma impronta prevalentemente garantista nel 2008, che per molti versi è stato semplicemente ignorato dai tribunali) e al quadro costituzionale previsto dalla Costituzione e dai trattati e le decisioni internazionali dei diritti umani che sono vincolanti per il Brasile. Anche con le nuove generazioni di studenti di giurisprudenza formate a contatto con il pensiero garantista, non entreabre una certa comprensione significativo raffreddamento delle pratiche antigarantiste del sistema della giustizia.

Questa mancanza di cambiamenti significativi sottolinea, tra l'altro, l'effetto straniante ottenuto in lunghi processi di istituzionalizzazione che gli studenti principianti sono sottoposti a una carriera nel sistema di giustizia (che comprende corsi di formazione, gli standard di correzione, obiettivi di produttività, ecc), confermando in essi il modello generale di normalità imposto o, se applicabile, o, se del caso, adeguandoli a questo standard (di pratiche antigarantiste consolidate per la legge brasiliana). Questa percezione convergono spaventosamente comprensione di *Albert Schweitzer*, nel suo studio *Decadimento e Rigenerazione della Cultura (Verfall und Wiederaufbau der Kultur)*, per avvertire che “un altro motivo per cui il rinnovamento della cultura è difficile è che, come realizzatori del movimento, e in modo decisivo, solo le individualità possono essere prese in considerazione separatamente. La rigenerazione della cultura non ha nulla a che fare con i movimenti legati alla psicologia delle folle. (...) Dove le comunità hanno più influenza sull'individuo di quanto possa esercitare su di loro, inizia la decadenza (...)”. D'altra parte, nel prefazione di *Diritto e Ragione: Teoria del garantismo penale*, Norberto Bobbio fa notare che il più perfetto sistema del garantismo non riesce a trovare in se stesso la propria garanzia e richiede un intervento attivo da parte di individui e gruppi in difesa diritti che, anche dichiarati normativamente (positivi), non sono sempre protetti in modo efficace.

**Domanda 25. Data questa prospettiva, cosa consiglierebbe nel campo dell'educazione giuridica in modo che noi, insegnanti di giurisprudenza, formiamo individui che sono veramente convinti della necessità di lottare per i diritti decorrenti del modello esistente di garanzie e nella misura in cui hanno una forza interna sufficiente per rifiutare qualsiasi tentativo di normalizzazione istituzionale delle pratiche antigarantiste?**

*L.F.:* L'educazione giuridica è oggi, principalmente, educazione ai valori costituzionali, cioè ai valori della libertà, dell'uguaglianza, della pace e della democrazia. L'educazione civile a questi valori e alle loro garanzie e lo sviluppo dell'impegno politico e intellettuale, soprattutto dei giovani, saranno tanto più efficaci quanto più riusciranno a promuovere l'indignazione contro l'arbitro e il sopruso: l'indignazione, per esempio, contro la presunzione di colpevolezza che, come lei dice, sembra animare i tribunali brasiliani, e contro il conseguente abuso della custodia cautelare e degli arresti provvisori, che sono altrettanti sintomi della scarsa cultura istituzionale dei nostri operatori giuridici. Giustamente lei richiama quanto ha scritto Norberto Bobbio sull'intervento attivo delle persone in difesa dei diritti. Solo la lotta quotidiana e radicale in difesa dei diritti può garantirne l'effettività. In assenza di questa lotta i diritti sono destinati a sparire dall'orizzonte della politica e ancor prima degli stessi cittadini che ne sono i titolari.

Nell'insegnamento occorrerebbe inoltre mostrare che i valori costituzionali non sono soltanto valori etici e politici. Sono, prima ancora, valori di ragione. Dalla loro lesione possono provenire catastrofi in grado di distruggere non soltanto le nostre democrazie, ma anche le no-

stre condizioni di vita e di sopravvivenza. E' questo un pericolo nuovo nella storia dell'umanità: di fronte alle catastrofi ambientali o a quelle nucleari, se non saranno introdotti limiti e controlli – in breve garanzie – in grado di por fine all'attuale sviluppo industriale ecologicamente insostenibile e di bandire come illeciti gli assurdi armamenti nucleari, potremmo non arrivare in tempo a formulare i “mai più” che a metà del secolo scorso furono opposti agli orrori delle guerre e dei totalitarismi. La lotta per i diritti e per le loro garanzie è insomma un imperativo di ragione ancor prima che di giustizia. E' tutt'uno con l'impegno razionale, e non solo etico-politico, in difesa della democrazia, della pace e dell'abitabilità del pianeta.

Fine

## ENTREVISTA COM LUIGI FERRAJOLI

A Revista DESC teve a honra de conversar com o maestro Luigi Ferrajoli, um dos filósofos do direito mais importantes e lidos do mundo, com uma longa e conhecida história na defesa dos direitos fundamentais, seja como professor universitário na Itália (Roma, Camerino) seja como juiz nos anos sessenta e setenta, quando participou da fundação de uma associação de jovens juízes, “*Magistratura Democratica*”, em defesa de garantias fundamentais no processo, e em particular no processo penal.

Ferrajoli é autor de numerosas obras sobre diversos temas, entre os quais direito e lógica, análise da linguagem e filosofia da ciência, e foi o principal discípulo de Norberto Bobbio até se consolidar como um filósofo eminente do “Garantismo”, com a difusão de sua obra mais impactante no Brasil e em toda a América Latina, o clássico “Direito e Razão” de 1989.

Por seus méritos e fama, recebeu o título de “doctor honoris causa” em dezenas de universidades em todo o mundo; seu livro mais recente é “Manifesto pela Igualdade” de 2018, ainda não publicado no Brasil (*Manifesto per l’uguaglianza*).

A possibilidade de questionar o Maestro italiano sobre os tópicos desta entrevista é uma oportunidade preciosa para ouvir seus pensamentos atuais e, para a Revista, é motivo de orgulho poder oferecer aos leitores as reflexões de Luigi Ferrajoli. A ele devemos não apenas a construção mais completa da teoria do garantismo, mas também a teoria mais rica e articulada da democracia constitucional, tema que talvez o Brasil de hoje, mais do que ninguém, precise ouvir.

Dividimos o texto em blocos temáticos conforme a ênfase dada por juristas e docentes participantes, aos quais o Comitê Editorial da Revista DESC agradece com especial atenção, dada a riqueza que proporcionaram com suas perguntas, gerando uma entrevista extraordinária. É o que esperamos oferecer aos(as) leitores(as) nas linhas que seguem.

---

**JOSÉ ANTONIO S. PONTES**

Organizador e tradutor da entrevista.

Editor-chefe da Revista DESC

**PASQUALE BRONZO**

Organizador e tradutor da entrevista.

Conselheiro internacional da Revista DESC

---

## LUIGI FERRAJOLI - ENTREVISTA

### 1ª PARTE - GARANTISMO E PROCESSO PENAL

#### **Pergunta de EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA.**

Juiz federal no Brasil. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual (2016-2019). Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual.

**Pergunta 1. Autores como Juan Montero Aroca (Espanha), Franco Cipriani (Itália) e Alvarado Velloso (Argentina) defendem o processo – civil e penal – como garantia de liberdade a serviço do jurisdicionado, não como método instrumental a serviço da jurisdição. Quais as semelhanças e dessemelhanças entre o seu garantismo e o deles?**

*Luigi Ferrajoli (L.F.):* De acordo com o modelo garantista, o processo judicial – civil, penal, mas também administrativo e constitucional – é um procedimento destinado a investigar a “verdade”, obviamente relativa e aproximada, em relação a uma violação do direito: um crime, um ilícito civil ou ilícitos de outro tipo, ou ainda um ato inválido, seja legislativo, administrativo ou negocial. As garantias processuais, portanto, são – ou melhor, deveriam ser – a tradução jurídica de regras epistemológicas elementares. São garantias de verdade, bem como de imunidade à arbitrariedade.

#### **Perguntas de FLÁVIO BOECHAT ALBERNAZ.**

Promotor de Justiça, membro do Ministério Público do Estado de São Paulo; Promotor de Justiça Criminal em São José dos Campos; Mestre em Direito Penal pela PUC-SP.

**Preâmbulo:** Na Itália e no Brasil, o Garantismo vem sendo identificado com uma série de medidas de proteção a criminosos, por opor severos obstáculos à aplicação da lei penal e à efetiva e célere punição de crimes. Na prática forense e política, sua utilização tem sido direcionada à proteção do criminoso e não da vítima do crime ou da sociedade no caso de crimes contra interesses difusos, e tem sido feita de maneira seletiva, aplicada pelos tribunais e pelo Parlamento sobretudo para criminosos especiais, detentores do poder político e econômico. Por exemplo: na Itália, em julho de 1994, em meio às investigações feitas pelo pool de promotores da *Mani Pulite*, o Governo apresentou um Decreto alterando sensivelmente as regras sobre a prisão cautelar, vedando a sua decretação em crimes financeiros, de corrupção e outros dos quais eram acusados precisamente os envolvidos no megasquema de corrupção conhecido como Tangentopoli. Na prática, uma pessoa que roubava uma pequena quantia em uma farmácia poderia ser alvo de prisão cautelar, enquanto outra que houvesse desviado trilhões (a moeda vigente na Itália à época era a lira) dos cofres do Estado ou das empresas teria garantida a liberdade. No Brasil, sobretudo nos tribunais superiores, em que alguns juízes têm atuado sob forte conflito de interesses (há magistrados das altas cortes ligados a “imputati eccellenti” por laços políticos e de amizade), o garantismo vem sendo seletivamente invocado como pretexto para justificar a proibição de prisão cautelar de

acusados/investigados especiais ou para assegurar o excessivo alongamento dos processos, com vistas à prescrição e à impunidade. Feita essa breve introdução, pergunta-se:

**Pergunta 2. Essa é uma percepção correta? Se não é, onde estaria o erro?**

*L.F.:* Esta é uma percepção completamente errada: as garantias penais e processuais servem para proteger os inocentes e não os criminosos. Portanto é infundado qualquer apelo ao garantismo para sustentar a impunidade de crimes dos poderosos. “Garantias” e “garantismo”, por outro lado, são expressões cujo significado vai muito além do direito penal. As garantias são as obrigações ou proibições correspondentes àquelas expectativas positivas ou negativas que são os direitos subjetivos. Em particular, são as técnicas de proteção de todos os direitos fundamentais, isto é, as proibições (ou limites) e as obrigações (ou restrições) impostas para suas garantias. Falaremos, portanto, de garantismo liberal e especificamente penal para designar os limites do arbítrio punitivo, seja o legislativo, o judicial ou policaresco, em garantia dos direitos de liberdade; de garantismo social para designar as obrigações de prestação correspondentes aos direitos sociais; de garantismo civil para designar os limites e restrições impostos aos poderes econômicos privados – em questões de trabalho, meio ambiente, segurança e afins – em garantia dos direitos de quem possa ser prejudicado por seu exercício desregulado; de garantias supranacionais e tendencialmente globais para designar as garantias quase totalmente ausentes relacionadas aos direitos fundamentais estabelecidos pelas incontáveis cartas e convenções internacionais até agora substancialmente inefetivas; de garantismo dos bens públicos ou fundamentais contra sua lesão em prejuízo dos direitos de todos.

Nesse sentido, o garantismo é a outra face – a face da efetividade – do constitucionalismo. É um conjunto de limites e obrigações impostas a qualquer poder, seja ele público ou privado, político ou judicial, estatal ou supraestatal, em garantia das diferentes classes de direitos subjetivos e, em particular, dos direitos fundamentais: dos direitos políticos, dos direitos civis, dos direitos de liberdade e dos direitos sociais. Portanto não é um obstáculo à aplicação do direito penal, mas ao contrário uma garantia da sua correção e mesmo da sua eficácia como instrumento de proteção das vítimas e da sociedade. A efetividade do direito penal, de fato, não vem de condenações sumárias de possíveis inocentes, mas de uma correta e efetiva apuração das responsabilidades penais, somente possível precisamente pelo respeito às garantias penais e processuais.

**Pergunta 3. Qual avaliação o senhor faz sobre os impactos práticos do modelo garantista na vida da sociedade e no dia a dia das pessoas?**

*L.F.:* O garantismo, infelizmente, não é popular. Especialmente em questões criminais, a opinião pública, devido a campanhas políticas em matéria de segurança política, tende a ser punitivista. As garantias não fazem parte da cultura de massa ou mesmo do senso comum. Os acusados, de acordo com a opinião corrente, não são presumidos inocentes, mas culpados. O

garantismo não faz parte do senso comum, muito menos da subcultura de populistas que precisam, infelizmente, avançar imediatamente sobre bodes expiatórios. Em poucas palavras, é impopular, e isso é suficiente para o populismo político rejeitá-lo como um luxo das almas belas. Naturalmente, nos deparamos aqui com um paradoxo. O garantismo não é apenas um sistema de limites e obrigações ao poder punitivo, seja legislativo ou judicial, em garantia da liberdade de todos contra a punição excessiva ou arbitrária. É antes de tudo um sistema de regras racionais que garantem, o máximo possível, a busca plausível da “verdade processual” e, portanto, a punição dos verdadeiros culpados. Mas é justamente essa racionalidade que não é aceita nem compreendida por uma parte da opinião pública, deseducada pela mídia, que ao contrário aspira à justiça sumária, tendendo ao linchamento dos suspeitos. E isso também é suficiente para o populismo representar tais concepções e consequentemente os anseios de vingança.

O populismo penal é, em suma, funcional para o populismo político. Seu paradigma - o direito penal do inimigo – está em perfeita sintonia com a tendência do populismo político a se definir com base em inimigos. Todos os populismos precisam se legitimar através de um inimigo ou, melhor ainda, de mais inimigos: inimigos internos que conspiram e inimigos externos como a União Europeia ou a ONU; inimigos no alto, representados por elites, e inimigos abaixo, representados por migrantes e sujeitos desviantes; inimigos identificados com governos anteriores e inimigos que constituem as oposições. E é claro que a autoidentificação de maiorias populistas com o povo soberano, o racismo, o medo da criminalidade de rua, a intolerância ao dissenso, o desconforto com o pluralismo político ou institucional e o vitimismo permanente são os ingredientes dessa lógica do inimigo. O impacto prático do garantismo na sociedade está, portanto, ligado à crítica a essas subculturas e seus enganos e, por isso, ao crescimento do sentido cívico no nível das massas, que só pode provir de uma batalha cultural em apoio aos valores constitucionais, dos direitos fundamentais à dignidade paritária das pessoas.

***Pergunta 4. Para o garantismo, qual é a função da pena e do direito penal na sociedade?***

*L.F.:* O papel das penas e do direito penal, segundo a teoria garantista, consiste na prevenção e, por isso, na minimização da violência e da arbitrariedade na sociedade: não só da violência e arbítrio dos membros da comunidade, ou seja, os crimes, mas também da violência e do arbítrio de instituições punitivas, isto é, penalidades arbitrárias ou excessivas. Não esqueçamos a tese de Montesquieu de que não apenas a liberdade, mas também a segurança dos cidadãos é ameaçada, acima de tudo, por penas e condenações arbitrárias.

## Perguntas de GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ JUNQUEIRA.

Especialista em direito penal pela Universidade de Salamanca; mestre e doutor em direito penal pela PUC-SP; pós-doutorado pela universidade de Coimbra; professor de direito penal na graduação e no pós-graduação lato e stricto sensu da faculdade de direito da PUC-SP; professor do curso Damásio; defensor público no estado de São Paulo, foi diretor da Escola da Defensoria Pública por 3 mandatos.

**Preâmbulo:** O discurso Garantista repercute no Brasil há décadas. O pensamento foi reverenciado e se tornou um importante instrumento persuasivo no debate jurídico. No entanto, a repetição descuidada da expressão “Garantismo” foi tão frequente que aos poucos pode ter se distanciado de seu significado original. Hoje é muito importante no Brasil uma corrente de pensamento, capitaneada por membros do Ministério Público e da Magistratura, autodenominada “Garantismo Penal Integral”, que afirma partir do pensamento de Luigi Ferrajoli para fixar como premissa que não deve ser dado foco apenas para as garantias individuais perante o poder punitivo estatal, sendo necessário “garantir” o interesse da coletividade perante o indivíduo criminoso. A conclusão da corrente de pensamento “Integral” é que seria possível e recomendável o sacrifício de direitos e garantias individuais (como liberdade, devido processo legal, ampla defesa, legalidade penal ou vedação de incriminação sem conduta ou culpabilidade) em prol da tutela penal dos direitos coletivos como “segurança pública”, “saúde pública” e mesmo “regularidade da Administração Pública”. Para a autodenominada corrente “integral”, a flexibilização não seria um limite de eficácia do garantismo diante de demandas punitivas da sociedade, mas uma consequência do próprio garantismo.

**Pergunta 5. Questiona-se: Tendo como premissa a máxima efetividade do garantismo penal, deve ser aceita a flexibilização de garantias previstas nos tradicionais axiomas do garantismo em prol da tutela penal de interesses coletivos como “segurança pública”, “saúde pública” ou “regularidade da administração pública”? É possível ter tal sacrifício como uma evolução natural e esperada do Garantismo na defesa dos interesses coletivos?**

*L.F.:* Tenho afirmado que o “garantismo” não é apenas garantismo penal. O garantismo é um paradigma teórico válido para todos os direitos e todos os bens fundamentais. Mas isso não implica de modo algum as consequências que, de acordo com a sua pergunta, os expoentes do chamado “garantismo penal integral” gostariam de extrair. Não é compreensível quais vantagens a segurança pública, a saúde pública entre outras poderiam ter às custas de lesões a garantias processuais e criminais, enquanto, por outro lado, são absolutamente evidentes as violações aos direitos e à segurança dos cidadãos que resultariam de tais lesões.

## Perguntas de JOÃO PAULO MARTINELLI.

Professor no cursos de graduação e pós-graduação no Instituto de Direito Público de São Paulo (IDP/SP) e na Universidade Federal Fluminense (RJ), Brasil. Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo/Brasil. Foi membro da Comissão de Jovens Penalistas da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP). Foi pesquisador na Universidade de Munique (Alemanha) e na Universidade da Califórnia (UC Davis, EUA). cursou pós-graduação em Direito Penal (teoria do delito) na Universidade de Salamanca (Espanha). Especializado em Direito Penal Internacional pelo International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (ISISC). Coordenador de convênios do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim/Brasil). Membro da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB/SP-Brasil.

**Pergunta 6. No Brasil, é muito comum o juiz criminal interrogar testemunhas e fazer perguntas minuciosas, detalhistas, como se quisesse produzir provas contra o réu. No sistema acusatório verdadeiro, o juiz pode interrogar testemunhas?**

*L.F.:* No sistema acusatório, o juiz deve manter uma postura de total equidistância e imparcialidade. Não lhe é, portanto, permitido interrogar testemunhas, uma vez que isso compete às partes do processo. Muito menos pode constituir provas contra o acusado. Provas e contraprovas vão surgindo no debate público e no contraditório, por iniciativa da acusação e da defesa.

**Pergunta 7. A doutrina tradicional brasileira, e também a jurisprudência, defendem o princípio da verdade real, segundo o qual o juiz deve buscar a verdade dos fatos para formar sua convicção. Essa postura dá ao juiz um papel de protagonista, como se fosse parte do processo. Qual sua opinião sobre o denominado princípio da verdade real?**

*L.F.:* A única verdade que legitima o processo é a verdade processual, adquirida mediante o rigoroso respeito de todas as garantias do devido processo. Eu não compartilho de maneira alguma com o assim chamado princípio da verdade material que, além das intenções, sempre corre o risco de se transformar em uma legitimação do arbítrio. Naturalmente, os juízes, por princípio, devem estar cientes da natureza probabilística da verdade real e do caráter discutível da verdade jurídica. A dúvida é a primeira regra da deontologia judicial.

**Pergunta 8. Recentemente, uma desembargadora brasileira foi processada administrativamente por conceder a liberdade a presos que estavam em reclusão além do tempo previsto na decisão condenatória. O principal argumento do tribunal foi a violação ao princípio da colegialidade, pois ela era integrante de uma câmara criminal. Existe realmente um princípio da colegialidade? Uma decisão que revoga uma prisão ilegal pode ser proferida monocraticamente por membro de tribunal?**

*L.F.:* Não conheço o processo brasileiro, nem, portanto, a distribuição de competências determinada pelo “princípio de colegialidade” mencionado na pergunta. Se a juíza “processada administrativamente por conceder a liberdade a presos que estavam em reclusão além do tempo previsto na decisão condenatória” tivesse competência para emitir tal disposição, então seu ato não era apenas lícito, mas um dever, e o procedimento administrativo foi completamente infundado.

**Pergunta 9. Qual deve ser o papel da vítima no desenvolvimento do processo penal? A vítima pode atuar como assistente de acusação ou esse papel deve ser exclusivo do titular da ação penal?**

*L.F.:* A vítima é titular apenas do direito de, no caso de uma condenação, pedir ressarcimento pelos danos sofridos. Quanto ao processo penal, a vítima está legitimamente interessada não na condenação qualquer que seja, mas na busca da verdade processual, isto é, em averiguar a responsabilidade dos verdadeiros culpados e, portanto, em respeitar as garantias processuais que, como tenho afirmado, são acima de tudo garantias da verdade.

### **Perguntas de PASQUALE BRONZO.**

Professor Associado de direito processual penal na Sapienza Università di Roma.

**Pergunta 10. Em sua ideia de reforma do sistema penal, está prevista uma redução de crimes, também por meio de uma descriminalização, entre outros, dos crimes que não têm um genuíno efeito de dissuasão, aqueles que proíbem “comportamentos que são cometidos de qualquer maneira, cujas penas têm o único efeito criar clandestinos” (Ferrajoli, L., *Dei diritti e delle garanzie*, Il Mulino, 2013, p. 26). Entre os crimes desse último tipo, o senhor menciona o crime de imigração irregular (artigo 10-bis do Decreto Legislativo de 25 de julho de 1998, n. 286) introduzido na Itália em 2009, que se mostrou sem qualquer efeito dissuasivo e capaz de apenas empurrar os migrantes ilegais para a clandestinidade, contribuindo para torná-los presas fáceis de organizações criminosas como a máfia. Um exemplo paradigmático de uso simbólico do direito penal: o estrangeiro que entra ilegalmente – o qual não pode ser presopor se tratar de uma contravenção – é julgado meses ou anos depois (geralmente na sua ausência), condenado a uma multa que nunca é cobrada (enquanto o processo custa à comunidade, não só em termos de pessoal no judiciário, mas também porque o estrangeiro necessitado tem o direito de ser defendido pelo Estado). Essa incriminação – inútil em si mesma – foi introduzida apenas para manter a possibilidade ‘tranquilizadora’ de expulsão compulsória do clandestino (sem conceder condições para sua saída voluntária) que uma diretiva europeia de 2008 nos permite somente se a expulsão for uma sanção penal ou consequência de uma sentença criminal. Acontece que, se durante o processo ocorrer a expulsão pela via administrativa, o processo fica bloqueado, apesar de a pena prevista ser pecuniária, substituível pela expulsão sempre que possível. No entanto, esse tipo particular de expulsão penal é quase sempre impossível, pelas mesmas razões que a administrativa o é, levando à não aplicação da lei quase generalizada (na verdade, a maioria das decisões judiciais não a aplicam, sendo causa também de inaceitáveis divergências de julgamento). O senhor acredita que o sistema penal “expansionista” do Brasil, que sempre foi propenso à legislação simbólica,**

**hoje atormentado por problemas de imigração maciça como a oriunda da Venezuela, pode se inspirar no exemplo negativamente instrutivo de nosso crime de “clandestinidade”?**

*L.F.:* O direito penal, segundo seu modelo garantista, não tem a função de declamar princípios políticos, mas apenas de prevenir danos injustos. As leis penais destinadas a permanecer ineficazes – como aquelas que penalizam o aborto ou a imigração ilegal ou o uso pessoal de drogas – para além daquilo que pensamos sobre sua ilegitimidade moral e política, são normas injustificadas simplesmente porque não são capazes de prevenir os fatos penalizados por elas. Além disso, elas sempre tendem a ser criminógenas, dado que seu principal efeito é tornar clandestinos os comportamentos que elas preveem e proíbem. Sua ineficácia, relatada em sua pergunta, é uma confirmação da inutilidade, ou pior, da nocividade de tais normas.

**Pergunta 11. O Brasil vive atualmente um grave problema de superlotação nas prisões (quarta maior população carcerária do mundo). Em sua ideia de reforma da justiça na Itália, há uma forte redução do cárcere, a ser alcançada não apenas diminuindo a duração das penas, mas também introduzindo penas de detenção não prisionais para crimes de baixa gravidade, com conteúdo semelhante ao das atuais penas alternativas à prisão, mas aplicadas diretamente em sentença do juiz de cognição (Ferrajoli, L., *Dei diritti e delle garanzie*, Il Mulino, 2013, p. 28). Na Itália, estivemos muito próximos de aprovar uma reforma semelhante em 2014, por meio de um novo catálogo de sanções: prescrições, prisão domiciliar e, possivelmente, junto com esta última, prestação de serviços de utilidade pública à comunidade; com uma completa reconfiguração do trabalho “penal” que, nascido como punição e depois tornado um expediente para agravar a prisão e, portanto, um meio de dar significado a ela, voltaria a ser uma punição, mas fora e sem prisão. O senhor acha que esse modelo é viável mesmo em um sistema caracterizado por um verdadeiro e claro encarceramento em massa como o sistema brasileiro?**

*L.F.:* A superlotação é, em si mesma, um tratamento contrário ao senso de humanidade que, como tal, é ilegítimo e não deve ser de modo algum permitido. Quanto ao encarceramento em massa, no Brasil como nos Estados Unidos, é sempre o sinal inequívoco do caráter discriminatório e classista do direito penal desses países. Tanto mais nesses países, por isso, seria necessário impor processos de descriminalização e de desencarceramento. Há anos venho propondo, por um lado, a redução da duração máxima das penas para 15 ou no máximo 20 anos e, por outro lado, a previsão de uma ampla gama de sanções penais alternativas à reclusão para todos os crimes não graves. Acrescento que uma verdadeira política anticrime, que realmente tenha foco na segurança, deveria ser, muito mais do que uma política criminal, uma política social, capaz de reduzir as causas econômicas e materiais da criminalidade de rua e de subsistência e, obviamente, mais difícil e trabalhosa que o simples agravamento demagógico das penas.

**Pergunta 12.** O senhor é um dos primeiros e principais defensores do princípio da “reserva do código” como uma ferramenta para restaurar a certeza, a cognoscibilidade e a natureza sistemática a um direito penal que – sobretudo por causa de uma enorme produção normativa e da cada vez mais evidente “descodificação” – perdeu certeza, cognoscibilidade, coerência interna; tanto é assim que – como o senhor lembra (Ferrajoli, L., *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, p. 27 ss) – um acórdão do Tribunal Constitucional de 1988 chegou a declarar que o princípio de que “a ignorância da lei não é escusável” não se aplica quando a ignorância é inevitável.

Na Itália, no ano passado, esse princípio foi implementado – embora com limites importantes – no decreto legislativo de 1 de março de 2018, n. 21, que introduziu (no código penal, isto é, numa lei ordinária) uma disposição segundo a qual “*novas disposições que preveem crimes só podem ser introduzidas na lei se modificarem o código penal ou forem incluídas na legislação orgânica que regula a matéria*”. O senhor acredita que, na realidade atual, caracterizada – em nível global – por um direito penal cada vez mais “multinível” e por um uso cada vez mais frequente de tipos criminais como normas de “fechamento” em determinadas disciplinas setoriais, existem condições político-culturais para observar o princípio da “reserva do código” como originalmente concebido, ou pensa que é inevitável aceitar – de acordo com a definição do decreto – uma racionalização da produção legislativa que, sem eliminar o direito penal *extra-codicem*, exige que o legislador crie tantas leis orgânicas quanto possível?

*L.F.:* Tenho desenvolvido há várias décadas a proposta da reserva do código, que é uma reserva da lei penal reforçada e adequada para garantir ao direito penal cognoscibilidade mesmo antes da certeza. É uma proposta que se tornou ainda mais necessária e urgente diante da complexidade do sistema de fontes, e até mesmo, como você diz, num direito penal “multinível”, o qual por sua vez deveria estar sujeito a uma reserva do mesmo tipo. Trata-se de uma garantia banal de racionalidade e de cognoscibilidade, que só pode ser combatida pela demagogia populista e que seria avessa ao uso conjuntural e propagandístico do direito penal.

## LUIGI FERRAJOLI - ENTREVISTA

### 2ª PARTE - GARANTISMO E CONSTITUZIONALISMO

#### **Perguntas de ENZO BELLO.**

Doutor em direito (UERJ). Estágios de Pós-Doutorado em Direito (UNISINOS) e Serviço Social (UFRJ). Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da UFF. Editor-chefe da Revista Culturas Jurídicas ([www.culturasjuridicas.uff.br](http://www.culturasjuridicas.uff.br)).

**Pergunta 13. O senhor tem conhecimento do chamado “novo constitucionalismo latino-americano”, representado pelas Constituições de Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009)?**

*Luigi Ferrajoli (L.F.):* Eu tenho um conhecimento um tanto sumário desses temas. Já falei várias vezes, a propósito dessas constituições e sobretudo a brasileira, do “constitucionalismo de terceira geração”. Essas constituições são constituições longas, segundo o modelo da constituição portuguesa e, acima de tudo, introduziram novos direitos, como os direitos à água, ao acesso às comunicações e às tecnologias da informação, ao uso do gás e da eletricidade nas constituições de Equador e Bolívia. Mas me causam algumas perplexidades a categoria “direitos da natureza”, que é obviamente uma figura metafórica, presente no artigo 71 da Constituição do Equador. Mais apropriada e eficaz teria sido a qualificação constitucional como bens públicos e estatais, subtraídos do mercado e da disponibilidade política, ou bens naturais como a água, o ar, os rios, os mares e em geral aqueles que Gaio descreveu como “*res communes omnium*”.

**Pergunta 14. Vinculado a isso, o senhor teve contato com a produção teórica latinoamericana sobre Direito Constitucional, Teoria do Direito e/ou Direitos Humanos? Caso positivo, identifica afinidades em relação à sua obra, produzida a partir do contexto europeu?**

*L.F.:* Eu vejo afinidades em qualquer orientação teórica que vise fortalecer as garantias dos direitos humanos. Em particular, sublinhei várias vezes o valor de muitas novas garantias inventadas pelo constitucionalismo latinoamericano: desde os tribunais eleitorais e outras instituições eleitorais de garantia introduzidas no México até o ministério público de defesa introduzido na Argentina e em muitos outros países latinoamericanos; das obrigações orçamentárias que no Brasil se impõem à destinação de recursos para garantir os direitos à saúde e à instrução de cotas mínimas de gastos públicos com as funções de garantia desses direitos, ainda no Brasil, confiados ao Ministério Público, até a previsão, também no Brasil, de um Procurador junto ao Tribunal Constitucional competente, juntamente com outros sujeitos (partidos políticos, presidente, governadores e outros), para promover a ação de inconstitucionalidade.

**Pergunta 15. Qual a sua avaliação sobre a relação entre os planos teóricos e práticos do neoconstitucionalismo / pós-positivismo jurídico e o neoliberalismo?**

*L.F.:* Sou contra todas as orientações teóricas de tipo antijuspositivistas, sejam pós-

positivistas ou apositivistas ou jusnaturalistas. Na minha opinião, há uma ligação instrumental, geralmente negligenciada, entre o positivismo jurídico, o garantismo e a democracia. O positivismo jurídico forma o pressuposto necessário do garantismo, que é a outra face do constitucionalismo e, portanto, da democracia constitucional. A positivação de regras formais e substantivas sobre a produção jurídica revelou-se de fato como a técnica que tornou possível a democratização tanto das formas como dos conteúdos do direito. E essa é uma tese descritiva, independente de nossas opções filosóficas ou políticas de tipo jusconstitucionalista, juspositivista ou jusnaturalista, ou ainda realista ou liberalista. Obviamente, nem o constitucionalismo nem o positivismo jurídico implicam democracia e garantismo. É inegável, contudo, que a positivação das normas formais sobre as formas de produção jurídica, operadas com o primeiro positivismo jurídico do Estado legislativo de direito, permitiu estipular, como normas de direito positivo, as regras formais da democracia política, do sufrágio universal à representação política, da separação de poderes ao controle de constitucionalidade das leis. Por outro lado, a positivação das normas substantivas sobre os conteúdos da produção legislativa, realizada com o segundo positivismo jurídico do Estado constitucional de direito, possibilitou estipular as regras da democracia substancial como normas positivas de nível superior a todas as outras e, com isso, os limites e obrigações impostos às maiorias sob a forma de direitos fundamentais das pessoas por ela estabelecidos.

### **Perguntas de PIERRE MOUSSERON.**

Professor de direito empresarial na Faculdade de Direito de Montpellier - França. Presidente do Instituto de Usos Mercantis (Institut des Usages - Montpellier -France. <https://bibliotheque-des-usages.cde-montpellier.com/presentation-de-l-institut-des-usages>).

**Pergunta 16. A União Europeia tem adotado leis penais especiais no que diz respeito ao combate à lavagem de dinheiro. Além disso, a Corte de Justiça da União Europeia tem tomado decisões em matéria penal que reduzem alguns princípios bem estabelecidos, como o da personalidade das infrações penais (CJUE 5 de março de 2015, C-343-13). O senhor concorda que a União Europeia esteja excedendo seus poderes com tais ações?**

*L.F.:* O princípio de culpabilidade é um princípio garantista absolutamente básico. O enfraquecimento deste princípio deve ser criticado em si, e não porque a legislação penal deve permanecer fora das competências da União Europeia. Pelo contrário, sempre afirmei que o processo de integração da União exige, entre outras inovações institucionais – em primeiro lugar a forma política federal – a unificação jurídica de grande parte da legislação básica. A existência, na Europa, de 27 códigos civis, 27 códigos penais e tantos outros códigos de processo substancialmente semelhantes não faz sentido. A unificação legal, em particular da codificação penal, seria um fator seguro de integração, de crescimento da igualdade e, em conjunto, da eficácia do direito penal.

**Pergunta 17.** No meu centro de estudos em Montpellier, há um interesse muito antigo e forte na validade dos usos como fonte de direitos, principalmente em relação às pessoas jurídicas e associações tradicionais de produtores e vendedores (vinho, por exemplo) diante das regras gerais da União Europeia. Na sua experiência na defesa de direitos e garantias individuais, como o senhor pensa atualmente sobre os direitos desses sujeitos jurídicos? Concentrando-nos em nosso tópico sobre “usos jurídicos”, considerando que os regulamentos formais podem ser vistos como uma causa de aumento da burocracia, o senhor acha que regras informais como usos poderiam ser, pelo menos em algumas áreas, uma alternativa válida para um processo infinito de “formalização” legal de direitos individuais?

*L.F.:* Usos e costumes são certamente fontes informais de direito, que estão recuperando uma relevância que parecia ter cessado em um passado não muito distante. Contudo, continuo a pensar que a sua legitimidade é condicionada pela sua não oposição à lei. Tenho receio de que dificilmente possam se tornar “uma alternativa válida” à formalização legal dos direitos fundamentais.

### **Perguntas de NATALIA GASPAR.**

Professora de direito econômico, direito penal empresarial e direitos humanos na Universidad Autonoma de Puebla BUAP/México.

**Pergunta 18.** A chegada da esquerda ao poder no México em 2018 é vista como um passo de transformação para a democracia dentro do modelo neoconstitucionalista e garantista?

*L.F.:* Espero sinceramente que o novo Presidente mexicano consiga promover um crescimento democrático do México, por meio de uma maior garantia dos direitos sociais e, portanto, de uma redução da pobreza e das enormes desigualdades. Eu acrescento que um crescimento efetivo da democracia só pode ser impedido por tentações populistas, sempre tendendo a entrar em conflito com o paradigma garantista.

**Pergunta 19.** Pode o México e sua constituição de 1917 com mais de 600 reformas, além de reformas em matéria econômica em 2013 (telecomunicações, energia, concorrência financeira e econômica), estar em consonância com o neoconstitucionalismo?

*L.F.:* “Neoconstitucionalismo”, na minha opinião, é uma expressão equivocada e por vezes enganosa. Prefiro falar do constitucionalismo *tout court*, ou constitucionalismo jurídico ou garantista, gerado pelas atuais constituições rígidas, em oposição ao constitucionalismo político, que, em vez disso, é uma doutrina política muito mais antiga, baseada no governo das leis em oposição ao governo dos homens. Quanto à antiga Constituição mexicana, o problema

real, muito mais do que a sua reforma, é a implementação dos muitos direitos fundamentais por ela estabelecidos, começando pelos direitos sociais à saúde, à educação e à subsistência, por meio da introdução por via legislativa de garantias adequadas e funções e instituições de garantia adequadas.

### **Perguntas de JOSÉ ANTONIO SIQUEIRA PONTES.**

Mestre e doutor em filosofia e teoria geral do direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor pesquisador das Faculdades de Campinas (FACAMP). Coordenador do grupo de pesquisas sobre fundamentos econômicos e sociológicos da integridade empresarial (compliance)/FACAMP.

**Preâmbulo:** Em suas obras sobre o constitucionalismo como manifestação do garantismo, ao menos desde a década de 2000, o senhor apresenta um senso de realidade sociológica ao apontar as crises dos sistemas de proteção de direitos e as necessárias transformações do direito local e global para superar as dificuldades. Destaco aqui a importância que o senhor dá à esfera pública, aos poderes de Estado enquanto opostos aos interesses privados de pessoas e corporações. Essa esfera pública é a base conceitual para a garantia efetiva de um conjunto de direitos de constituições e de tratados internacionais, como o acesso à renda mínima, à saúde e à educação gratuitas, ao meio ambiente sadio etc. Na análise penal, o senhor muitas vezes associa essas metas básicas de cidadania com as metas de direito penal mínimo, ou seja, redução da criminalidade de massa e do encarceramento crescente das classes pobres. Enfim, se compreendi bem, o senhor defende uma teia conceitual conectando a efetivação de direitos básicos a uma esfera pública forte apta a contrariar interesses privados, mediante a necessária ampliação de várias funções estatais nacionais e o fortalecimento dos organismos internacionais, rumo a uma nova forma de constitucionalismo global. Em paralelo, observamos que organismos internacionais como OCDE, FMI, Banco Mundial, IOSCO, *Basel Committee*, entre outros, revelam recentes mudanças de padrão dos “direitos” advindos do ambiente internacional, como condição de boa “governança privada”. Essa ideia de governança aparece como uma manifestação de uma “nova ordem liberal”, portanto regida em harmonia com os interesses empresariais privados tais como transparência, integridade e redução de riscos. Porém a lógica da governança se acopla cada vez mais à gestão dos Estados, por um lado, pela via da eficiência, da saúde fiscal, corte de custos e, por outro lado, pela via da delegação de poderes e funções públicas ao ambiente privado (autoconstitucionalização, autorregulação etc.), que é uma outra face do lema “privatização”. Por outro lado, esse fenômeno global tem outra face interessante: esses mesmos organismos internacionais paragovernamentais (OCDE, FMI, Banco Mundial, IOSCO, Basel) parecem legislar em padrão considerado “*soft law*”, ao definir diretrizes internacionais que são fonte complementar de leis dos Estados (leis penais, civis e administrativas) muitas delas mais vigentes que muitas leis nacionais na prática. Elas parecem fortalecer em alguma medida

as possibilidades futuras de uma comunidade pública internacional e a ONU alinha cada vez mais suas agendas de direitos fundamentais e sustentabilidade (Agenda 2030) ao discurso da governança, transparência do combate à corrupção, ao terrorismo e à lavagem de capitais. As perguntas, nesse sentido, partem das relações e separações entre esfera pública e esfera privada e dizem respeito ao futuro dos direitos para as próximas gerações:

**Pergunta 20. Qual a sua análise desses movimentos relativamente recentes? Há possibilidade desse “ideal de *compliance* internacional” fortalecer a noção de coletividade, de comunidade internacional em apoio ou substituição gradual dos constitucionalismos locais por um espírito público global cosmopolita que tenha como meta a realização dos direitos fundamentais constitucionais ou, ao contrário, esse mesmo ideal é um sintoma atual de nossos fracassos em afirmar a esfera pública localmente ou internacionalmente?**

*L.F.:* Com uma fórmula sumária, direi que o garantismo, que é o conjunto de garantias adequadas para proteger e satisfazer os direitos fundamentais, exige, por um lado, um Estado penal mínimo (um “direito penal mínimo”, como tenho chamado o modelo garantista de direito penal) e, por outro lado, um Estado social máximo: em outras palavras, um passo atrás na esfera pública para tutelar as liberdades fundamentais e um passo à frente na garantia dos direitos sociais. O que é exatamente o oposto do que está acontecendo em nossas democracias, nas quais vieram à luz um direito penal máximo vinculado a demagogias populistas e um Estado social mínimo em conformidade com as instâncias do liberalismo. Em suma, oponho-me a todas as privatizações dos serviços públicos e de funções públicas de garantia, que sempre correm o risco de transformar em direitos patrimoniais aquilo que nossas Constituições configuraram como direitos sociais fundamentais. Uma característica distintiva dos direitos fundamentais é, de fato, a natureza gratuita de suas garantias – em particular dos benefícios devidos para o cumprimento dos direitos sociais – consequência de sua forma universal, como direitos de todos e fundamento da igualdade. E acho difícil imaginar uma escola particular gratuita ou um serviço de saúde privado gratuito.

**Pergunta 21. A noção de governança é para alguns um fenômeno original do cálculo e da eficiência, manifestação atual e irrefreável do desenvolvimento mercantil moderno (Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*). Dela surgem consequências importantes, como a ideia de “jurimetria” ou o uso de quantificações estatísticas para refletir sobre a racionalidade do direito. Como exemplo positivo, podemos citar matéria atual nos jornais brasileiros dando a notícia de que, pela falta de critérios legais claros, a polícia decide quem é usuário e quem é traficante de drogas (<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2019/03/31/sem-lei-que-cite-quantidades-policia-decide-quem-sera-presos-por-trafico.htm>). A informatização da vida e acesso amplo aos *big data*, o uso de estatísticas e métricas**

apresentam, todavia, outra face: o domínio da vida digital sobre as subjetividades, agora mediadas por “redes sociais digitais”. Essa realidade infraestrutural afeta as profissões, sendo a manifestação mais clara nas profissões jurídicas a substituição de processos físicos por processos digitais, a virtualização de audiências via teleconferência e o acesso de supercomputadores como Watson (IBM) ou Coin (JP Morgan) a bases infindáveis de leis, regulamentos, contratos e acervos de jurisprudência. Em nome da já citada eficiência e governança, os poderes da justiça (Judiciário, Ministério Público, Defensorias, Advocacias) sentem seus efeitos: redução de pessoas e aumento de processos em quantidades sobre-humanas, que só podem ser geridos por grandes sistemas informáticos. Muitos profissionais no Brasil já se queixam da ausência de mediação humana na realização de direitos básicos dos cidadãos em suas relações com o Estado, entre eles o direito de ser ouvido, de ter suas petições lidas, além de outras garantias do devido processo legal.

Como o senhor vê esse conflito entre eficiência digital e garantismo no sentido humano, com processos que envolvem pessoas, manifestação das clássicas garantias do “juiz natural” ou “promotor natural” e outros direitos que compõem o acesso “real” e não “virtual” à justiça e ao Estado? A mesma era digital que permite enxergar distorções graves na desigualdade de tratamentos entre usuários de drogas revela uma tendência de alienar o juiz de seus réus, o Estado de seus cidadãos, as pessoas de seus representantes?

*L.F.:* Também “governança”, parece-me, é um conceito ambíguo e fugidio, que não faz parte do léxico garantista. Quanto aos processos digitais, aos algoritmos e à substituição dos aparatos da esfera pública por aparelhos inteiramente informatizados, tudo isso me parece inquietante e, se não submetidos a limites e garantias, também perigosos. Esses algoritmos, esses automatismos com os quais estamos sob a ilusão de substituir a discricionariedade administrativa por uma espécie de eficiência objetiva e neutra escondem uma ameaça às garantias de direitos. Na verdade, eles não são neutros de modo algum. Eles são necessariamente construídos com base na escolha, nunca de forma avaliativa, de um ou mais parâmetros de avaliação maquiados como objetivos e na recusa ou irrelevância de outros critérios ou parâmetros. Eles, portanto, inevitavelmente produzem uma desresponsabilização e um ocultamento dos poderes por meio de seus procedimentos eficazes e de sua legitimação como poderes “técnicos”.

**Pergunta 22.** O diagnóstico da crise política global está posto igualmente em sua obra mais recente, *Manifesto per l’uguaglianza* (2018). As tendências que o senhor narra ali ao analisar as relações entre direito e economia estão presentes em inúmeros países, especialmente os latinoamericanos submetidos à “nova ordem liberal”. O senhor disse ali: “*Essas políticas determinaram primeiro a crise e, em seguida, agravaram-na, propondo como terapias as mesmas medidas pelas quais a crise foi provocada: a desregulamentação*”

*das relações de mercado e, em particular, das atividades financeiras; a redução de impostos sobre os ricos, começando com os sobre a herança e, portanto, das receitas fiscais; a livre circulação de capitais, graças à qual estes podem escapar ao imposto, mudando-se para paraísos fiscais; os cortes nos gastos públicos em saúde e educação; a redução de salários e pensões; a precariedade do trabalho e a demolição do direito e dos direitos dos trabalhadores; a submissão às finanças, devido à qual os governos nos últimos anos alocaram centenas de bilhões de euros para salvar os bancos, depois de os terem privatizado e permitido que eles apostassem nos mercados, mas não conseguiram encontrar algumas dezenas de bilhões para salvar a Grécia do desastre econômico e social.”* (Ferrajoli, Luigi. “Manifesto per l’uguaglianza.” Editori Laterza, 2018. iBooks, trad. livre). É no mesmo capítulo que o senhor faz uma crítica de passagem à concepção *Law and Economics* e cita o abandono de políticas keynesianas, dá como exemplo as políticas de intervenção feitas pelo governo Lula no Brasil e seu relativo sucesso na redução da miséria. O senhor parece refletir um movimento presente por vezes tacitamente em todas as fundamentações de políticas públicas, no debate político e econômico que subjaz toda e qualquer fundamentação real de efetividade de direitos fundamentais, ambientais, sociais e humanos, ou de qualquer direito. É um movimento de fortalecimento da esfera pública, do Estado, para fazer frente ao privado, ao financeiro, à desregulamentação econômica.

Podemos dizer que essa doutrina é uma condição real e substantiva para as várias dimensões de constitucionalismos, do garantismo que o senhor defende há décadas? Podemos dizer que é um movimento de “Direito e Economia Política” para fazer frente à *Law and Economics*? Como o senhor poderia definir essa doutrina? Terão as gerações futuras condições de conquistar em âmbito internacional (ONU, FMI, OCDE, Banco Mundial etc.) um consenso de que não haverá direitos fundamentais sem políticas econômicas de Estado interventivas, de linha keynesiana, globalmente sustentáveis, mediante poderes públicos fortes, presentes e atuantes?

*L.F.:* A construção da esfera pública, repito, foi a grande conquista da modernidade jurídica e política. Naturalmente, a esfera pública também pode ser – foi e continua sendo em muitos países – uma esfera pública não-liberal ou antissocial e, portanto, antidemocrática. As constituições da segunda metade do século XX, apesar de suas limitações e defeitos, projetaram e impuseram a construção de uma esfera pública democrática, visando garantir as diversas classes de direitos fundamentais nelas estabelecidos. Hoje estamos testemunhando um ataque a essa esfera pública democrática, de cima a baixo. Na Itália, mas também em muitas outras democracias ocidentais, assistimos a uma aliança perversa e paradoxal entre o populismo e o liberalismo. As políticas liberais demoliram a legislação trabalhista e suas garantias e, conseqüentemente, as

antigas formas de subjetividade coletiva baseadas na igualdade e nas lutas comuns pelos direitos comuns. Expressões como movimento operário e a classe operária saíram de uso porque, com a multiplicação, diferenciação e precarização das relações de trabalho, a igualdade de direitos entre os trabalhadores tem sido descumprida, porque em vez de se solidarizarem em lutas comuns, eles são forçados a competirem uns com os outros. Assim se criaram as bases sociais dos populismos atuais, que, com suas políticas de segurança, alimentam o medo e o racismo como fatores de novas subjetividades políticas coletivas, baseadas na defesa de supostas identidades coletivas – “primeiro os italianos” e similares – e supostas identidades inimigas e na intolerância às diferenças. Por sua vez, os populismos retribuem o favor que lhes foi dado por essa desintegração liberalista das antigas subjetividades sociais fazendo oposição, em nome de uma ilusória soberania nacional, à construção de uma esfera pública supranacional, de nível global ou ao menos europeu: exatamente a ausência de regras e controles à altura dos mercados, absolutamente funcionais para as políticas liberalistas. Finalmente, o populismo soberano e o liberalismo estão unidos pela intolerância a limites e obrigações constitucionais, gerada de um lado pela ideologia populista da vontade popular incorporada pela maioria como única fonte de legitimidade política e, de outro, pela ideologia liberalista do mercado como lugar de liberdades fundamentais que não admitem limites nem controles. É, portanto, evidente que das duas soberanias, a popular e a dos mercados, a segunda está destinada a prevalecer sobre a primeira, nomeadamente por causa da assimetria entre o caráter global da economia e das finanças e o caráter predominantemente estatal da política e do direito. Direitos humanos, solidariedade e dignidade da pessoa – grande parte do vocabulário constitucional – são de resto ignorados tanto pela linguagem liberalista como pela linguagem populista.

## LUIGI FERRAJOLI - ENTREVISTA

### 3ª PARTE ENSINAR A CIDADANIA

#### **Perguntas de GUILHERME MADEIRA DEZEM.**

Mestre e doutor em Direito Processual Penal pela USP. Professor de direito processual penal na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Juiz de Direito em São Paulo.

**Pergunta 23. Caro professor, o Brasil passa por momentos delicados: os valores democráticos e a proteção aos direitos humanos não encontram aderência junto à população em geral nem junto aos alunos de direito. Onde nós professores de direito erramos se não conseguimos passar esses valores aos alunos? O que podemos fazer?**

*Luigi Ferrajoli (L.F.):* Vocês podem fazer muito. Primeiramente, mostrando o papel que a ciência jurídica, cujas disciplinas individuais geralmente parecem puramente técnicas

e certamente não empolgantes, pode desempenhar na crítica ao direito ilegítimo, isto é, ao exercício ilegítimo dos poderes, tanto públicos quanto privados. Nisso consiste o maior fascínio da ciência jurídica tal como foi refundada pelas constituições rígidas de hoje e que o ensino tem a tarefa de revelar. O direito pode ser um poderoso instrumento para a construção da democracia, tanto quanto é capaz de operar como um sistema de limites e obrigações para os poderes, que de outra forma seriam selvagens, e de garantir os direitos fundamentais a todos. Infelizmente, não é só o Brasil que passa por uma crise da democracia. Também a Itália, grande parte da Europa, até os Estados Unidos estão vivendo crise semelhante. É importante mostrar aos alunos que, nessas crises involutivas não há nada de natural ou inevitável; que os sistemas políticos são como os construímos no plano jurídico, como os imaginamos e os queremos politicamente e, antes de tudo, como os pensamos em um nível teórico. Por essa razão, eles dependem – e exigem – a responsabilidade de todos nós, começando por nós juristas.

**Pergunta 24. Percebemos que no mundo há uma onda que repele os direitos e garantias, notadamente aqueles conhecidos como de primeira geração ou dimensão. Viktor Orban, Matteo Salvini, Donald Trump e, no Brasil, Jair Bolsonaro são a face visível deste movimento. Aparentemente, trata-se de um movimento pendular. Quanto tempo podemos esperar de duração desse movimento? Qual a melhor postura que nós professores devemos ter?**

*L.F.:* São movimentos que crescem sobretudo no vazio de cultura política e jurídica: um vazio que facilmente acaba sendo preenchido com medo, xenofobia, ressentimentos, recriminações, egoísmos individuais e nacionais alimentados por demagogias irresponsáveis e muitas vezes por falsificações e mistificações da realidade. A melhor resposta, repito, é o desenvolvimento do senso cívico, da cultura jurídica e política e também a invenção de novas técnicas ou formas de garantia capazes de reduzir os poderes que, de outro modo seriam, como sempre, selvagens e destrutivos.

#### **Pergunta de DANIEL GUIMARÃES ZVEIBIL.**

Doutor e mestre em direito processual pela USP, em temas de direito processual constitucional. Cursa segundo ano de Fundamentos da Psicanálise e sua Prática Clínica no Instituto Sedes Sapientiae. Professor de Direito Processual. Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo) e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Defensor Público do Estado de São Paulo com atribuições no I Tribunal do Júri da capital.

**Preâmbulo:** Se considerarmos a perspectiva da segunda acepção de “garantismo”, muitas das práticas operadas pela Justiça Penal brasileira são incompatíveis ao modelo de garantias vigentes e também decisivas para o processo de aprisionamento em massa que está em curso, posicionando o Brasil entre os líderes mundiais nessa matéria. O quadro é muito preocupante, e o excesso de prisões provisórias revelam que os tribunais encaram a maior parte dos réus como presumidamente culpados, nascendo dessa visão distorcida outros inúmeros desajustes das práticas operadas em

relação, ao próprio Código de Processo Penal (na parte em que houve alterações importantes realizadas por reforma de cunho predominantemente garantista em 2008, que em vários aspectos foi simplesmente ignorada pela jurisprudência) e ao modelo constitucional estipulado pela Constituição brasileira e pelos tratados e jurisprudência internacional de direitos humanos que vinculam o Brasil. Mesmo com novas gerações de estudantes de direito formadas em contato com o pensamento garantista, não se entreabre alguma percepção de significativo arrefecimento das práticas antigarantistas do sistema de Justiça. Esta falta de mudança significativa aponta, entre outros fatores, o efeito alienante obtido em longos processos de institucionalização a que os novatos são submetidos nas carreiras do sistema de Justiça (o que inclui cursos de formação, normas correcionais, metas de produtividade etc), confirmando neles o padrão geral de normalidade imposto ou, se o caso, adequando-os a esse padrão (de práticas antigarantistas consolidadas pela jurisprudência brasileira). Essa percepção converge assustadoramente à compreensão de Albert Schweitzer, em seu estudo *Decadência e Regeneração da Cultura* (*Verfall und Wiederaufbau der Kultur*), ao advertir que “*um outro motivo pelo qual a renovação da cultura é dificultada consiste em que, na qualidade de realizadores do movimento, e de maneira decisiva, só podem ser tomadas em consideração individualidades isoladamente. A regeneração da cultura nada tem a ver com movimentos relacionados à psicologia das multidões. (...) Ali onde as coletividades exercem mais influência sobre o indivíduo do que este possa exercer sobre elas, começa irremissivelmente a decadência (...)*”. Por outro lado, no prefácio de *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, Norberto Bobbio acentua que o mais perfeito sistema do garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa de direitos que, mesmo normativamente declarados (positivados), nem sempre estão efetivamente protegidos.

**Pergunta 25. Diante dessa perspectiva, o que o senhor aconselharia no campo do ensino jurídico para que nós, professores de direito, formemos indivíduos realmente convencidos da necessidade de se lutar pelos direitos decorrentes do modelo vigente de garantias, e a ponto de terem força interior suficiente para rejeitarem qualquer tentativa de normalização institucional de práticas antigarantistas?**

*L.F.:* A educação jurídica é hoje, principalmente, a educação para valores constitucionais, isto é, para os valores da liberdade, igualdade, da paz e da democracia. A educação civil para esses valores e suas garantias e o desenvolvimento do compromisso político e intelectual, especialmente dos jovens, será tanto mais eficaz quanto mais eles conseguirem promover a indignação contra o arbítrio e o abuso: a indignação, por exemplo, contra a presunção de culpa que, como você diz, parece animar os tribunais brasileiros, e contra o consequente abuso da prisão cautelar, das prisões em flagrante e das conduções coercitivas, que são os tantos sintomas

da escassa cultura institucional de nossos operadores jurídicos. Você lembra com razão o que Norberto Bobbio escreveu sobre a intervenção ativa das pessoas na defesa dos direitos. Somente a luta diária e radical em defesa dos direitos pode garantir sua eficácia. Na ausência dessa luta, os direitos estão destinados a desaparecer do horizonte da política e até mesmo antes que os próprios cidadãos, seus titulares.

Além disso, o ensino deve mostrar que os valores constitucionais não são apenas valores éticos e políticos. Eles são, em primeiro lugar, valores da razão. De suas lesões podem surgir catástrofes que podem destruir não só as nossas democracias, mas também as nossas condições de vida e sobrevivência. Este é um novo perigo na história da humanidade: em face de catástrofes ambientais ou nucleares, se limites e controles não forem introduzidos – em resumo, garantias – capazes de pôr fim ao atual desenvolvimento industrial ecologicamente insustentável e banir como ilícitas as absurdas armas nucleares, poderíamos não mais chegar a tempo de formular os “nunca mais” que, em meados do século passado, confrontaram os horrores das guerras e os totalitarismos. A luta por direitos e por suas garantias é, em suma, um imperativo da razão antes mesmo que da justiça. É um todo com esforço racional, e não apenas ético-político, em defesa da democracia, da paz e da habitabilidade do planeta.

# ARTIGOS

---

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO IMPEACHMENT DA PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF

---

THE ROLE OF BRAZILIAN SUPREME COURT IN PRESIDENT DILMA  
ROUSSEFF'S IMPEACHMENT

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO IMPEACHMENT DA PRESIDENTE DILMA ROUSSEFF<sup>1</sup>

## THE ROLE OF BRAZILIAN SUPREME COURT IN PRESIDENT DILMA ROUSSEFF'S IMPEACHMENT

**ELOÍSA MACHADO DE ALMEIDA**

Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo FGV Direito SP

eloisa.machado@fgv.br

lattes.cnpq.br/1525448483917339

orcid.org/0000-0003-1617-1739

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo analisar o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff. Em sua primeira parte, este artigo apresenta uma breve descrição do contexto no qual se deu o processo de impeachment, com o objetivo de propor que ele seja analisado concomitantemente às principais decisões do Supremo Tribunal Federal na Operação Lava Jato. A segunda parte do artigo apresenta os contornos constitucionais do impeachment, sua excepcionalidade, os crimes de responsabilidade e a regulamentação legal, enquanto parâmetros de constitucionalidade que deveriam informar a atuação do tribunal. Por fim, na terceira parte são analisadas as decisões judiciais referentes ao impeachment e à Operação Lava Jato que indicam um papel proeminente do Supremo Tribunal Federal no desenrolar dos acontecimentos.

**Palavras-chave:** impeachment; Supremo Tribunal Federal; Operação Lava Jato; Dilma Rousseff.

**Abstract:** This article intends to analyze the role played by the Brazilian Federal Supreme Court in the impeachment process of President Dilma Rousseff. First, this article presents a brief description of the context in which the impeachment process took place, in order to analyze it concurrently with the main decisions of the Federal Supreme Court in Operation Car Wash (“Operação Lava Jato”). The second part of the article presents the constitutional outlines of impeachment, its exceptionality, connected crimes and legal regulation, as parameters of constitutionality that should inform the court’s performance. Finally, the third part reviews the court decisions regarding impeachment and “Operation Car Wash” which indicate a prominent role of the Federal Supreme Court in the course of these events.

**Keywords:** impeachment; Brazilian Supreme Court; Operation Car Wash; Dilma Rousseff.

<sup>1</sup> Artigo preparado e apresentado no 2017 Congress of the Latin American Studies Association, Lima, Perú, Abril 20 – May 1, 2017.

## 1. Contexto anterior ao impeachment: eleições presidenciais de 2014 e primeiro ano de mandato presidencial de Dilma Rousseff

Para compreender o processo de impeachment de Dilma Rousseff, é preciso retornar às eleições presidenciais de 2014. Marcada por campanhas agressivas e acirramento entre os projetos do PT e do PSDB, foi a eleição com menor diferença de votos da história brasileira: Dilma Rousseff (PT) obteve 51,64% dos votos válidos e o segundo colocado, Aécio Neves (PSDB) obteve 48,36%<sup>2</sup> (TSE, 2014).

Ainda em 2014, na primeira semana após o resultado das eleições – o segundo turno das eleições presidenciais ocorreu em 25 de outubro de 2014, sendo os resultados divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral no mesmo dia – já se falava da necessidade de impeachment da Presidente Dilma Rousseff. Essa ideia, que contava com a adesão de poucos movimentos de ultra-direita<sup>3</sup>, toma força com a resistência da oposição em aceitar o resultado das eleições, que chega até a formalizar um pedido de auditoria dos votos<sup>4</sup>. Esses grupos e a oposição passam a alimentar a ideia de impeachment mesmo antes do início do novo mandato. A resistência da oposição em se assumir como vencida nas urnas e a movimentação de pequenos grupos torna a ideia de impeachment de Dilma Rousseff uma constante durante o final de seu mandato de 2014.

No começo do novo mandato, já em 2015, a oposição encomenda a juristas um parecer sobre a possibilidade de se realizar o impeachment, sendo que a principal controvérsia jurídica naquele momento era a possibilidade de cassação por atos cometidos em mandato anterior ou mesmo antes disso<sup>5</sup>. Aos poucos, a ideia de impeachment se torna mais comum e os grandes veículos de comunicação do país passam a cogitar sua possibilidade. São protocolados vários pedidos<sup>6</sup> de impeachment para o Presidente da Câmara dos Deputados, baseados, até então, em motivos difusos associados à Operação Lava Jato, como as operações comerciais envolvendo

2 Segundo os dados oficiais divulgados pelo Tribunal Superior Eleitoral, Dilma Rousseff, eleita, obteve 54.501.118 votos e Aécio Neves obteve 51.041.155 votos, uma diferença de pouco mais de 3 milhões de votos (TSE, 2014).

3 Se os protestos de 2013 podem ser descritos como a emergência de novas reivindicações de esquerda, com demandas de ampliação e consolidação de um Estado Social, os movimentos de 2015 em prol do impeachment, ainda que não em sua totalidade, ficaram marcados por reivindicações de apoio a militares, de volta de regime militar, de nacionalismo e intolerância. Não há estudos brasileiros que indiquem a relação entre movimentos de insatisfação popular de 2013 com a emergência e fortalecimento de uma nova direita em 2015, nem o quanto isso será capitalizado pelos partidos políticos, mas essa hipótese foi trabalhada por Rydgren (2007) no contexto europeu: “Finally, one strand within the literature on the new radical right claims that the growing political alienation and discontent in Western European countries have created an audience receptive to antisystem and antiestablishment messages, and thus provided an opportunity for the new radical right wing parties to mobilize protest voters” (RYDGREN, 2007, p. 251).

4 Pedido feito pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB em 30 de outubro de 2015. TSE, Processo 185520.2014.600.0000. O TSE autorizou a liberação das informações das urnas eletrônicas e o PSDB fez uma auditoria particular, cuja conclusão foi a impossibilidade de realizar uma plena auditoria, não havendo conclusão sobre a existência de fraude eleitoral.

5 A questão jurídica que mobilizou o debate sobre o impeachment se concentrou na possibilidade de se proceder a um impeachment por ato praticado em mandato anterior. De um lado, foi debatida a tese de que a emenda constitucional que permitiu reeleições permitiria, também, a continuidade do nexo de responsabilização para um segundo mandato; de outro, a tese de que novas eleições, ainda que reelejam o mesmo candidato, inaugurariam um novo e diferente mandato, impedindo a responsabilização por atos anteriores.

6 O pedido de impeachment pode ser feito por qualquer cidadão brasileiro. A Câmara dos Deputados divulgou que, desde 1990, foram protocolados 132 pedidos de impeachment contra os presidentes brasileiros: Collor (1990-92): 29; Itamar (1992-94); FHC - 1º mandato: (1995-98): 1; FHC - 2º mandato (1999-2002): 16; Lula - 1º mandato (2003-06): 25; Lula - 2º mandato (2007-10): 9; Dilma - 1º mandato (2011-14): 14; Dilma - 2º mandato (2015): 34.

Pasadena, e a ocupação, por Dilma, do cargo de Presidente do Conselho de Administração da Petrobrás entre 2003 e 2010. As denúncias e o clamor público por impeachment aumentam na mesma medida em que a Operação Lava Jato atinge pessoas próximas à Presidente, ao PT e de sua base aliada, cujo ápice se dá em março de 2015, quando o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, solicita ao Supremo Tribunal Federal a autorização para investigar uma série de parlamentares<sup>7</sup>.

A oposição encomenda, por fim, um pedido de impeachment que congrega acusações de prática de crime de responsabilidade consistem em atos contra a probidade na administração, contra a lei orçamentária e o cumprimento de leis e decisões judiciais (art. 85, V, VI e VII da Constituição)<sup>8</sup>. O pedido é protocolado em 1º de setembro de 2015, sendo emendado depois de suas semanas. A partir de então, paira sobre a Presidente a ameaça real de impeachment, cuja competência para instauração é determinada, pela interpretação da Constituição, unicamente ao Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha<sup>9</sup>.

Assim, ganha força o pedido de impeachment e, com ele, ganha força o Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha. Então investigado pelo Supremo Tribunal Federal por suposta participação na Operação Lava Jato (inquérito instaurado em março de 2015), Eduardo Cunha passa, pelos mesmos fatos, a ser processado pela Comissão de Ética da Câmara dos Deputados, denúncia apresentada em outubro de 2015. A integridade do mandato de Eduardo Cunha passa a estar vinculada, assim, a negociações com o futuro do processo de impeachment; a manutenção do mandato de Dilma passa a depender de Eduardo Cunha e dos desdobramentos da Operação Lava Jato.

Neste breve relato, fica assentado que o impeachment de Dilma Rousseff foi, sobretudo, uma medida articulada em resposta à sua vitória nas eleições. Não se trata, assim, de um processo de impeachment baseado em um fato determinado ou em um escândalo em particular. Da mesma forma, mostra que é impossível analisar o processo de impeachment sem relacioná-lo à Operação Lava Jato. Trata-se de um contínuo processo de desgaste, agravado por uma crise política sistêmica gerada pelo alcance da Operação Lava Jato, atingindo não só a Presidência da República, como também a oposição, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

Por isso, mesmo que o objetivo desse artigo seja analisar o papel que o Supremo Tribunal

7 Na primeira leva de inquéritos, são 47 parlamentares, de diferentes partidos, cuja investigação foi solicitada ao STF. A segunda envolveu o pedido de abertura de mais de 83 inquéritos. A Procuradoria Geral da República mantém um sítio eletrônico com as informações sobre a Operação Lava Jato (lavajato.mpf.mp.br).

8 A denúncia de impeachment que teve andamento foi assinada por Hélio Bicudo, Miguel Reale Junior e Janaina Paschoal, estes dois últimos contratados pelo PSDB, como afirmaram em depoimentos no Senado Federal.

9 O Supremo Tribunal Federal estabeleceu como precedente, no julgamento do impeachment de Fernando Collor, que a “apresentação da denúncia à Câmara dos Deputados: competência do presidente desta para o exame liminar da idoneidade da denúncia popular, que não se reduz à verificação das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciante e denunciado, mas se pode estender (...) à rejeição imediata da acusação patentemente inepta ou despida de justa causa, sujeitando-se ao controle do Plenário da Casa, mediante recurso (...)”. MS 20.941-DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 31-8-1992.

Federal desempenhou ao longo do processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff, serão analisadas não só as decisões judiciais diretamente relacionadas ao processo de impeachment de Dilma Rousseff, como também as principais decisões judiciais decorrentes da Operação Lava Jato que foram capazes de interferir no curso do processo de impeachment.

Esse artigo apresenta, assim, três teses fundamentais. A primeira é de que o impeachment pode ter sua constitucionalidade analisada não apenas pelo viés formal processual, mas também no seu mérito, ou seja, na caracterização, ou não de crime de responsabilidade. Esse ponto compartilha a ideia de que a própria Constituição estabelece parâmetros capazes de orientar a constitucionalidade de um processo de impeachment.

A segunda tese é a de que o processo de impeachment deve ser analisado concomitante e paralelamente aos desdobramentos judiciais da Operação Lava Jato. Apenas analisando as decisões emitidas pelo Supremo Tribunal Federal em ambas as áreas é possível compreender o ritmo dos acontecimentos.

Por fim, a terceira tese desse artigo afirma que o Supremo Tribunal Federal desempenhou um papel significativo no desenrolar do processo de impeachment e da crise política no país. Isso, por sua vez, tornou mais desgastadas os poderes Executivo e Legislativo, expostos no centro da crise. Se em uma democracia essas razões bastariam para expor o problemático papel do tribunal, o cenário fica ainda mais grave ao se considerar que o Judiciário foi, em si, um agente de desestabilização política e institucional no Brasil.

## 2. Impeachment na Constituição de 1988

O impeachment está previsto expressamente na Constituição de 1988, nos artigos 85 e 86. Sua previsão não é novidade, já que as Constituições anteriores, de 1946 e de 1967, previam as consequências institucionais para a hipótese de impedimento do Presidente da República<sup>10</sup>. Porém, se a previsão constitucional do impeachment não é inaugurada pela Constituição de 1988, o são as suas condições e delineamentos. Os artigos 85 e 86 da Constituição não só preveem a possibilidade de impeachment como definem as hipóteses nas quais ele será possível, além de indicar os espaços institucionais nos quais deve se desenrolar tal processo.

Trata-se, inegavelmente, de um procedimento jurídico-político: os contornos são jurídicos e regulados pelo direito; porém o julgamento é realizado pelas instâncias políticas.

A interpretação mais comum que se fez desse instrumento híbrido é o de que caberá às instâncias políticas um amplo poder no processo de impeachment, não só enquanto espaço de julgamento, mas também de definição do que seriam os crimes de responsabilidade. Nesta leitura, amparada por Brossard (1992), Temer (1994) e Bastos (1990), Câmara dos Deputados

---

10 Artigo 79 da Constituição de 1946 e artigos 80 da Constituição de 1967.

e Senado Federal têm ampla margem de discricionariedade para decidir o que é crime de responsabilidade, sendo vedado ao Judiciário interferir no processo, exceto para garantir o devido processo legal e a ampla defesa. Por se tratar de julgamento político, as razões que podem levar um Presidente à perda de seu mandato também são políticas.

Brossard, ao analisar o impeachment na Constituição de 1988, defende que, apesar do julgamento político não prescindir dos limites jurídicos, poderia ser mais amplo que este: “(...) o impeachment tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos — julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos” (BROSSARD, 1992, p. 65).

Essa posição, que foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do processo de impeachment de Fernando Collor<sup>11</sup>, assentou o entendimento de que o processo de impeachment é conduzido pelas instâncias políticas, sem interferência do poder Judiciário, a quem caberia apenas assegurar que o acusado tenha a possibilidade de exercer o seu direito à ampla defesa. Essa mesma posição prevaleceu no julgamento do processo de impeachment de Dilma Rousseff.

Esse artigo contesta esse entendimento por duas razões. A primeira delas é por defender que a Constituição oferece parâmetros que permitem o controle de constitucionalidade do impeachment, notadamente da definição de crime de responsabilidade, tanto material como formalmente.

A segunda razão reside no fato de que a limitação da atuação do Legislativo no impeachment, circunscrita à deflagração do processo apenas se presentes atos que correspondem à definição estrita de crimes de responsabilidade, é um mecanismo constitucional de freios e contrapesos que protege o Executivo – e o mandato obtido em eleições – de uma ingerência abusiva, ou auto-interessada (ELSTER, 2009, p. 210-211), do Legislativo (SUNSTEIN, 2001, p. 117).

## 2.1 Crime de responsabilidade: aspectos constitucionais

O impeachment, pelo regime estabelecido na Constituição de 1988, só pode ocorrer nas hipóteses de cometimento de crime de responsabilidade, definidos como atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, especialmente contra a existência da União, o livre exercício dos poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e dos poderes das unidades federadas, o exercício de direitos políticos, individuais e sociais, a segurança interna do país, a probidade da administração, a lei orçamentária ou que atentem contra, ainda contra o cumprimento de leis e decisões judiciais no país.

11 Questões discutidas no âmbito de três mandados de segurança: MS 21.689; MS 23.885; MS 21.564.

Essas hipóteses trazem a descrição de graves atos que podem ser praticados pelo Presidente da República, mas sua indeterminação faz com que praticamente qualquer ato possa ser enquadrado como crime de responsabilidade. Por exemplo, qualquer decreto produzido pelo Presidente ou que não tenha sido por este expressamente vetada, que seja inconstitucional (inclusive com posterior declaração pelo Supremo Tribunal Federal) poderia, em tese, estar circunscrito na hipótese de atentado contra a Constituição. Isso não parece razoável, já que o impeachment é, nos sistemas presidencialistas, uma medida bastante gravosa, qual seja, a perda de um mandato conferido por eleição direta.

Afinal, não se trata de um processo que traz consequências apenas para o Presidente da República, mas para todos os eleitores. O mandato eleitoral e o vínculo de representatividade obtido mediante eleições diretas são protegidos pela Constituição. A soberania popular é o que legitima o poder político (art. 1º, parágrafo único, CF/88), com a previsão de que o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, sendo poucas as hipóteses nas quais o mandato pode ser impugnado (artigos 14 e 15 CF/88).

A desconstrução desse vínculo de representatividade, através da interrupção do mandato, dá-se nas hipóteses em que a própria competição eleitoral foi frustrada (DOWNS, 1999), como em corrupção, fraude ou abuso de poder econômico; por impugnação de mandato, ou ainda nas hipóteses em que o mandatário perde seus direitos políticos<sup>12</sup>. Para o cargo de Presidente da República essas hipóteses são ainda mais restritas, já que a Constituição lhe garante imunidade, durante a vigência de seu mandato, por atos estranhos às suas funções. Disso decorre que o Presidente da República poderá perder seu mandato na hipótese de condenação por crime de responsabilidade; por sentença penal transitada em julgado por prática de crime comum relacionado às suas funções, por incapacidade civil absoluta.

Se a Constituição estabelece que um Presidente da República só pode ser processado por crimes comuns se estes forem praticados com o uso do cargo e do mandato, requerendo-se ainda, para tanto, a autorização da Câmara dos Deputados, a perda do mandato não é a pena em si, mas pode vir a ser uma consequência da pena criminal. Mesmo assim, restaria a dúvida sobre os efeitos da condenação criminal, isto é, se a perda de mandato seria uma consequência automática dessa<sup>13</sup>. Já o crime de responsabilidade busca afetar diretamente o vínculo de representatividade, tendo como único objetivo a perda do mandato. Assim, o impeachment é a

---

12 O artigo 15 estabelece cinco hipóteses de perda dos direitos políticos, quais sejam, o cancelamento da naturalização, a incapacidade civil absoluta, a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, a recusa a cumprir obrigação a todos imposta ou improbidade administrativa. Para Presidente da República, não se aplicam as hipóteses de perda de mandato por cancelamento de naturalização, já que o cargo de Presidente da República só pode ser exercido por brasileiro nato (art. 12, §3º) e não está sujeito ao regime específico de responsabilização por improbidade administrativa (art. 37, §4º e Lei 8.429/92), dado o regime específico de responsabilização constitucional mediante apuração de crime de responsabilidade previsto nos artigos 85 e 86 da Constituição. Isso, ao menos, foi o decidido pelo STF na AC 2790.

13 Isso porque, para parlamentares, a condenação criminal transitada em julgado não acarreta, automaticamente, a perda de mandato, devendo a respectiva casa do Congresso Nacional deliberar sobre a perda de mandato, por maioria absoluta (art. 55, §2º, CF/88).

consequência mais grave que pode ocorrer nessa relação entre eleitor e mandatário.

Por isso, crimes de responsabilidade pressupõem uma anormalidade, atos de uma gravidade extraordinária, que representem uma real ruptura da confiança depositada, mediante voto, no mandatário do cargo de Presidente da República. Diferentemente do sistema estadunidense<sup>14</sup>, no qual não há a previsão expressa das hipóteses de crimes de responsabilidade, o sistema brasileiro aponta um rol de infrações consideradas graves o suficiente a ponto de serem consideradas como tais.

Além da orientação sobre a sua gravidade e excepcionalidade, a Constituição estabelece a forma pela qual deve se dar a definição dos crimes de responsabilidade. No parágrafo único do artigo 85, a Constituição determina que os crimes de responsabilidade devem ser definidos por lei especial.

Disso decorrem duas conclusões: a primeira delas é a de que os crimes de responsabilidade devem representar atos de extrema gravidade; não são apenas crimes comuns, para os quais se tem um tratamento distinto e consequências diversas. A segunda delas é a de que, não obstante não serem crimes comuns, os crimes de responsabilidade também devem ser definidos, ou seja, deve haver uma hipótese clara de incidência da norma no caso concreto, uma tipificação.

A lei deve definir, sem margem para dúvidas, quais atos correspondem a crimes de responsabilidade, delimitando, objetivamente<sup>15</sup>, as hipóteses nas quais se dará a perda do mandato do Presidente da República.

Assim, a Constituição estabelece ao menos dois parâmetros para os crimes de responsabilidade: um material, a indicar que apenas atos de extrema gravidade podem dar ensejo à perda de mandato de Presidente da República e outro formal, de que tais atos devem ser descritos com precisão em lei especial. Sendo tais parâmetros constitucionais, há possibilidade de realizar o controle de constitucionalidade.

---

Mesmo não havendo igual e expressa previsão constitucional para as condenações criminais de Presidente da República, há uma defesa razoável de que o objetivo constitucional de defesa do mandato eletivo exigiria, para os cargos do Executivo, igual cautela. No julgamento da AP 470 (o caso conhecido como Mensalão), os ministros debateram sobre os efeitos da condenação criminal sobre os mandatos parlamentares: por maioria (5 votos a 4), decidiram que os efeitos da condenação sobre o mandato são automáticos. Porém, de maneira tangencial, ao analisar a hipótese de perda de mandato de Presidente da República por condenação criminal transitada em julgado, alguns dos ministros indicaram que o rito de perda de mandato de Presidente é aquele definido pelos artigos 85 e 86 da Constituição Federal, mediante, portanto, instauração de processo de impeachment. Por exemplo: “A regra da cassação imediata dos mandatos, no entanto, aplica-se, por inteiro e de imediato, aos vereadores, bem como aos prefeitos, governadores e ao próprio Presidente da República, por força do que se contém no referido art. 15, III, da Constituição (...) Vale lembrar, contudo, por oportuno, que a perda do mandato do Presidente da República regula-se por um procedimento complexo, regido pelo disposto nos arts. 85 e 86 de nossa Lei Maior. Ou seja, depende da observância de um rito especial, caracterizado por um maior cuidado, por tratar-se do afastamento do Chefe de Estado e de Governo do País” (STF, AP 470, Voto ministro Revisor, Ricardo Lewandowski).

14 Diferentemente do sistema estadunidense, no qual não há a previsão expressa das hipóteses de crimes de responsabilidade, o sistema brasileiro aponta um rol de infrações consideradas graves o suficiente a ponto de caracterizarem-se como tais. Mesmo assim, em um espaço de cognição bastante amplo, o impeachment de um presidente no sistema estadunidense seria constitucional apenas nas hipóteses de abusos de autoridade em larga escala, como alerta Sunstein (2011, p. 116), dando como exemplo a inconstitucionalidade de um pedido de impeachment contra Clinton por assédio sexual.

15 Na Reclamação 2138, o Supremo Tribunal Federal apontou que a “interpretação extensiva, entretanto, não seria possível, por isso que, tratando-se de crime, seja crime comum, ou crime de responsabilidade, observa-se a tipificação cerrada, sem possibilidade de interpretação extensiva ou analógica” (STF, Rcl 2138, ministro relator Carlos Velloso).

Além disso, a Constituição também oferece controles institucionais para que a perda de mandato de Presidente da República seja cercada de cautelas.

## 2.2 Impeachment e o papel do Legislativo

Sunstein (2001) alerta para o fato que, quanto mais simples são os motivos pelos quais se permite o impeachment de um Presidente da República (em uma gradação que vai de uma mera violação da lei, passa por cometimento de crimes, até o massivo abuso de poder), mais próximo se estará de um sistema parlamentarista, nos quais um voto de desconfiança seria o suficiente para a troca do comando do Executivo. Entretanto, em democracias profundamente marcadas pelo presidencialismo, critérios mais rígidos precisariam ser impostos às possibilidades de impeachment, evitando que se torne um tipo de arma política capaz de perverter até a competição eleitoral. Isso causaria uma perversa dependência do Executivo para com o Legislativo, em contradição com a autonomia que o voto popular lhe confere, mostrando-se inconstitucional.

Ao fazer essas considerações, o autor esclarece que o impeachment, nos Estados Unidos, tem sido usado apenas como último recurso em uma longa trajetória de presidentes, o que mostra, de certa forma, o relevante papel que a Constituição americana exerce na preservação da democracia.

Já no Brasil, não podemos tratar o impeachment como uma exceção: dos quatro Presidentes da República eleitos (e reeleitos) desde 1988, dois sofreram impeachment. Isso parece revelar, ao menos em um primeiro momento, que há uma relação de dependência maior entre Executivo e Legislativo ou mecanismos de proteção do mandato falhos e insuficientes, ou ambos.

O processo de perda de mandato estabelecido pela Constituição prevê a participação das duas casas do Congresso Nacional. À Câmara dos Deputados cabe a autorização, ou não, para o processamento da denúncia; ao Senado Federal cabe a análise de sua admissibilidade, o juízo de pronúncia e o efetivo julgamento do Presidente da República. São fases complexas e combinadas que exigem maiorias simples e qualificadas de 2/3 de ambas as casas para que o processo tenha seguimento. É um processo longo e exige, além de um comprometimento por um tempo razoável com o processo de impeachment, uma ampla maioria. São elementos que atuam como obstáculos a questões momentâneas ou impulsos que poderiam gerar a cassação de mandato presidencial.

Sunstein, analisando a constitucionalidade do impeachment no sistema estadunidense, explica a exigência de um forte consenso bipartidário sobre a sua adequação e necessidade, evitando que um “efeito manada” de grupos pequenos ou estreitas maiorias possam criar tamanha instabilidade institucional (SUNSTEIN, 2001, p. 118), como uma forma de freios e contrapesos ao sistema democrático.

De certa forma, o processo de impeachment previsto na Constituição brasileira impõe também a necessidade de um amplo consenso partidário, mas com características e consequências diversas quando analisadas sob o prisma de um presidencialismo de coalizão (ABRANCHES, 1988). Se em sistemas bipartidários o consenso entorno do processo de impeachment precisa ser amplo e sólido, no sistema pluripartidário ele depende de uma ampla coalizão entre os partidos. Porém, com a atual fragmentação da configuração partidária, os partidos políticos pequenos desempenham papel decisivo<sup>16</sup>, como ficou demonstrado, ao final, no processo de impeachment. Com isso, mesmo que seja possível atingir a maioria, não se pode afirmar que ela seja consistente, ou seja, é possível a formação de uma ampla maioria, porém de ocasião, especialmente na Câmara dos Deputados.

Nesse cenário, uma vez fragilizada a coalizão que ampara o Presidente<sup>17</sup>, torna-se viável o impeachment, sobretudo se fica delegada ao Legislativo a definição do que vem a ser o crime de responsabilidade, na interpretação de que há flexibilidade na sua tipificação, por se tratar de um processo político. Assim, haveria uma grande aproximação com o voto de desconfiança do sistema parlamentarista, no qual a crise política e a perda de governabilidade podem vir a acarretar a drástica medida de perda do mandato presidencial.

Sob este viés, a deflagração de um processo de impeachment pelo Legislativo, sem a exigência de que atos graves cometidos pelo Presidente da República, acarreta um desequilíbrio na relação entre os poderes, sobretudo quando o Judiciário, no caso o Supremo Tribunal Federal, mantém uma posição deferente aos amplos poderes do Legislativo. Por isso, a rigidez na definição dos crimes de responsabilidade mostra-se uma peça central no processo de impeachment.

### 2.3 Crime de responsabilidade no impeachment de Dilma Rousseff

Dilma Rousseff foi acusada, e posteriormente condenada, de praticar crime de responsabilidade consistente em atentado contra a lei orçamentária (art. 85, VI, CF/88), mediante a abertura de créditos suplementares por Decreto Presidencial, sem a prévia autorização do Congresso Nacional e contratação ilegal de operações de crédito, as chamadas pedaladas fiscais.

Tais condutas estariam também descritas na Lei 1.079/50, na redação que lhe foi dada pela lei dos crimes fiscais, Lei 10.020/2000:

“Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

(...)

4. infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;

6. ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;

<sup>16</sup> Usando como exemplo o quórum do impeachment na Câmara dos Deputados, temos que 6 partidos concentram 2/3 dos votos e 16 partidos políticos detêm o 1/3 restante. O crescimento constante do número de partidos política é uma das hipóteses explicativas para os problemas de governabilidade no presidencialismo de coalizão.

<sup>17</sup> Para entender melhor o presidencialismo brasileiro, ver em Abranches (1998) e Figueiredo e Limongi (1998) e Limongi (2006).

7. deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei.

Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:

(...)

2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;

3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal”.

A maior dificuldade do processo de impeachment de Dilma Rousseff foi a construção da tipificação de suas condutas como crime de responsabilidade, sobretudo pela reiteração dos atos ao longo dos anos e aceitação pelos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União e o próprio Congresso Nacional.

Por exemplo, a acusação de que havia sido contraído empréstimo estava baseada no atraso dos repasses de valores a bancos públicos, chamadas de pedaladas fiscais. Para a acusação, isso seria o equivalente a empréstimo; para a defesa, seria apenas um atraso em contratos, mas não um empréstimo autônomo. O Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>18</sup>, ao analisar as contas presidenciais, verificara a existência dessa manobra desde a presidência de Fernando Henrique Cardoso, classificando em seus relatórios, ao longo dos anos, como inconsistências na prestação de contas, mas aprovando-as. Em 2014, o Tribunal de Contas da União altera seu entendimento<sup>19</sup> e rejeita as contas presidenciais, sobretudo pelo montante dos valores devidos aos bancos públicos. Com isso, caracteriza-se como crime menos o ato em si e mais o volume da transação, dando espaço para questionamentos sobre oportunismo do TCU e politização da decisão.

No mesmo sentido, a acusação de edição de créditos suplementares sem autorização do Congresso Nacional foi bastante criticada pois não haveria aumento de despesa e sim a realocação de recursos de lei orçamentária já aprovada pelo Congresso Nacional, o que estaria de acordo com os requisitos constitucionais previstos no artigo 167, que vedaria apenas a “abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes”. Isso fez com que a caracterização, ou não, desses atos como crimes de responsabilidade fossem o foco de todo o processo de impeachment.

18 Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar do Poder Legislativo na análise da prestação de contas do governo federal, conforme artigo 71 da Constituição Federal de 1988.

19 Trecho do parecer prévio do Tribunal de Contas da União, encaminhado ao Congresso Nacional: “ O Tribunal de Contas da União é de parecer que as Contas atinentes ao exercício financeiro de 2014, apresentadas pela Excelentíssima Senhora Presidente da República, Dilma Vana Rousseff, exceto pelos possíveis efeitos dos achados de auditoria referentes às demonstrações contábeis da União, consignados no relatório, representam adequadamente as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial, em 31 de dezembro de 2014; contudo, devido à relevância dos efeitos das irregularidades relacionadas à execução dos orçamentos, não elididas pelas contrarrazões apresentadas por Sua Excelência, não houve observância plena aos princípios constitucionais e legais que regem a administração pública federal, às normas constitucionais, legais e regulamentares na execução dos orçamentos da União e nas demais operações realizadas com recursos públicos federais, conforme estabelece a lei orçamentária anual, razão pela qual as Contas não estão em condições de serem aprovadas, recomendando-se a sua rejeição pelo Congresso Nacional”. (TCU, TC 005.335/2015-9).

### 3. Papel do Supremo Tribunal Federal no impeachment de Dilma Rousseff

Como já mencionado, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre o processo de impeachment variadas vezes, provocado ora pelos apoiadores do impeachment, ora por seus opositores, ora pela defesa da Presidente Dilma Rousseff. De forma concomitante, o mesmo tribunal analisou uma série de medidas judiciais relativas à Operação Lava Jato.

Ainda que formalmente distintos, já que o impeachment não foi instaurado e processado por atos da Operação Lava Jato (mas por violações à lei orçamentária e à probidade administrativa), ambos estiveram conectados no tempo e se influenciaram mutuamente, num tipo de contaminação cruzada, onde as razões de um processo influenciam indireta e extra processualmente outro<sup>20</sup>.

#### 3.1 Os processos judiciais relativos ao impeachment no STF: atores, argumentos e resultados

O processo de impeachment foi solicitado por cidadãos em 1º de setembro de 2015, tendo seu pedido aditado em 17 de setembro. Uma semana após, no dia 24 de setembro, o Presidente da Câmara dos Deputados lê em sessão plenária a decisão sobre questão de ordem (QO 105/2015), estabelecendo o trâmite para processo de impeachment da Presidente da República. Como já mencionado, o procedimento de impeachment está regulado pela Lei 1.079/50, anterior à Constituição e, por isso, deficiente e insuficiente em muitos aspectos.

Deputados da base aliada do governo impetram dois mandados de segurança (MS 33.837 e MS 33.838) ao Supremo Tribunal Federal solicitando a suspensão da referida questão de ordem, por violação dos direitos de minorias no debate parlamentar. Os pedidos liminares foram deferidos pelos ministros Teori Zavascki e Rosa Weber, suspendendo a definição do trâmite do impeachment. Após essas decisões, o Presidente da Câmara dos Deputados anula sua própria decisão.

Em 2 de dezembro de 2015, o Presidente da Câmara dos Deputados autoriza o processamento do pedido de impeachment. Em 3 de dezembro é protocolada uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 378) contestando uma série de dispositivos da Lei 1.079/50 sobre o rito do impeachment. O ministro Edson Fachin suspende o trâmite do impeachment (08/12/2015) até análise do caso pelo plenário do tribunal, em 17 de dezembro de 2017. A ação foi julgada procedente parcialmente para determinar que a votação nas comissões especiais e no plenário deveriam ser abertas, vedando o voto secreto; que os membros das comissões deveriam ser escolhidos pelos partidos políticos<sup>21</sup> e que o afastamento provisório da

20 Este artigo é submetido em meio a divulgação de uma série de conversas entre Sérgio Moro, à época responsável por conduzir a Operação Lava Jato na primeira instância e o Ministério Público Federal, com indícios de motivação política na condução da Operação Lava Jato. Mesmo antes disso, já era possível perceber esta coordenação de ações, como sustenta este artigo.

21 Havia uma discussão sobre a possibilidade de composição das comissões especiais via candidaturas avulsas, ou seja, independentes da indicação partidária. O STF considerou que a Constituição exige a representação proporcional dos partidos nas Comissões, o que

Presidente só poderia ocorrer após o recebimento da denúncia pelo Senado Federal, enquanto uma etapa autônoma<sup>22</sup>, além de revalidar as regras aplicadas no impeachment de Fernando Collor para o processo de Dilma Rousseff<sup>23</sup>.

Essa decisão acabou por marcar a principal atuação do Supremo Tribunal Federal nos processos relativos ao impeachment, dando o tom geral de que o tribunal deveria apenas se manifestar quanto às regras procedimentais e observância do direito de defesa, sem se imiscuir ou controlar o mérito da acusação ou a pertinência da imputação de crime de responsabilidade, o que fica representado no seguinte trecho do acórdão:

“Nesse passo, cumpre avançar no sentido de fixar, em resumo, o seguinte posicionamento que aqui se propõe: **não cabe ao STF editar normatização sobre a matéria; sob o pálio da autocontenção, é apenas de filtragem constitucional que aqui se cogita, isto é, incidência plena da Constituição e exame da Lei 1.079/50 à luz de princípios e regras constitucionais hoje vigentes.**

A partir dessa oração-síntese, impende expor quantum satis a respectiva base argumentativa, como segue: É certo que não se pode sucumbir a argumentos puramente formalistas que impeçam a tutela do direito constitucional material em jogo sob a alegação de supostos vazios normativos. Bem por isso, cabe a este Supremo Tribunal Federal julgar a recepção do arcabouço normativo processual infraconstitucional da Lei 1.079/1950 e fazer a sua leitura à luz da Constituição de modo a permitir que, mediante processo hígido e constitucionalmente adequado, possa-se buscar a tutela do direito material.

É preciso, todavia, ressaltar: não cabe ao STF editar normatização sobre a matéria. E nem de longe se propõe edição normativa. Ao contrário, sob o pálio da autocontenção, é apenas de filtragem constitucional que aqui se cogita, isto é, incidência plena da Constituição e exame da Lei 1.079/50 à luz de princípios e regras constitucionais hoje vigentes”. (STF, ADPF 347, acórdão p. 63-64, 17/12/2015, grifos originais).

A partir desta decisão o tribunal assentou que não faria o controle de constitucionalidade do impeachment em seu mérito, abstendo-se de analisar as condições constitucionais para a definição de crime de responsabilidade, deixando a caracterização, ou não, do crime a critérios única e exclusivamente políticos.

Isso faz com que o impeachment, no Brasil, seja deflagrado e conduzido exclusivamente pelas casas legislativas, sem controle de pertinência do crime de responsabilidade pelo Judiciário, tornando o chefe do Executivo nacional refém do apoio parlamentar. Se no sistema do presidencialismo de coalizão esse apoio era importante para garantir a governabilidade e a aprovação de projetos, com o desenho institucional do impeachment o Legislativo passa a dispor não só do poder de veto, mas do poder sobre o mandato eleitoral do Executivo. Atrelar

---

vedaria a possibilidade de candidaturas avulsas, já que a composição das comissões especiais deveria ser por membros representantes dos partidos políticos.

22 A Lei 1.079/50 previa o afastamento após a votação na Câmara dos Deputados e a Constituição estabelece o afastamento após o recebimento da denúncia pelo Senado.

23 O impeachment de Fernando Collor foi realizado pela Lei 1.079/50 e com suas idiossincrasias frente à Constituição de 1988. Por isso, naquela oportunidade, houve um acerto entre Senado, Câmara dos Deputados e Supremo Tribunal Federal para a definição do rito de processamento do impeachment.

a continuidade de um mandato presidencial apenas a existência, ou não de apoio parlamentar é um desvirtuamento do modelo democrático consensual.

Dessa decisão são opostos embargos de declaração e o Presidente da Câmara dos deputados suspende o processo de impeachment até março de 2016, quando os embargos são julgados, corroborando a decisão em plenário. Com o seguimento do processo de impeachment, é instaurada a Comissão Especial, deliberado parecer sobre a denúncia de crime de responsabilidade e encaminhado para votação em plenário. As ações mais significativas interpostas nesse momento questionaram a inclusão de novas informações da denúncia<sup>24</sup>, a ordem de votação dos deputados em plenário<sup>25</sup>, e a ausência de justa causa para o crime de responsabilidade<sup>26</sup>. Neste último ponto, o tribunal se vale da decisão tomada anteriormente na ADPF 378, onde caberia apenas à Câmara dos Deputados o juízo de admissibilidade e Senado seu julgamento, afastando qualquer tipo de controle de mérito dos crimes de responsabilidade.

A admissibilidade da denúncia do impeachment é votada em 17 de abril de 2016, com o consequente encaminhamento do processo ao Senado Federal. O espetáculo protagonizado pelos deputados federais, que usaram bandeiras, papéis picados e homenagens, que foram de menções a familiares até torturadores<sup>27</sup>, ocupou os principais editoriais dos jornais brasileiros, consideravelmente surpresos com o que se chamou de “baixo nível” da Câmara dos Deputados. O rito de votação em plenário, especificamente a possibilidade de orientação de bancada pelos líderes, foi questionado e sumariamente negado<sup>28</sup>.

Eventuais desvios de finalidade do Presidente da Câmara dos Deputados são questionados pela defesa da Presidente da República no MS 34.193, negado pelo Ministro Teori Zavascki, que reafirma o papel de garantidor do devido processo legal, sem entra no mérito sobre

24 MS 34.130 “(...)Tratando-se de mera condição de procedibilidade para a instauração do processo de Impeachment, inexistente *fumus boni iuris* quanto às alegações de ofensa à ampla defesa e ao contraditório, consubstanciadas na ausência de notificação da denunciada sobre a realização de esclarecimentos acerca da denúncia e posterior indeferimento de pedido de reabertura de prazo para a manifestação da defesa, juntada de documento estranho ao objeto da denúncia e ausência de manifestação do Procurador da Impetrante na sessão de leitura do relatório na Comissão Especial. Isso porque, nessa fase ainda não há acusado ou litigante (...)”. No mesmo sentido, MS 34.090.

25 ADI 5498 e MS 34.127 e MS 34.128. Ementa: CONSTITUCIONAL. VOTAÇÃO, PELO PLENÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, DE PARECER DA COMISSÃO ESPECIAL SOBRE ABERTURA DE PROCESSO DE IMPEACHMENT CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. FIXAÇÃO, PELO PRESIDENTE DA CASA, DE ORDEM ALEGADAMENTE DISCREPANTE DOS ARTS. 187, §4º, E 218, § 8º, DO REGIMENTO INTERNO. MODELO DE VOTAÇÃO ALTERNADA, DO NORTE PARA O SUL. PLURALIDADE DE INTERPRETAÇÕES POSSÍVEIS. AUSÊNCIA DE RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. 1. A adoção, pelo Presidente da Câmara dos Deputados, de ordem de votação que prestigia um modelo específico de alternância no pronunciamento de parlamentares de diferentes Estados, com observância do sentido de Norte para Sul, é uma das interpretações possíveis do RICD, e não se mostra diretamente afrontosa a qualquer parâmetro da Constituição Federal. 2. Medida cautelar indeferida, por ausência de relevância dos argumentos deduzidos na inicial.

26 MS 34.131: “(...)A Câmara examina se a peça acusatória preenche as condições para ser deliberada pelo Senado Federal. É por ocasião do processamento e do julgamento da denúncia que o Senado Federal deliberará sobre a adequada qualificação jurídica dos fatos narrados. Tal juízo, como consignado no voto vencedor no âmbito ADPF 378, compete exclusivamente ao Senado Federal, de modo que eventual indicação de norma em tese não recepcionada não prejudica a validade do relatório apresentado na Comissão Especial da Câmara dos Deputados”. No mesmo sentido o MS 34.133.

27 Deputados federais, no momento de declararem seus votos sobre o impeachment, fizeram homenagens a familiares, a financiadores e até a torturadores, como o fez o deputado Jair Bolsonaro à Brilhante Ustra, torturador de Dilma Rousseff.

28 MS 34.181.

crime de responsabilidade, além de apontar a dificuldade de se analisar desvio de finalidade pela via do mandado de segurança:

“ (...) Submete-se a exame do Supremo Tribunal Federal questão relacionada a processo por crime de responsabilidade da Presidente da República (impeachment), que, como se sabe, não é da competência do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo (art. 86 da CF). Sendo assim, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação. O juiz constitucional dessa matéria é o Senado Federal, que, previamente autorizado pela Câmara dos Deputados, assume o papel de tribunal de instância definitiva, cuja decisão de mérito é insuscetível de reexame, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Admitir-se a possibilidade de controle judicial do mérito da deliberação do Legislativo pelo Poder Judiciário significaria transformar em letra morta o art. 86 da Constituição Federal, que atribui, não ao Supremo, mas ao Senado Federal, autorizado pela Câmara dos Deputados, a competência para julgar o Presidente da República (...) algumas de suas investidas possivelmente questionáveis já foram neutralizadas por deliberações deste Supremo Tribunal Federal, que, nas vezes em que instado a atuar, garantiu fosse observada a cláusula constitucional do devido processo legal. Por outro lado, e por absolutamente relevante, é preciso considerar que os atos do Presidente da Câmara, inclusive o de recebimento da denúncia contra a Presidente da República, foram subsequentemente referendados em diversas instâncias da Câmara dos Deputados, com votações de acolhimento numericamente expressivas, o que qualifica – e muito – a presunção de legitimidade do ato final de autorização de instauração do processo de impeachment, que não é de competência solitária do Presidente daquela Casa Legislativa, mas do seu Plenário”. (STF, MS 34.193)

Com a admissibilidade da denúncia pelo Senado Federal, a Presidente foi afastada de suas funções e o Presidente do Supremo Tribunal Federal assumiu a presidência do Senado Federal para coordenação dos trabalhos do impeachment e resolução dos pedidos e recursos da acusação e da defesa, o que fez diminuir drasticamente a quantidade de recursos enviados ao Supremo Tribunal Federal.

A ação mais significativa após o afastamento de Dilma Rousseff é proposta por sua defesa, questionando especificamente a necessidade de tipicidade dos crimes de responsabilidade e sua ausência no caso. Liminar e monocraticamente, o mandado de segurança é denegado, com o argumento que a definição dos crimes é essencialmente política e, portanto, não estaria sujeita às mesmas exigências de tipificação do direito penal.

“(…) A tipificação de crimes de responsabilidade não está submetida aos mesmos rigores encontrados no domínio do direito penal. Desde que o núcleo central do tipo permita a imputação subjetiva de uma determinada conduta infracional, admite-se que os “tipos de responsabilidade” trabalhem com elementos descritivos mais abertos, incluindo o recurso a condutas equiparadas. (...)”

Mais uma vez é necessário frisar que, pelo extrato essencialmente político dos crimes de responsabilidade, a projeção atentatória à Constituição Federal, exigida pelo art. 85, caput, não se depreenderá, no mais das vezes, do ato unitariamente imputado ao acusado, mas da desenvoltura negativa que ele adquire no contexto de governança global da Administração Pública” (STF, MS 34.371).

De outra parte, a maior polêmica jurídica envolvendo o julgamento do impeachment no Senado se deu com a cisão das penas de perda de mandato e perda de direitos políticos, condenando-a apenas à primeira. Uma série de mandados de segurança foram impetrados pela oposição ao Supremo Tribunal Federal, mas foram abandonados quando ficou claro que vencer essas ações significaria anular a sessão de votação onde Dilma saiu condenada, ou seja, a oposição vencer seria também dar uma vitória a Dilma<sup>29</sup>.

Assim, de forma geral, as ações judiciais propostas no Supremo Tribunal Federal questionaram de forma bastante ampla o processo de impeachment: seu enquadramento legal, a ausência de tipicidade específica, os requisitos da denúncia, o desvio de finalidade do Presidente da Câmara dos Deputados, a constitucionalidade do procedimento e do próprio crime de responsabilidade, a penalidade aplicada. Mesmo que os questionamentos tenham sido amplos, o Supremo Tribunal Federal se absteve em decidir sobre eles, restringindo seu próprio papel, limitando-se a regular o devido processo legal, em sentido estrito, do impeachment, ou seja, os prazos, os atos e o rito, decididos na ADPF 378.

Abaixo estão relacionadas as principais ações judiciais sobre impeachment de Dilma Rousseff julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, organizadas em quadro que permite visualizar os principais atores envolvidos, o objeto da ação e o seu resultado<sup>30</sup>.

| Tipo | Nº    | Reqte                                         | Requerido                       | Relator         | Decisão           | Órgão    | Posição | Teor da decisão                                                                   |
|------|-------|-----------------------------------------------|---------------------------------|-----------------|-------------------|----------|---------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| MS   | 33837 | Wadih Damous Filho (Deputado PT)              | Presidente Câmara dos Deputados | Teori Zavascki  | Deferido          | Ministro | Governo | Suspende QO 105/2015 sobre rito do impeachment                                    |
| MS   | 33838 | Rubens Pereira e Silva Jr (Deputado PC do B)  | Presidente Câmara dos Deputados | Rosa Weber      | Deferido          | Ministro | Governo | Suspende QO 105/2015 sobre rito do impeachment                                    |
| ADPF | 378   | PC do B                                       | Presidente e Congresso Nacional | Edson Fachin    | Deferido, parcial | Plenário | Governo | Suspende o trâmite do impeachment e estabelece o seu rito definitivo              |
| MS   | 34130 | Presidente da República                       | Presidente Câmara dos Deputados | Edson Fachin    | Indeferido        | Plenário | Governo | Não limita análise da CE a atos da denúncia e não devolve prazo de defesa         |
| MS   | 34127 | Weverton Marques (Deputado PDT)               | Presidente Câmara dos Deputados | Roberto Barroso | Indeferido        | Plenário | Governo | Não considera questão constitucional a ordem de votação dos deputados em plenário |
| MS   | 34128 | Rubens Pereira e Silva Jr. (Deputado PC do B) | Presidente Câmara dos Deputados | Roberto Barroso | Indeferido        | Plenário | Governo | Não considera questão constitucional a ordem de votação dos deputados em plenário |

29 Nesse sentido: MS 34.378; MS 34.379; MS 34.384; MS 34.385; MS 34.386; MS 34.394.

30 Este quadro foi realizado a partir de pesquisa sobre as ações judiciais propostas no Supremo Tribunal Federal durante o processo de impeachment (de outubro de 2015 a setembro de 2016). Foram selecionadas as ações que casaram algum tipo de resposta do tribunal, seja monocraticamente (na tabela o equivalente a ministro em órgão decisório) ou em plenário, deixando de fora as ações que foram propostas por parte ilegítimas ou que careciam de preparo.

|      |       |                                 |                                                     |                  |            |          |          |                                                                                                                   |
|------|-------|---------------------------------|-----------------------------------------------------|------------------|------------|----------|----------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| MS   | 34131 | Paulo Teixeira<br>(Deputado PT) | Presidente da<br>Comissão Especial<br>- CD          | Edson<br>Fachin  | Indeferido | Plenário | Governo  | Considera que o STF não<br>deve analisar justa causa do<br>crime de responsabilidade                              |
| MS   | 34133 | Telmario Mota<br>(Deputado PT)  | Presidente Câmara<br>dos Deputados                  | Edson<br>Fachin  | Indeferido | Ministro | Governo  | Considera que o STF não<br>deve analisar justa causa do<br>crime de responsabilidade                              |
| ADPF | 397   | PDT                             | Presidente Câmara<br>dos deputados                  | Marco<br>Aurelio | Indeferido | Ministro | Governo  | Não considera passível de<br>controle via ADPF o desvio<br>de finalidade do Presidente<br>da Câmara dos Deputados |
| ADI  | 5498  | PC do B                         | Câmara dos<br>Deputados                             | Marco<br>Aurelio | Indeferido | Plenário | Governo  | Não considera questão<br>constitucional a ordem de<br>votação dos deputados<br>em plenário                        |
| MS   | 34181 | Paulo Teixeira<br>(Deputado PT) | Presidente Câmara<br>dos Deputados                  | Luiz<br>Fux      | Indeferido | Ministro | Governo  | Não considera possível o<br>questionamento sobre<br>encaminhamento de líderes<br>na votação do plenário           |
| MS   | 34193 | Presidente da<br>República      | Presidente Câmara<br>dos Deputados                  | Teori<br>Zavaski | Indeferido | Ministro | Governo  | Não aceita a tese de desvio<br>de finalidade                                                                      |
| MS   | 34371 | Presidente da<br>República      | Presidente STF<br>enquanto Presidente<br>do Senado  | Teori<br>Zavaski | Indeferido | Ministro | Governo  | Não aceita controle da tipi-<br>cidade do crime de<br>responsabilidade                                            |
| MS   | 34378 | PSL                             | Presidente STF e<br>nquanto Presidente<br>do Senado | Rosa<br>Weber    | Indeferido | Ministro | Oposição | Mantém separação de penas<br>no julgamento de<br>impeachment                                                      |
| MS   | 34379 | Álvaro Dias<br>(Senador PV)     | Presidente STF<br>enquanto Presidente<br>do Senado  | Rosa<br>Weber    | Indeferido | Ministro | Oposição | Mantém separação de penas<br>no julgamento de impea-<br>chment                                                    |
| MS   | 34384 | José Medeiros<br>(Senador PSD)  | Presidente STF<br>enquanto Presidente<br>do Senado  | Rosa<br>Weber    | Indeferido | Ministro | Oposição | Mantém separação de penas<br>no julgamento de<br>impeachment                                                      |
| MS   | 34385 | Expedito Netto<br>(Deputado SD) | Presidente STF<br>enquanto Presidente<br>do Senado  | Rosa<br>Weber    | Indeferido | Ministro | Oposição | Mantém separação de penas<br>no julgamento de<br>impeachment                                                      |
| MS   | 34386 | Expedito Netto<br>(Deputado SD) | Presidente STF<br>enquanto Presidente<br>do Senado  | Rosa<br>Weber    | Indeferido | Ministro | Oposição | Mantém separação de penas<br>no julgamento de<br>impeachment                                                      |
| MS   | 34394 | PSDB; DEM; PPS;<br>PMDB         | Presidente STF<br>enquanto Presidente<br>do Senado  | Rosa<br>Weber    | Indeferido | Ministro | Oposição | Mantém separação de penas<br>no julgamento de<br>impeachment                                                      |

Quadro 1. Ações sobre o processo de impeachment no Supremo Tribunal Federal

Em toda provocação para que se manifestasse sobre o mérito, sobre a constitucionalidade do crime de responsabilidade imputado e do impeachment, o tribunal se absteve em favor do Congresso Nacional, a quem ficou reconhecida a competência não só de processamento e julgamento, mas de definição de quais atos podem ser crimes de responsabilidade passíveis de impeachment, sem qualquer forma de controle judicial.

Essa autocontenção do tribunal, presente nas ações judiciais que questionaram o impeachment, não se sustenta se incluirmos na análise os processos judiciais relativos à Operação Lava Jato, julgados no mesmo período e envolvendo, muitas das vezes, os mesmos atores do impeachment. É o que se passa a descrever no próximo tópico.

### **3.2 Os processos judiciais relativos à Operação Lava Jato: atores, argumentos e resultados**

A chamada Operação Lava Jato foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelo Procurador Geral da República em março de 2015, quando solicitou a abertura inquéritos policiais<sup>31</sup> para investigar deputados, senadores e ministros de Estado<sup>32</sup>.

De março a outubro de 2015 não houve nenhuma decisão significativa do tribunal, ocupado então com recursos e com a separação de ações que ficariam sob a jurisdição do Supremo ou que seriam encaminhadas para outras instâncias judiciais<sup>33</sup>.

A partir do desenrolar do processo de impeachment, o Supremo Tribunal Federal adota medidas excepcionais relacionadas à Lava Jato que, quer pelos atores envolvidos, momento ou teor, tiveram o condão de influenciar momentos determinantes do procedimento que culminou com o afastamento de Dilma Rousseff.

Em novembro, pela primeira vez após a promulgação da Constituição de 1988, um senador da República – no caso, Delcídio do Amaral, líder do governo no Senado Federal – é preso por ordem do Supremo Tribunal Federal por tentativas de obstrução às investigações da Operação Lava Jato.

No contexto anterior a sua prisão, foram divulgados áudios gravados de uma conversa de Delcídio em 4 de novembro de 2015, onde prometia ao filho de Nestor Cerveró (um dos diretores da Petrobrás presos na Operação Lava Jato) meios para acesso a ministros do Supremo e arranjos para uma eventual fuga do país<sup>34</sup>.

Essa gravação foi amplamente divulgada pela mídia e gerou o pedido de prisão provisória feito pelo Procurador Geral da República na ação cautelar AC 4039, deferida liminarmente pelo ministro Teori Zavascki e depois corroborada em plenário em 25 de novembro de 2015, pois

“(...) a conversa gravada revela, ademais, iniciativas concretas e compromissos determinados do Senador Delcídio do Amaral (...) para, mediante injunção espúria junto a Ministros do Supremo Tribunal Federal, obter liberdade para Nestor Cerveró (...) e, em seguida, auxiliar àquele

31 O Procurador Geral da República pediu a abertura de 28 inquéritos policiais contra 54 autoridades públicas. Destes, 21 foram autorizados e o restante foi arquivado ou remetido a outras instâncias judiciais. As informações estão disponibilizadas pelo próprio tribunal, em nota organizada por sua assessoria de imprensa (06/03/2015) em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=286808>, visto em 19 de março de 2017.

32 A Constituição Federal de 1988 estabelece foro por prerrogativa de função para distintas autoridades públicas. No Supremo Tribunal Federal são julgadas, originariamente, as ações penais e investigações conduzidas contra deputados federais, senadores, ministros de Estado, Presidente da República e seu vice, além dos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal.

33 O Supremo Tribunal Federal decidiu que analisaria todas as informações da Operação Lava Jato que envolvessem autoridades públicas com foro privilegiado e pessoas sem foro especial, para então definir, caso a caso, onde ficam os casos de pessoas sem foro. Na ação penal 470, conhecida como mensalão, o Supremo preferiu manter todas as ações consigo, mesmo de investigados e réus sem foro.

34 O teor da conversa traz elementos comparáveis a fugas cinematográficas, incluindo o uso de um veleiro que cruzaria o oceano pacífico saindo da Venezuela.

a deixar o País, ainda que em burla a dispositivo pessoal de vigilância eletrônica”. (STF, AC 4039)

A Constituição estabelece uma série de condições para que seja possível a prisão de um senador da República, como a flagrância de um crime inafiançável e a posterior validação da medida pelo órgão Legislativo<sup>35</sup>, tornando-a medida excepcionalíssima.

Por este motivo, a prisão de Delcídio do Amaral teve sua constitucionalidade questionada, já que não haveria a gravidade exigida constitucionalmente, sobretudo quando não haveria nenhum ato que mostrasse a intenção de concretização de influência junto a ministros do Supremo ou mesmo de arranjos para fuga. Dilma perde seu principal líder no Senado durante o debate sobre impeachment e Delcídio é solto em pouco menos de 3 meses, em fevereiro de 2016.

Em 2 de março de 2016, o Supremo torna réu o Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha em decisão no inquérito policial IP 3893, acusado de receber valores provenientes de desvio de recursos da Petrobras, caracterizando os crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Eduardo Cunha tenta, ao mesmo tempo, preservar seu mandato e impedir votações na Comissão de Ética da Câmara dos Deputados. Pressionado, usa seu papel no impeachment como barganha.

Ainda em março de 2016, duas decisões judiciais tomadas no âmbito da Operação Lava Jato criam uma enorme instabilidade no governo de Dilma Rousseff.

No dia 16, o juiz que conduz os casos da Operação Lava Jato em primeira instância para pessoas sem foro privilegiado, Sergio Moro, divulga áudios de interceptações telefônicas onde a Presidente Dilma Rousseff avisava Lula, indicado a ministro da Casa Civil no mesmo dia, que lhe enviaria o termo de posse para usar em caso de necessidade.

A divulgação, embora ilegal<sup>36</sup>, é usada pelo ministro Gilmar Mendes para suspender a posse de Lula como ministro, em decisão liminar tomada no mandado de segurança MS 34.070, em 18 de março de 2016:

“(...) Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal. (...)

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E ‘autoevidente’ que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares”.

35 Constituição Federal de 1988, art. 53. “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. ... § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

36 A Lei 9296/96 impõe sigilo às interceptações telefônicas. Ademais, não havia ordem judicial válida no momento da interceptação, captada em violação ao direito constitucional de sigilo das comunicações, sem mencionar a incompetência do juízo de primeira instância, em razão de foro especial da Presidente, para praticar qualquer ato processual no caso, como a retirada do sigilo.

A decisão liminar do ministro Gilmar Mendes é bastante criticada pela sua excepcionalidade<sup>37</sup>, já que contrariou a jurisprudência do tribunal quanto à impossibilidade de partidos políticos, mediante mandado de segurança coletivo, questionarem atos do Executivo, bem como pela tese de desvio de finalidade em obstrução da justiça e pelo uso de prova ilícita, já que as gravações dos áudios foram obtidas de forma ilegal<sup>38</sup>. Mesmo assim, outras ações contra a decisão de Gilmar Mendes não foram aceitas, por não caracterizarem recurso<sup>39</sup> e a liminar não é enviada a plenário para julgamento até que perdeu seu objeto, após o impeachment ter se concretizado.

Por fim, após o processo de impeachment ser votado em plenário na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal, é proposta uma ação cautelar AC 4070 pedindo a suspensão do exercício do mandato por Eduardo Cunha, com o seu consequentemente afastamento da Presidência da Câmara dos Deputados. A medida é deferida em 4 de maio de 2016, com o argumento de que Eduardo Cunha estava usando as prerrogativas de deputado em benefício próprio e abusava de seu poder para evitar ser responsabilizado.

“(...) 20. Os elementos fáticos e jurídicos aqui considerados denunciam que a permanência do requerido, o Deputado Federal Eduardo Cunha, no livre exercício de seu mandato parlamentar e à frente da função de Presidente da Câmara dos Deputados, além de representar risco para as investigações penais sediadas neste Supremo Tribunal Federal, é um pejorativo que conspira contra a própria dignidade da instituição por ele liderada. Nada, absolutamente nada, se pode extrair da Constituição que possa, minimamente, justificar a sua permanência no exercício dessas elevadas funções públicas. Pelo contrário, o que se extrai de um

37 Após essa decisão do ministro Gilmar Mendes, o Supremo foi instado a se pronunciar outras duas vezes em igual teor. No mandado de segurança coletivo MS 34196, o ministro Luis Roberto Barroso indicou que não seria possível o uso do mandado de segurança coletivo por partidos políticos para defesa de interesses difusos e que obstar a nomeação de ministros seria excessiva interferência do Judiciário na política: “(...) 8. A Lei nº 12.016/2009 parece ter adotado limites razoáveis, compatíveis com a Constituição, para o cabimento de mandado de segurança coletivo. A restrição dessa modalidade de ação para a tutela de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos evita que o mandado de segurança seja instrumentalizado pelos partidos políticos, transformando-se em indesejável veículo de judicialização excessiva de questões governamentais e parlamentares, as quais poderiam ser facilmente enquadradas como direitos difusos da sociedade brasileira e atreladas às finalidades de qualquer agremiação política. 9. A interferência excessiva do direito e do Poder Judiciário na política, ainda que iniciada ou fomentada pela atuação dos próprios partidos políticos, pode acarretar prejuízo à separação dos poderes e, em última análise, ao próprio funcionamento da democracia. Agrega-se ao dia-a-dia político um elemento de insegurança, consistente em saber como o Judiciário se pronunciará sobre os mais variados atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo, inclusive aqueles eminentemente internos, como os atos de nomeação e exoneração de Ministro de Estado. (...) 18. Por fim, ainda que fosse possível superar os óbices quanto ao cabimento, a pretensão do impetrante não mereceria acolhimento no mérito. A avaliação quanto à continuidade ou não das políticas em curso e sobre medidas de transição destinadas a suavizar o impacto de eventuais mudanças é de natureza primordialmente política, e deve ser feita não apenas pelo substituto constitucional da Presidência da República, mas também pelas instâncias competentes para fazer o juízo político quanto ao eventual afastamento temporário da Chefe do Poder Executivo. O princípio constitucional da segurança jurídica simplesmente não tem o alcance pretendido pela petição inicial, que, em última análise, imobilizaria completamente a atividade política. E, não custa lembrar, o Vice-Presidente também integra a chapa eleita pelo voto popular. 19. Além disso, o País ficaria virtualmente acéfalo se o Vice-Presidente fosse impedido de exercer as funções privativas do Presidente da República, que compreendem não apenas a nomeação e a exoneração de Ministros de Estado (inciso I do art. 84), mas todas as demais atribuições (...)”. No mesmo sentido, o mandado de segurança MS 34.609, no qual o ministro Celso de Mello manteve no cargo o ministro Moreira Franco, nomeado por Temer, citado na Operação Lava Jato e denunciado por outros crimes. Nesse caso, tampouco se reconheceu a legitimidade do uso do mandado de segurança coletivo por partidos políticos para defesa de interesses difusos, bem como a existência de desvio de finalidade em nomeação de ministros.

38 A ilicitude das provas acaba sendo comprovada pelo próprio tribunal, em reclamação RCL 23.457: “(...) julgo procedente para reconhecer a violação de competência do Supremo Tribunal Federal e cassar as decisões proferidas pelo juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba em 16.3.2016 e 17.3.2016, nos autos do “Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, que determinaram o levantamento do conteúdo de conversas lá interceptadas; e (b) reconhecer a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas”.

39 MS 34079 e HC 133605.

contexto constitucional sistêmico, é que o exercício do cargo, nas circunstâncias indicadas, compromete a vontade da Constituição, sobretudo a que está manifestada nos princípios de probidade e moralidade que devem governar o comportamento dos agentes políticos. (...)

21. Decide-se aqui uma situação extraordinária, excepcional e, por isso, pontual e individualizada. A sintaxe do direito nunca estará completa na solidão dos textos, nem jamais poderá ser negatizada pela imprevisão dos fatos. Pelo contrário, o imponderável é que legitima os avanços civilizatórios endossados pelas mãos da justiça. Mesmo que não haja previsão específica, com assento constitucional, a respeito do afastamento, pela jurisdição criminal, de parlamentares do exercício de seu mandato, ou a imposição de afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados quando o seu ocupante venha a ser processado criminalmente, está demonstrado que, no caso, ambas se fazem claramente devidas”. (STF, AC 4070).

Essa decisão também foi dotada de alto grau de excepcionalidade – o que é assumido pelo ministro relator do caso, Teori Zavascki, já que a Constituição prevê uma série de garantias – inclusive a impossibilidade de prisão – para que um parlamentar permaneça no exercício de sua função, o que seria contrariado se, para impedir a prisão, o mandato fosse suspenso, como determinado na decisão.

Mais do que isso, o argumento acatado pelos ministros para afastar excepcionalmente Eduardo Cunha após o impeachment tramitar na Câmara dos Deputados foi rejeitado antes, quando apresentado pela defesa de Dilma Rousseff alegando que Eduardo Cunha agia com abuso de poder e desvio de finalidade na condução do impeachment, barganhando sua absolvição na Comissão de Ética em troca de aprovar o impeachment<sup>40</sup>.

Juntas, a prisão do senador Delcídio do Amaral, a suspensão da posse de Lula como ministro e o afastamento de Eduardo Cunha são decisões dotadas de algo grau de excepcionalidade e que interferiram indiretamente no curso do impeachment, ora neutralizando atores em momentos relevantes, ora permitindo que agissem.

#### **4. Conclusão: a interferência do STF no processo de impeachment através de decisões excepcionais na Operação Lava Jato.**

Ao analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal no impeachment de Dilma Rousseff é possível constatar um alto grau de autocontenção dos ministros e do tribunal, afirmando que o papel a ser desempenhado se restringia apenas à garantia de devido processo legal em sentido estrito, definindo as etapas e momentos de defesa da Presidente.

Em todas as oportunidades em que foi instado a se manifestar sobre o mérito do impeachment ou o controle de constitucionalidade os crimes de responsabilidade, o tribunal se eximiu, determinando a ampla competência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para definir os requisitos do processo.

Essa constatação traz, por si só, uma série de questionamentos sobre os limites do

---

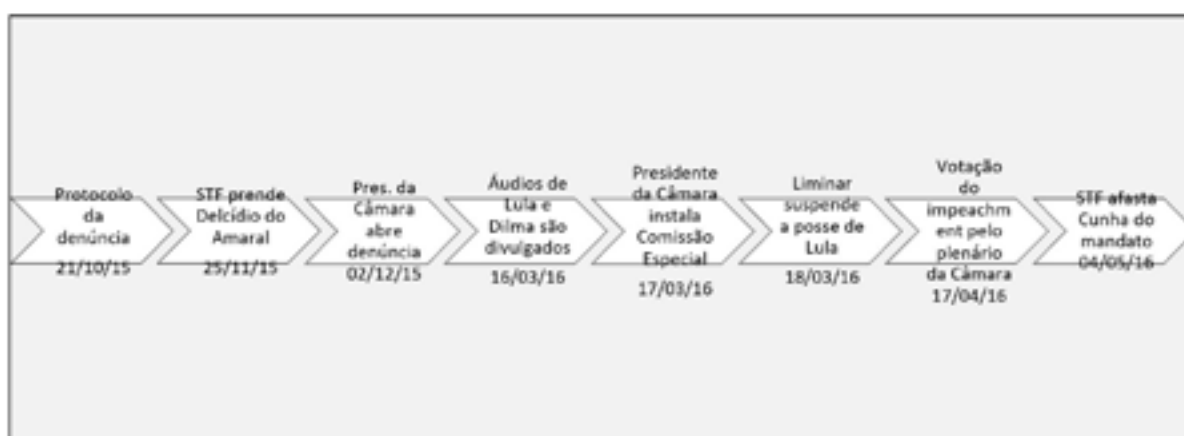
40 Ver MS 34.193, página 14.

presidencialismo no Brasil, já que haveria um grande poder de cassação de mandato alocado no Legislativo, dependente apenas do humor das bases parlamentares, sem qualquer restrição ou exigência constitucional sobre a gravidade ou excepcionalidade dos crimes de responsabilidade.

Afinal, a definição do crime de responsabilidade e de sua gravidade dependeria apenas e tão somente do Legislativo, sem qualquer incidência de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Isso contraria a proteção constitucional conferida aos mandatos e a próprio desenho de responsabilização de Presidente da República.

Para além disso, essa jurisprudência de autocontenção poderia dar a impressão de que o Supremo Tribunal Federal não interferiu nos rumos do impeachment. Entretanto, a análise das principais decisões relativas à Operação Lava Jato, proferidas concomitantemente ao impeachment, mostra que o tribunal operou com alto grau de excepcionalidade, interferindo abruptamente no Legislativo e no Executivo, dando o tom de gravidade dos casos. Além disso, o tribunal atuou ora neutralizando atores relevantes – como Lula e Delcídio do Amaral – ora deixando que outros atores, comprometidos, seguissem atuando, como Eduardo Cunha.

Tudo isso foi feito, também, de forma bastante articulada com as principais etapas do processo de impeachment:



Quadro 2. Fluxo das decisões do STF na Operação Lava Jato e etapas relevantes do impeachment.

De forma geral, o impeachment de Dilma Rousseff mostra uma fragilidade dos mecanismos de proteção ao mandato eleitoral, na medida em que não foram exigidos quaisquer requisitos para a caracterização do crime de responsabilidade, o que acarreta, consequentemente, uma relação de dependência com o Legislativo não só para a adoção de políticas e implementação de um plano de governo, mas para a manutenção do mandato em si.

Quanto ao papel do Supremo Tribunal Federal, ao se eximir de promover controle de constitucionalidade do impeachment, sobretudo dos requisitos dos crimes de responsabilidade, colabora para o estabelecimento dessa relação de intensa dependência do Executivo em relação ao Legislativo, pervertendo os mecanismos constitucionais de proteção ao mandato eleitoral.

Mais do que isso, a análise das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, colegiadas ou individualmente, no âmbito da Operação Lava Jato, aponta para um alto grau de interferência indireta do tribunal no impeachment, sobretudo em decisões alteraram a dinâmica do jogo político nas casas legislativas e no próprio Executivo, em períodos muito próximos a etapas fundamentais do processo de cassação.

Assim, a neutralidade e autocontenção do tribunal no processo de impeachment é apenas aparente; o Supremo Tribunal Federal foi, sobretudo, um agente catalizador da crise política.

### Referências bibliográficas

- ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, v. 31, n. 1, p. 5-38, 1988.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: Edusp, 1999.
- ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*, v. 44, p. 81-106, 1998.
- LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos-CEBRAP*, n. 76, p. 17-41, 2006.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.
- RYDGREN, Jens. In: *Annual Review of Sociology*, 1/1/2007, Vol. 33, p. 241-262
- STF. Supremo Tribunal Federal. Documentos diversos. [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)
- SUNSTEIN, Cass R. **Designing democracy: what constitutions do**. Oxford University Press, 2001.
- TSE. Tribunal Superior Eleitoral. Informações diversas. <http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-resultado>

## **SOBRE A AUTORA:**

### **Eloísa Machado de Almeida**

Doutora em direitos humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e mestre em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Possui graduação em direito pela PUC-SP. É professora da FGV DIREITO SP e coordenadora do Supremo em Pauta da FGV Direito SP.

# A CRUZADA MORAL CONTRA O ABORTO NOS EUA: ESTUDO DE CASO DE MOVIMENTOS JURÍDICOS E SOCIAIS EM TORNO DE UM DIREITO REPRODUTIVO FUNDAMENTAL

---

THE MORAL CRUZADE AGAINST ABORTION IN THE USA:  
A CASE STUDY ON LEGAL AND SOCIAL MOVEMENTS AROUND A  
FUNDAMENTAL REPRODUCTIVE RIGHT

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# A CRUZADA MORAL CONTRA O ABORTO NOS EUA: estudo de caso de movimentos jurídicos e sociais em torno de um direito reprodutivo fundamental

## THE MORAL CRUSADE AGAINST ABORTION IN THE USA: a case study on legal and social movements around a fundamental reproductive right

**Heloisa Bianchini\***

Mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e  
graduanda pela mesma instituição.

<http://lattes.cnpq.br/6311133480332004>

[hbianchini@gmail.com](mailto:hbianchini@gmail.com) / [heloisa.bianchini@fgv.br](mailto:heloisa.bianchini@fgv.br)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5558-1194>

**Resumo:** O objetivo deste artigo é realizar um estudo de caso sobre a descriminalização do aborto nos EUA e os atuais movimentos para que a prática volte a ser criminalizada. O aborto é um direito reprodutivo fundamental consagrado por diversos documentos consensuais internacionais. No entanto, abortar ainda é uma conduta socialmente estigmatizada. Para compreender o caso americano, utiliza-se os conceitos de Becker (2008) de “desvio” e “empreendimento moral”. Conclui-se que (a) no contexto americano, o aborto pode ser considerado como “desvio” segundo proposto por Becker; e que (b) que a criminalização do aborto nos EUA no século XIX e o atual recrudescimento de legislações estaduais que restringem a prática são frutos do que Becker chama de “empreendimentos morais”.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; aborto; desvio; Becker; cruzada moral.

**Abstract:** The purpose of this paper is to conduct a case study on legalization of abortion in the US and current movements to re-criminalize it. Abortion is a fundamental reproductive right present in several international consensual agreements. However, abortion is still a socially stigmatized conduct. To understand the American case, the article employs Becker's (2008) concepts of “deviance” and “moral enterprise”. The conclusions are: (a) in the American context, abortion can be considered as “deviance” as proposed by Becker; and (b) the criminalization of abortion in the United States in the nineteenth century and the current resurgence of restrictive state legislation are the result of what Becker calls “moral enterprise”.

**Keywords:** fundamental rights; abortion; deviance; Becker; moral enterprise.

## 1. Introdução

Os direitos reprodutivos são direitos humanos fundamentais, legitimados pela ordem mundial desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>1</sup>. Posteriormente, o tema foi tratado de forma mais detida em documentos consensuais sobre o tema, como o Plano de Ação da Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento do Cairo, e o documento resultante da IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim, ocorrida em 1995<sup>2</sup>.

Segundo o Plano de Ação de Cairo:

“[O]s direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.”

Para a concretização deste direito fundamental, que compreende o “*direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência*” é indispensável que a interrupção voluntária da gravidez seja permitida no ordenamento jurídico. A partir do momento em que o Estado obriga uma mulher a prosseguir com uma gravidez indesejada, ela é privada do direito de “*decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer*”.

O objetivo deste artigo é realizar um estudo de caso sobre a experiência de legalização do aborto nos Estados Unidos, e refletir sobre os atuais movimentos jurídicos e legislativos para a restrição deste direito fundamental. Para tanto, traz-se os conceitos de “desvio” e “empreendimento moral”, cunhados pelo sociólogo Howard Becker (2008) para elucidar como se dá socialmente o processo de estigmatização e possível criminalização de uma dada conduta.

As perguntas que o artigo busca responder, portanto, são: (a) o aborto é uma prática socialmente desviante no contexto americano?; e (b) há um empreendimento moral em curso em prol da sua (re)criminalização?

## 2. O que é “desvio” para Becker?

Para fins didáticos, é possível dizer que o estudo do que se chama adiante de “desvio” foi balizado por três paradigmas. Paradigma, na definição clássica de Thomas Kuhn, são

1 “Declaração Universal dos Direitos Humanos. Art. XII. Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem à ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

2 “Declaração e Plataforma de Ação de Pequim. Parágrafo 96. Os direitos humanos das mulheres incluem seus direitos a ter controle e decidir livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, incluindo a saúde sexual e reprodutiva, livre de coação, discriminação e violência. Relacionamentos igualitários entre homens e mulheres nas questões referentes às relações sexuais e à reprodução, inclusive o pleno respeito pela integridade da pessoa, requerem respeito mútuo, consentimento e divisão de responsabilidades sobre o comportamento sexual e suas consequências”.

*“realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”* (Kuhn, 1997, p. 13). Os paradigmas entram em crise na ciência normal<sup>3</sup> quando mudanças conceituais e procedimentais dentro de uma área levam a contradições no paradigma estabelecido.

No século XIX, estudos biológicos e psicológicos se perguntavam sobre as causas e as motivações dos crimes. Estes estudos defendiam que havia algo inerentemente anormal naqueles que cometem crimes, e utilizavam métodos das ciências naturais para compreender qual seria a raiz desta anormalidade e constituir uma criminologia de raiz científica. É possível afirmar que há aí o primeiro paradigma no estudo do desvio, o paradigma positivista, caracterizado por uma visão essencialista e naturalista quanto à natureza do crime.

Contrariamente a esta perspectiva, o sociólogo Émile Durkheim foi precursor de um novo paradigma, o funcionalista, quanto ao estudo dos crimes e de outras transgressões às normas socialmente aceitas, que ele chamou de desvio (Giddens e Sutton, 2014). Para Durkheim, os desvios e os crimes são condutas “normais” em todas as sociedades, principalmente nas modernas, onde há maior margem para as escolhas individuais e para a não-conformidade. Estas práticas desempenhariam duas funções para o bom funcionamento da sociedade: a introdução de ideias inovadoras e a manutenção da coesão social a partir da reação coletiva que se dá quando alguém desrespeita as fronteiras entre o “certo” e o “errado”.

A partir da década de 1950, o conceito de desvio é reformulado radicalmente pela tradição sociológica do interacionismo simbólico. Ao estudar as subculturas da juventude americana da época, estudiosos afiliados a esta corrente definiram o desvio como qualquer conduta rotulada como tal por aqueles que detêm o poder em uma dada sociedade (Giddens e Sutton, 2014, p. 281). Essa formulação do conceito de desvio se mostrou inovadora, por se contrapor frontalmente às primeiras concepções de que havia algo de errado naqueles que cometem crimes. Podemos, assim, identificar o surgimento de um paradigma interacionista para a abordagem do desvio. Além disso:

Como o desvio nos obriga a considerar os papéis dos diversos atores sociais, incluindo desviantes e criminosos, formadores de opinião e defensores da moral, forças policiais, tribunais e políticos, ele é um conceito importante que associa o comportamento ‘ruim’ ao contexto social no qual ele ocorre. (ibidem, p. 284)

Esta perspectiva é conhecida hoje como teoria do etiquetamento social, ou *labelling theory*. O etiquetamento é o processo que cria estes rótulos e os imputa a determinadas pessoas. A obra *“Outsiders: estudos de sociologia do desvio”*, publicada em 1963 pelo sociólogo americano Howard Becker foi seminal para a teoria do etiquetamento e para o desenvolvimento do

3 De acordo com Kuhn (1997, p. 29): “(...) ‘ciência normal’ significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior.”

conceito de desvio. Seu objetivo era compreender como o processo de etiquetamento cria *outsiders*, isto é, pessoas marginalizadas da sociedade por terem sido rotuladas como desviantes.

Becker tem como pressuposto a ideia de que regras sociais “*são criação de grupos sociais específicos*” (Becker, 2008, p. 27). Grupos sociais criam regras e as impõem, mesmo contra a vontade e sem o consentimento dos outros, por possuírem poder político e econômico. Becker cita alguns exemplos de grupos sociais que costumam ditar as regras para outros grupos menos privilegiados: velhos impõem normas para os jovens; brancos impõem normas para os negros; pessoas de classe média/alta impõem regras para pessoas de classe baixa; e homens impõem regras para mulheres (ibidem, p. 29).

Estas regras têm como objetivo definir certas situações e quais comportamentos são adequados a elas. Os comportamentos adequados são “certos”, e os inadequados são “errados”. Quando grupos criam regras, por consequência criam o desvio, que é nada mais, conceitualmente, do que a suposta infração destas regras. O desvio não é uma qualidade inerente a certos atos, e sim “*uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um ‘infrator’*” (ibidem, p. 22). Não existe desvio sem uma regra operante e efetiva. O conteúdo das regras, seu funcionamento e efetividade variam de sociedade para sociedade, o que é possível de se observar no estudo da antropologia.

Quando se considera que alguém descumpriu uma regra, pode-se rotular o “infrator” como desviante. Esta categoria está longe de ser homogênea, pois o processo de rotulação não é infalível. Certas pessoas podem descumprir uma regra social operante e efetiva, mas passarem despercebidas, de forma a não receber o rótulo. Outras pessoas podem ser rotuladas sem terem, de fato, cometido uma infração. Por isso, não se pode supor que os desviantes tenham traços de personalidade ou trajetórias em comum. A única comunidade que se pode identificar com certeza neste conjunto é a existência do rótulo e a experiência de ser rotulado.

A existência do desvio depende, portanto, da prática ser percebida e ter como resposta uma reação, o que nem sempre ocorre. Nas palavras de Becker (2008, p. 24) “*o simples fato de uma pessoa ter cometido uma infração a uma regra não significa que outros reagirão como se isto tivesse acontecido*”. A existência de uma reação e seu grau dependem de diversos fatores como: (i) contexto histórico de realização do ato; (ii) quem praticou o ato; (iii) quem se sente prejudicado pelo ato; (iv) as consequências do ato, dentre outros (ibidem, p. 24-26).

Ou seja, pode-se dizer que há uma seletividade na reação. Por exemplo, delinquentes juvenis de classe média são menos levados à delegacia, autuados e condenados quando praticam delitos (ibidem, p. 25). Segundo Giddens e Sutton (2014, p. 287), “*o jeito de se vestir, de falar ou o país de origem de uma pessoa poderiam ser fatores fundamentais que determinam se o rótulo se aplica ou não*”.

Além de reformular os conceitos de desvio e de pessoa desviante, Becker buscou explicar o processo pelo qual as regras que constituem o desvio são criadas e, posteriormente, impostas às pessoas (esta última parte é o já citado “etiquetamento”). Para isso, ele criou uma tipologia de agentes sociais e a ilustrou com um estudo de caso da proibição do uso de maconha, o qual relataremos brevemente a seguir.

Os Estados Unidos têm um longo histórico de tentativas de reprimir certas drogas. A princípio, a ênfase estava no uso de álcool e ópio. Segundo Becker (2008, p. 42-43), três valores principais legitimavam estas iniciativas. O primeiro deles, derivado da ética protestante, era de que o indivíduo possui completa responsabilidade pelos seus atos, e por isso não pode agir de forma a perder o autocontrole. O álcool e o ópio podem levar as pessoas a perderem o controle, seja durante o uso, seja pelo desenvolvimento da dependência a eles. O segundo deles é a desaprovação de experiências para alcançar estados de êxtase, talvez porque a cultura local é marcada pelos valores de pragmatismo e utilitarismo. O terceiro deles é o humanitarismo: acreditava-se que ao proibir estas substâncias, um bem seria feito tanto a seus usuários quanto às suas famílias.

No entanto, até 1920, o uso de maconha não preocupava as autoridades americanas por dois motivos principais. Em primeiro lugar, o uso da droga era relativamente recente e bastante restrito a imigrantes mexicanos. Em segundo lugar, na época o governo considerava mais importante fiscalizar o cumprimento da Lei Seca. O preço da maconha era baixo e ela era vendida facilmente. Contudo, durante a década de 30, a Agência de Narcóticos do Departamento do Tesouro começou a se movimentar para mudar isso e coibir o consumo da substância. Não se sabem com precisão os motivos dos funcionários da agência, além da existência destes valores compartilhados e do interesse em realizar suas funções da melhor forma possível. É possível dizer que o uso de maconha não era considerado um desvio, porque não havia uma regra social que o constituía como tal.

A partir deste momento, a agência trabalhou justamente para lançar uma luz diferente à conduta, e caracterizá-la como perigosa tanto para os usuários quanto para aqueles que estão à sua volta. Para tanto, os esforços da agência se deram em duas formas: a cooperação na elaboração de legislações estaduais sobre o tema e o fornecimento de fatos e números para divulgação em artigos jornalísticos. A cooperação com os estados americanos obteve certo sucesso, e a aprovação de diversas leis estaduais contra o uso de maconha pavimentou o caminho para uma legislação de caráter federal. Os artigos jornalísticos sobre as consequências negativas desta prática se proliferaram como nunca antes, e nesta época começaram a surgir histórias sobre atrocidades supostamente cometidas sob o efeito da droga. Gradualmente, a maconha começou a ser vista de forma negativa pela opinião pública. O desvio começou, assim, a se conformar.

Segundo a tipologia de Becker, os funcionários da agência se comportaram como reformadores cruzados. No processo de criação e conformação do desvio, o reformador cruzado desempenha o papel de criação da regra. Ele acredita que as coisas estão funcionando de forma contrária a seus valores e que isto é errado. Para impor sua moral aos outros, faz de tudo para criar regras, as quais normalmente têm como fim tutelar a autonomia de outras pessoas. Nas palavras do autor, o reformador cruzado:

Opera com uma ética absoluta; o que vê é total e verdadeiramente mal sem nenhuma qualificação. Qualquer meio é válido para extirpá-lo. O cruzado é fervoroso e probo, e muitas vezes hipócrita. É apropriado pensar em reformadores como cruzados porque eles acreditam tipicamente que sua missão é sagrada. (...) O cruzado não está interessado apenas em levar outras pessoas a fazerem o que julga certo. Ele acredita que se fizerem o que é certo será bom para elas. (ibidem, p. 153).

Como vimos, os funcionários da agência consideraram que o uso da maconha ia contra seus valores compartilhados, e que, por isso, deveriam coibi-lo. Estes valores compartilhados sugeriam que o uso da maconha seria moralmente errado por privar as pessoas de seu autocontrole e por leva-las a estado de êxtase. Também indicavam que impedir os usuários de obtê-la seria uma atitude moralmente louvável que os salvaria.

O reformador cruzado costuma estar nos estratos sociais superiores, e que acredita que (1) impor sua moral será algo benéfico para a sociedade e; (2) essa imposição “salvará” pessoas de status inferior ou classe baixa. Contudo, normalmente os reformadores estão mais preocupados com os fins (impor a regra) do que com os meios (como a regra será redigida e aprovada), o que permite influências imprevistas por parte dos agentes sociais que tomam para si a tarefa de redigir e aprovar as regras.

Este caso de cruzada ou empreendimento moral obteve notável sucesso. Quando a proposta de uma lei federal chegou à Câmara dos Deputados, a aprovação foi muito mais fácil, pois os deputados julgavam que o reconhecimento dos jornais e a aprovação de leis estaduais endossavam a afirmação de que a maconha estava cada vez mais se tornando uma “*ameaça nacional*” (ibidem, p. 149). Os usuários de maconha, por sua vez, não se organizaram em torno de qualquer tipo de manifestação e não mandaram ninguém à audiência. Junto com a regra de proibição da substância, surgiram sanções aplicáveis ao uso que consolidaram definitivamente o uso da maconha como um desvio e tornaram uma classe de pessoas – os usuários – *outsiders*.

A cruzada moral bem-sucedida, como a relatada acima, tem como principal consequência o estabelecimento de uma norma, que pode ou não ser de natureza jurídica. Junto com a norma, é estabelecido um mecanismo de imposição. No entanto, o sucesso da cruzada também deixa o reformador sem uma ocupação. Isto pode fazer com que ele busque outros empreendimentos morais para se engajar. Nas palavras de Becker, este agente “*torna-se um descobridor profissional de erros a serem corrigidos, de situações que demandam novas regras*” (ibidem,

p. 158). Já a cruzada moral mal-sucedida pode ter duas consequências: ou os reformadores podem desistir de sua missão e utilizarem a organização para outros empreendimentos, ou podem continuar “batendo na mesma tecla”, promovendo uma causa que se torna cada vez mais impopular.

Mas mesmo a cruzada moral bem-sucedida na criação de uma regra pode não ter grandes efeitos se esta não for cumprida. Para garantir esse *enforcement*, estruturas administrativas são criadas: a “*cruzada torna-se institucionalizada*” (Becker, 2008, p. 160), no geral por meio de uma força policial. Os funcionários destas estruturas, responsáveis por zelar pela regra, são o segundo agente descrito por Becker, o impositor de regras.

Não necessariamente o impositor concorda com a regra ou considera seu conteúdo relevante: o que importa para ele é o emprego, a função que a existência da regra garante a ele. Por isso, seus interesses principais costumam ser dois: justificar esta função e ganhar o respeito das pessoas com quem interage. Isto é comum a todas as ocupações. No entanto, no caso dos impositores de regras, a justificativa de sua função está intimamente ligada à justificativa da existência da própria regra. Eles devem mostrar que há um problema, e que a regra o combate eficazmente.

No entanto, os impositores de regras não têm o mesmo “fervor moral” que caracteriza os reformadores cruzados: a preocupação principal aqui é o cumprimento da tarefa para o qual são designados de forma eficaz o suficiente para que a permanência no cargo seja justificada. Eles têm plena consciência de que não têm condições de lidar com todos os casos de descumprimento da norma, seja por não disporem de pessoas, recursos ou informações o suficiente. Por isso, os impositores possuem uma certa discricionariedade para decidir em relação a quem as sanções serão aplicadas, já que é virtualmente impossível aplicá-las a todos, e uma racionalidade própria que embasa estas decisões. Como dito anteriormente, há uma seletividade na imposição da regra. Há um longo caminho entre cometer um ato desviante e ser rotulado como um *outsider*. Para Becker (2008, p. 166):

Se uma pessoa que comete um ato desviante será de fato rotulada como desviante depende de muitas coisas alheias a seu comportamento efetivo: depende de o agente da lei sentir que dessa vez deve dar alguma demonstração de que está fazendo seu trabalho a fim de justificar sua posição; de o infrator mostrar a devida deferência ao impositor; de o ‘intermediário’ entrar em ação ou não; e de o tipo de ato cometido estar incluído na lista de prioridades do impostor.

Por fim, vale enfatizar: sem o empreendimento moral, não há desvio. Segundo Becker, “*regras não são feitas automaticamente*” (ibidem, p. 167). O desvio é resultado do empreendimento moral em dois sentidos, um mais amplo e um mais particular. Em sentido amplo, para existir desvio é necessário que exista alguém (o reformador cruzado) que chame a atenção das pessoas para o suposto problema, e que organize iniciativas no sentido de criação da regra. Em

sentido particular, para existir desvio é necessário que outro agente (o impositor moral) a imponha de forma a produzir uma rotulação que diferencie os cidadãos “obedientes” dos *outsiders*.

### 3. Breve retrospectiva acerca da prática de aborto

Embora o aborto seja tido como sempre reprovado pela sociedade, uma breve retrospectiva histórica sugere que isto é relativamente recente. Na Grécia Antiga, o aborto era encarado de forma benigna, e até mesmo incentivado em situações específicas. Segundo Schor e Alvarenga (1994), os grandes filósofos da época não contestavam a prática. Sócrates acreditava que o aborto deveria ser permitido às mulheres que assim desejassem. Já Aristóteles via nesta prática uma função social de evitar o crescimento populacional excessivo nas cidades-estado gregas. Platão até mesmo incentivava o chamado aborto eugênico, para manter a pureza da raça dos guerreiros. Vê-se, assim, que o aborto nem sempre foi uma prática desviante: neste momento, era algo socialmente aceito em muitas culturas, até mesmo encorajado em certos contextos.

No entanto, entre os gauleses, os hebreus e os romanos, já eram estabelecidas algumas restrições que colocavam o corpo da mulher sob a tutela do marido ou da estrutura de poder político. Para os gauleses, o aborto era um direito natural - do pai (FMF, 1980). Os hebreus tinham raciocínio parecido: segundo o livro do Êxodo, aquele que provocasse o aborto de mulher grávida deveria ser multado, e o valor da multa ia para o marido.

Já os romanos trataram a mesma questão de formas distintas em diferentes períodos históricos. Em períodos de alta natalidade, como na República, a prática era socialmente tolerada; já em épocas de declínio destas taxas, como no Império, a mesma conduta era encarada como um delito contra a segurança do Estado e recebia penas severas (Schor e Alvarenga, 1994). Este histórico mostra que, em alguns casos, o aborto foi constituído legalmente como desvio por parte daqueles que detinham o poder político. No entanto, esta visão não se mostrava muito consistente, mudando com frequência conforme imperativos relacionados às taxas de natalidade.

Ao contrário do que se esperaria, o advento do cristianismo - hoje uma das maiores forças a favor da criminalização do aborto - não provocou a imediata reprovação social da prática, ao menos durante um bom tempo. O posicionamento da Igreja Católica manteve-se dubio por muito tempo. Jerônimo, no século V, entendia que os teólogos podiam adotar posições divergentes acerca do tema, já que não havia doutrina oficial da Igreja (Machado, 2017). Para ele, a prática seria reprovável apenas no momento em que o feto inanimado se torna animado. Isto significa que por muito tempo a suposta reprovabilidade moral do aborto era uma questão discutida até mesmo na Igreja, longe de ser socialmente disseminada. Não havia, portanto, uma regra social clara a respeito.

Segundo Frei Betto (2007), tanto Santo Agostinho quanto São Tomás de Aquino, os

filósofos mais influentes da Igreja Católica, consideravam que apenas após quarenta dias da fecundação pode-se considerar o feto uma pessoa. Esta doutrina, apesar de contestada por outros teólogos eminentes, como Tertuliano e Santo Alberto Magno, foi adotada oficialmente pela Igreja no Concílio de Trento (1545-1563). Já entre 1588 a 1591, a doutrina oficial mudou, considerando o aborto reprovável em qualquer momento da gestação. No entanto, pouco depois (em 1599), o Papa Gregório XIV afirmou que o aborto só seria condenável a partir do “momento em que a mulher grávida sentisse os movimentos do feto pela primeira vez (cerca de 116 dias após a gravidez)” (Machado, 2017). Aí podemos ver, pela primeira vez, uma regra socialmente aceita, pelo menos na maioria dos países ocidentais, que condena o aborto. Ainda assim, é uma regra relativamente permissiva, cujas restrições não se referem às motivações para o ato.

A questão só foi consolidada internamente na Igreja pela encíclica apostólica *Apostolicae Sedis* (1869), escrita pelo Papa Pio IX, que condenava qualquer forma de interrupção da gravidez, independentemente do motivo alegado. Isto se devia à doutrina da “animação simultânea”: de acordo com ela, desde a concepção o embrião já seria dotado de alma. De acordo com Loomis (2009), essa decisão tinha muito de política e pouco de religiosa: na época, o imperador Napoleão III da França tinha problemas com baixa natalidade, e por isso prometeu ao papa a proteção de sua posição no Vaticano<sup>4</sup> com ajuda das tropas francesas desde que este declarasse que a vida começava após a concepção. Trata-se de movimento semelhante ao utilizado pelo Império romano, citado anteriormente.

Do século XIX para os dias de hoje, pouco mudou na posição adotada pela Igreja: até pouco tempo atrás não se admitia o aborto “indireto” em casos de ameaça à vida da mãe, como gravidez tubária ou câncer no útero. Apenas recentemente alguns teólogos, como Bernhard Haering, afirmam que o aborto não é condenável em casos de dano psicológico à gestante, como no caso de gravidez provocada por estupro (Frei Betto, 2007).

A doutrina católica é importante para a análise da reprovação social do aborto porque ela providenciou o principal argumento contrário à prática: o aborto, segundo a Igreja, seria a “supressão voluntária de uma vida humana” (Frei Betto, 2007). Fazendo uso dessa escolha cuidadosa de palavras, a Igreja não equipara diretamente o aborto ao homicídio, o que acaba sendo feito pelo senso comum em torno do assunto.

As mudanças de doutrina da Igreja Católica possuem relevância prática e jurídica, devido à influência em boa parte dos países de *civil law*, que adotaram por muito tempo o direito canônico como fonte de direito (Hespanha, 2015). A encíclica *Apostolicae Sedis* e a cruzada moral subsequente empreendida pela instituição pode ser considerada como uma das principais

4 A posição de Pio IX estava sob ameaça por conta de pressões de governantes nacionalistas anti-papais que queriam anexar os Estados Papais (como por exemplo, Vitor Emanuel II, na época rei do Reino de Sardenha e Piemonte, posteriormente rei da Itália), e por isso ele precisou contar com alianças com a França e com a Áustria.

responsáveis na constituição do aborto como desvio. Não só porque criou uma regra socialmente aceita pelos católicos, que representavam uma parcela significativa da população à época, como também porque esta regra teve reflexos legais dentro da *civil law*, mobilizando pela primeira vez o aparato estatal punitivo.

Os religiosos não foram os únicos que tomaram parte neste empreendimento moral: também no século XIX, ginecologistas e obstetras desempenharam importante papel neste sentido, ao buscarem assegurar autonomia profissional. De acordo com a teórica feminista Reva Siegel (1995), nos EUA e em outros países de *common law*, parteiras e outras pessoas desprovidas do *status* profissional de médicos faziam abortos desde que o bebê ainda não tivesse mexido – e, até esse ponto, o aborto também não era proibido nem reprovado socialmente. Esta visão convergia, como vimos, com o entendimento adotado pela Igreja Católica durante considerável período.

Para combater esta visão, a classe médica se aproveitou de noções supostamente derivadas de descobertas científicas da época que colocavam a fecundação como ponto central do processo reprodutivo. Assim, os médicos conseguiram também aumentar seu *status* e autonomia profissional: aos poucos, eles se tornaram os únicos profissionais legitimados e considerados adequados para realizar a assistência à gravidez e ao parto. Muitas leis anti-aborto foram aprovadas na mesma época, demonstrando a influência deste movimento em conjunto com a mudança de posição da Igreja. Temos aí uma cruzada moral bem-sucedida, que incluiu a interrupção voluntária da gravidez em diversos códigos penais nacionais.

Porém, no início do século XX, este consenso quase total começou a se modificar: alguns países pioneiros legalizaram explicitamente o aborto. Dentre eles, vale destacar a Rússia, em 1920, e o México, em 1926. No caso da Rússia, as feministas socialistas como Alexandra Kollontai tiveram papel muito importante na formulação destas leis. No entanto, vale lembrar que o aborto foi novamente posto na ilegalidade neste país em 1936, por Josef Stalin. O motivo eram as baixas taxas de natalidade russas, de forma semelhante ao que houve no Império Romano e na França (Goldman, 2014).

O assunto permaneceu relativamente pouco discutido até a efervescência dos anos 1960<sup>5</sup>, que presenciou uma verdadeira revolução dos costumes. Com inspiração no movimento dos direitos civis voltados à igualdade racial, surgiu o feminismo de segunda onda, que tinha entre suas bandeiras o direito ao controle de natalidade e ao planejamento familiar. Seu argumento central era de que o direito de controlar a própria capacidade reprodutiva seria fundamental para a autonomia das mulheres na escolha de sua trajetória de vida. Outra alegação do movimento

---

5 Vale citar como fatores para o contexto político conturbado da época: o lançamento e popularização da pílula anticoncepcional; a Guerra Fria; a Guerra do Vietnã e os protestos provocados por ela; o movimento estudantil na França em maio de 1968; o movimento de contracultura acompanhado da disseminação do uso recreativo de drogas psicodélicas; o movimento armado da esquerda em países latino-americanos com regimes ditatoriais, dentre outros.

era que a criminalização do aborto estava ligada à doutrina cristã (principalmente católica), algo incompatível com a laicidade presente como princípio da maioria das constituições de Estados democráticos (Miguel e Biroli, 2014).

A luta do movimento pró-escolha foi bem-sucedida em uma quantidade significativa países. Segundo o Mapa Mundial das Leis de Aborto, elaborado pelo Center for Reproductive Rights (2014), 39,5% da população mundial vive em países nos quais não há qualquer restrição para o aborto em termos de motivação (mas que podem ter restrições relativas ao número de semanas da gravidez). A maioria destes quase 80 países é desenvolvida e concentrada no hemisfério norte do globo. Nenhum dos países considerados desenvolvidos possui, por exemplo, legislações que proíbem o aborto sem exceções (Singh et al., 2018). Na América Latina, as legislações mais liberalizantes neste sentido são as de Cuba (aprovada em 1965) e do Uruguai (aprovada em 2012), que permitem a interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação.

No entanto, a maioria da população vive em países com restrições relativas à realização do aborto: 21,3% podem praticar o aborto por motivos socioeconômicos; 13,8% podem desde que seja para a preservação da saúde da gestante; e 25,5% não podem praticar a conduta, ou pode apenas nos casos em que a vida da mãe está em risco. As legislações latino-americanas mais duras quanto à criminalização do aborto são as do Chile, El Salvador, Nicarágua e República Dominicana: nestes países, não há qualquer exceção para a punição do aborto voluntário, nem quando há risco à vida da gestante (Torres, 2012). Em El Salvador, inclusive, há casos de mulheres que sofreram aborto espontâneo e ainda assim foram acusadas de assassinato por supostamente não terem tentado “*salvar a vida do bebê*” (BBC, 2013). No Brasil, a interrupção voluntária só é permitida nos casos de risco de vida, estupro (Código Penal de 1940) e quando o feto é anencefálico (ADPF 54).

Mesmo onde há criminalização, as mulheres continuam praticando abortos, ainda que sob pena de serem rotuladas como desviantes. Há, aliás, mais abortos nos países onde a conduta é punida, provavelmente porque se tratam de nações subdesenvolvidas nas quais o acesso a contraceptivos e a planejamento familiar costuma ser reduzido. Trinta e quatro a cada mil mulheres em idade reprodutiva já realizaram abortos em países em que não há qualquer restrição relativa à motivação para o procedimento, contra trinta e sete a cada mil nos países onde existem proibições neste sentido (Sedgh et al., 2016).

A diferença é que nestes países, enquanto as mulheres de classes elevadas obtêm um bom procedimento de forma clandestina, as de classes baixas acabam se submetendo a condições pouco higiênicas e insalubres. Enquanto nos países com legislação menos restritiva 87% dos abortos realizados em 2017 atenderam a todos os padrões de segurança da OMS, nos países com legislação mais dura, apenas 25% eram igualmente seguros (Singh et al., 2018). E em es-

tudo realizado com dez países de legislação restritiva, 62% das mulheres pobres e 55% das mulheres em áreas rurais realizaram o procedimento sozinhas ou com pessoa não treinada; contra 36% de mulheres não pobres e 38% de mulheres em áreas urbanas (ibidem).

Os métodos utilizados para o auto-aborto ou aborto feito sem profissionais treinados são muitos e frequentemente perigosos. Pode-se listar como exemplos a inserção na vagina/cérvix de objetos (como sementes, ossos de galinha, lápis, cabides, agulhas ou catéteres) ou líquidos (como soluções salinas ou detergentes); ingestão de bebidas alcoólicas, ácidos ou chás de plantas tradicionais; ingestão de produtos farmacêuticos não voltados para este fim; manipulação do abdômen com massagens e até mesmo socos; exercícios físicos excessivos ou acidentes auto-inflingidos etc (ibidem).

Isto sugere que um dos motivos para a alegada seletividade na punição do aborto (Martins e Goulart, 2016) é que, no geral, são punidas aquelas que chegam ao sistema público de saúde após um aborto mal-sucedido, majoritariamente mulheres pobres e negras. As mulheres de classe média e alta, que têm acesso a procedimentos seguros, ainda que clandestino, dificilmente são flagradas e rotuladas como “desviantes”.

#### 4. O caso americano: criminalização e legalização posterior do aborto

As cruzadas morais de natureza religiosa e “profissional” (de médicos ginecologistas e obstetras) foram cruciais, segundo Martha Chamallas (1999) para a criminalização do aborto na maioria dos Estados americanos. Antes das cruzadas, a prática de aborto era permitida pela *common law* até o momento em que houvesse movimento fetal (“*quickening*”), por volta do quarto ou quinto mês de gestação. Contudo, na metade do século XIX, a Associação Médica Americana (*American Medical Association*, ou AMA) realizaram uma campanha para a proibição não só da prática de aborto, como também de outros métodos de controle de natalidade.

Os argumentos da campanha davam atenção a três pontos: “*a fisiologia da reprodução, a estrutura da família, e a dinâmica do crescimento populacional*” (Siegel, 1995, p. 46). Quanto à fisiologia da reprodução, eles afirmavam que o conceito de *quickening*, utilizado até então, era irrelevante do ponto de vista científico, pois o desenvolvimento fetal era contínuo desde o momento da concepção – a qual seria, portanto, o marco inicial da vida do feto. Nessa lógica, o aborto se equacionaria ao homicídio. Um ponto digno de nota era que o crescimento do embrião era visto como praticamente independente da mãe e do seu trabalho na reprodução – comparava-se mesmo a gestação humana ao caso da mãe canguru que armazena o feto numa bolsa fora do corpo (ibidem, p. 47).

Já em relação à estrutura da família, enfatizava-se que o dever da mulher seria gerar filhos. As mulheres que se recusavam a cumprir seu suposto papel, seja por recusarem os avanços

sexuais do marido, seja pelo emprego de métodos contraceptivos ou aborto, cometiam um “*pecado fisiológico*” (Pomeroy apud Siegel, 1995, p. 48). Segundo Siegel, neste conceito estavam “*traduzidas normas religiosas, legais e costumeiras sobre os deveres maritais em linguagem médica*” (Siegel, 1995, p. 48). A única exceção admitida para o aborto seria para salvar a vida da mãe, o que colocava as decisões da mulher relativas à sua reprodução nas mãos de um homem: o médico. Trata-se de um requisito inédito, até então, na *common law*.

Há aqui um subtexto importante. Esta ênfase nos papéis de gênero desempenhados pela mulher também tinha como alvo o feminismo de primeira onda. Por mais que este movimento condenasse o aborto à época, ele buscava garantir às mulheres o direito à propriedade e ao controle (*self-ownership*) do próprio corpo. Esta reivindicação se ramificava em duas: direito ao planejamento familiar e direito a não sofrer estupro marital. O aborto foi então associado ao sufragismo, mesmo não sendo uma de suas pautas, e a outras reivindicações consideradas explosivas à época, como o direito de voto universal (ibidem, p. 51).

O terceiro fator era bastante específico aos EUA: a ansiedade social em relação à “pureza” racial da população americana. Na época, o aborto era um método comum entre mulheres casadas de classe média para controlar o tamanho de suas famílias. Por conta disso, muitos dos oponentes da prática alegavam que mulheres casadas e brancas tinham o “dever” de se reproduzir, pois do contrário logo o país estaria tomado por crianças não-brancas, filhas de escravos ou imigrantes.

Dessa forma, o aborto seria, nas palavras dos cruzados morais, não só um “feticídio”, como também um “*suicídio racial*” (Calhoun apud Siegel, 1995, p. 49). Esta ideia foi tão bem-sucedida em sua divulgação que foi endossada até pelo presidente Theodore Roosevelt: em pronunciamento de 1908, ele praticamente amaldiçoou as brancas de classe alta que se engajavam na “*esterilidade voluntária – o único pecado para o qual a pena é a morte da nação, o suicídio da raça*” (Roosevelt apud Davis, 2016, p. 202).

Médicos e religiosos tiveram grande êxito neste empreendimento moral. Um grande número de Estados proibiu o aborto induzido antes do movimento fetal (embora as penalidades fossem frequentemente mais altas após o *quickening*). Além disso, a distribuição de medicamentos contraceptivos e abortivos também foi objeto de leis estaduais. O Comstock Act, publicado em 1873, classificava informações sobre contracepção como obscenas e proibia que estas fossem divulgadas via correios. O aborto rapidamente foi constituído como desvio, principalmente para as mulheres cuja reprodução era desejada: brancas, casadas, de classe média e alta. Aquelas que se furtavam ao “dever divino” da maternidade eram rotuladas e classificadas como *outsiders*.

No início do século XX, com a legalização do aborto em alguns países, o aborto começou a ser defendido nos EUA como uma questão de saúde pública e como controle de natalidade.

Esta ideia ganhou força com a abertura de clínicas de aborto pela ativista Margaret Sanger durante os anos 20. Em 1942, elas quais foram incorporadas pela Planned Parenthood, uma das principais entidades pela defesa dos direitos reprodutivos e do planejamento familiar nos EUA.

Entretanto, alguns dos argumentos favoráveis ao aborto utilizados nos anos 1920 tinham influências do eugenismo. Sanger, por exemplo, defendia o controle de natalidade junto a políticas anti-imigração e à esterilização de pessoas como deficientes e outras com traços morais “indesejáveis” (como, por exemplo, prostitutas e criminosos) (MSPPN, 2002-2003). As entidades de controle familiar eram intimamente ligadas a sociedades eugênicas bastante influentes à época (Davis, 2016).

Se em um primeiro momento a supremacia da população branca e de classe média era defendida pela criminalização do aborto (voltada principalmente a mulheres brancas casadas), em momento posterior buscou-se garantir este *status* por medidas contraceptivas voltadas à população pobre e negra. De acordo com Angela Davis (2016, p. 154), alguns médicos só realizavam o aborto de mulheres pobres, e em sua maioria negras, se elas consentissem com sua esterilização. De 7686 esterilizações realizadas na Carolina do Norte desde 1933, cerca de 5000 foram realizadas em negras. Ou seja, há aqui uma seletividade na configuração do desvio: ele só seria preocupante quando praticado por mulheres brancas e ricas.

A ideia do direito ao aborto como derivação do direito da mulher sobre seu próprio corpo só surgiu durante o ativismo feminista de segunda onda, ocorrido entre os anos 1960 e 1970, cujas reivindicações narramos anteriormente. Pouco a pouco, o movimento conseguiu aprovar a descriminalização do aborto em alguns Estados. Em 1967, Colorado foi o primeiro a permitir a prática em casos de estupro, incesto, ou quando a manutenção da gravidez pudesse provocar algum dano físico à gestante. Leis similares foram aprovadas em outros Estados, como Califórnia, Oregon, e Carolina do Norte. Em 1970, Havaí, Nova Iorque, Alaska e Washington tornaram o aborto legal independentemente da motivação. Até 1973, o aborto era completamente ilegal em 30 Estados e permitido sob certas circunstâncias em outros 20 (The Washington Post, 2013). Aos poucos, a prática do aborto era vista como mais justificada em determinados casos, e tornava-se para a opinião pública menos um desvio e mais um caso de saúde pública.

O movimento feminista obteve uma vitória significativa em 1973 com a publicação da decisão *Roe v. Wade*<sup>6</sup>, com 7 votos a favor e 2 contra. Nela, a Suprema Corte proibiu a interferência estatal em relação a abortos realizados durante o primeiro trimestre da gravidez, com base no direito à privacidade e à não-interferência do Estado em decisões íntimas. Contudo, trata-se de uma vitória parcial porque ao mesmo tempo a Corte reconheceu o interesse do Estado em proteger a viabilidade fetal e o desenvolvimento físico de seres humanos em potencial. Dessa forma,

---

6 410 U.S. 113 (1973)

*“o interesse da mulher na privacidade relativa à decisão do aborto diminui durante o curso da gestação, enquanto o interesse do Estado na regulação da decisão cresce”* (Siegel, 1995, p. 60).

Isto significava duas coisas: em primeiro lugar, o governo americano não tinha qualquer dever em garantir o fornecimento público e gratuito de serviços de aborto. O direito consagrado na decisão é uma liberdade negativa relativa à privacidade, um direito *“de ser deixada sozinha”* (ibidem, p. 43), que não implica em um dever positivo, por parte do Estado, de garantir a concretização do aborto se desejado. A Emenda Hyde, aprovada pelo Congresso Americano em 1976, restringiu o uso de recursos públicos para financiar procedimentos de aborto. Em 1980, no caso *Harris v. McRae*<sup>7</sup>, a Suprema Corte considerou esta emenda constitucional e afirmou que os Estados participantes do Medicaid não tinham o dever de financiar mesmo os abortos necessários por razões médicas.

Em segundo lugar, isso abria margem para que os Estados aprovassem restrições à prática de aborto desde que fundamentadas no interesse estatal da regulamentação da decisão. Durante a década de 1970, após *Roe v. Wade*, estas restrições não eram muito comuns. O movimento pró-escolha havia se fortalecido, e mesmo o movimento pró-vida buscava menos criminalizar a prática e mais garantir condições para que a prática do aborto não fosse necessária para mulheres de classes baixas. Segundo Ziegler (2014), as pautas “pró-vida” mais relevantes na época eram a garantia de creches financiadas pelo Estado, educação sexual nas escolas, planejamento familiar acessível para a maioria da população e a garantia de licença-maternidade. Muitas vezes, grupos pró-vida e pró-escolha faziam alianças em prol destas políticas, também consideradas fundamentais pelo movimento feminista.

O panorama político mudou pouco depois. Nos anos 1960, boa parte do Partido Republicano era a favor da descriminalização do aborto devido às suas raízes libertárias, que pregavam o não intervencionismo estatal na esfera privada (Reversing Roe, 2018). No entanto, nos anos 1980, dirigentes deste partido afiliados à corrente conservadora *New Right* (nova direita) viram uma janela de oportunidade: eles poderiam conquistar eleitores evangélicos e católicos para a candidatura de Ronald Reagan caso defendessem pautas conservadoras.

Uma das pautas consideradas com maior potencial de polarização e atração de eleitores era a da criminalização do aborto através da reversão de *Roe v. Wade* por meio da indicação de novos juízes para a Suprema Corte. O Partido Democrata dificilmente poderia fazer o mesmo, pois parte significativa de seus quadros apoiava movimentos sociais como o feminismo. A aliança com os conservadores fez o movimento pró-vida ganhar influência política, recursos, notoriedade e força social. Com a eleição de Reagan, muitos acreditaram que a decisão seria invalidada, pois o então presidente prometera indicar juízes cujas visões iam de encontro a ela,

---

7 448 U.S. 297 (1980)

e de fato conseguiu indicar 3 juízes conservadores<sup>8</sup>, incluindo a primeira mulher a ocupar o cargo, Sandra O'Connor.

No governo subsequente, de George W. Bush, havia uma maioria conservadora de 5 entre 9 juízes. Em 1992, a Suprema Corte recebeu o caso *Planned Parenthood v. Casey*<sup>9</sup>, o qual tinha potencial de reverter *Roe*. Não foi o que ocorreu. Sandra O'Connor juntou-se aos juízes liberais para manter a decisão, mesmo que com algumas alterações. *Casey* autorizou os Estados a restringirem o direito ao aborto desde que estas não representassem um “fardo injusto” às mulheres que desejam abortar.

Apesar de ser, em termos, uma vitória na garantia do direito ao aborto, *Casey* pavimentou o caminho para uma nova estratégia adotada pelos reformadores morais pró-vida. Esta estratégia, que se mostrou muito eficaz, consistia no estabelecimento de diversas restrições por meio de legislações estaduais. De acordo com Martha Chamallas (p. 294), nos anos 1990

(...) a imagem da clínica clandestina foi substituída pela da clínica legal, mas sem o staff necessário e tomada por piquetes de manifestantes pró-vida – a legalização formal não apagou totalmente o estigma do aborto, nem eliminou os obstáculos legais para sua obtenção.

Desse momento até hoje, o aborto têm sido cada vez mais dificultado nos Estados Unidos por conta da cruzada moral bem-sucedida que resultou no *boom legislativo* de restrições estaduais à prática. O número de restrições saltou de menos de 20 em 1990 para 288 no período de 2011-2015 (Nash et al., 2016). Tais medidas não costumam ser embasadas em argumentos médicos, já que 29 Estados instituíram pelo menos duas restrições ao aborto que entram em conflito com evidências científicas (Nash et al., 2018). Além disso, são pouco eficazes: das 106 medidas que foram implantadas no período de 2008 a 2011, poucas ou nenhuma delas foram correlacionadas a qualquer mudança nas taxas de aborto (ibidem). A paulatina reconstrução do aborto como desvio não impediu que as mulheres continuassem recorrendo à prática

Estas regras vêm em formatos variados, com objetivos específicos distintos. Têm-se, por exemplo, normas com o objetivo de desencorajar a gestante a realizar o procedimento, como obrigatoriedade de aconselhamento estatal<sup>10</sup>, períodos mandatórios de espera entre o aconselhamento e o aborto (no geral de 24 horas), requerimento de realização de ultrassom para que a grávida visualize o feto, mesmo que esta não queira e obrigatoriedade de se mostrar representações gráficas do desenvolvimento fetal antes do aborto. Alguns Estados só permitem a realização de abortos em menores de idade mediante consentimento dos pais. Outros permitem que o médico omita informações sobre a viabilidade da gravidez.

8 São eles: Sandra O'Connor, Antonin Scalia e Anthony Kennedy

9 505 U.S. 833 (1992)

10 Nestes aconselhamentos, frequentemente são fornecidas informações enganosas com o objetivo de desencorajar a realização do procedimento.

Há também restrições focalizadas nas clínicas que providenciam aborto, como diminuição do acesso de medicação abortiva e regulações específicas voltadas aos médicos e clínicas. Estas regulações costumam ser tão restritivas quanto as aplicáveis a centros cirúrgicos que realizam operações muito mais arriscadas, e costumam mudar com frequência, justamente para desencorajar as clínicas (Reversing Roe, 2018). Ainda existem iniciativas voltadas a diminuir ou acabar com os recursos públicos destinados ao procedimento, como redução dos fundos públicos destinados a serviços de planejamento familiar que realizam abortos e exclusão destes serviços do Medicaid<sup>11</sup>.

O caso americano nos mostra como o aborto foi construído e posteriormente desconstruído como uma prática desviante. A princípio, tratava-se de conduta socialmente aceita, que foi marginalizada por meio de uma cruzada moral empreendida por religiosos, médicos e políticos. No entanto, movimentos sociais feministas e pró-planejamento familiar fizeram com que a opinião pública mudasse significativamente, invocando razões legítimas (como o direito à autonomia reprodutiva) e ilegítimas (de caráter eugênico e racista) que impulsionaram uma descriminalização gradual da prática, coroada pela decisão *Roe v. Wade*.

No entanto, a descaracterização da prática como desvio não foi definitiva: por meio de um novo empreendimento moral, desta vez realizado por uma coalização entre a direita conservadora e religiosos, o procedimento vem sendo restringido e estigmatizado. Atualmente, a manutenção de *Roe v. Wade* parece cada vez mais frágil. Além das restrições estaduais continuarem aumentando, o presidente Donald Trump já se pronunciou contrário à decisão e indicou um juiz que aparenta ter o mesmo posicionamento, Brett Kavanaugh<sup>12</sup>.

## 5. Conclusão: o aborto é uma prática desviante?

Esta análise tem duas conclusões principais, baseadas no estudo do caso americano sobre a criminalização e posterior descriminalização do aborto. Em primeiro lugar, a prática da interrupção voluntária da gravidez pode ser considerada um desvio histórico e socialmente construído, nos termos de Becker. Em segundo lugar, ela passou a ser vista socialmente como desvio por conta de uma cruzada moral empreendida por grupos que possuíam interesses políticos específicos e diversos da mera proteção da “vida” do feto. Foi “mérito” dos reformadores morais a incorporação da ideia do aborto como desvio nas leis.

Contudo, o caso do aborto é curioso por um motivo: grande parte dos primeiros “empreendedores morais” não eram exatamente “cruzados morais” que se importavam profundamente com

11 O Medicaid é um programa social financiado pelo governo americano em parceria com os estados, que fornece serviços de saúde gratuitos ou a baixo custo para pessoas de baixa renda.

12 Kavanaugh afirmou em 2013 que *Roe v. Wade* “sempre pode ser revertido” (CNN, 2018), mas atualmente afirma que se trata de um “importante precedente”. Trump, por sua vez, afirma que a criminalização do aborto deverá ser realizada Estado por Estado (ibidem).

o conteúdo da regra. Tratavam-se de agentes que tinham outros fins em vista: os religiosos ganharam proteção militar; os políticos resolveram os problemas derivados das baixas taxas de natalidade e os médicos consolidaram sua autonomia profissional. É importante frisar que estes agentes detinham poder social, e, em sua maioria, eram homens que detinham a prerrogativa de controlar o corpo e a sexualidade das mulheres.

A imposição da proibição do aborto criou vários tipos de *outsiders*: mulheres que precisavam abortar, bem como médicos e enfermeiras que se dispunham a realizar o procedimento. Contudo, a reação social ao desvio se mostrou seletiva. As americanas brancas e ricas continuaram realizando o procedimento, mas foram vistas por muito tempo como um perigo para a “raça” americana. Mulheres pobres e negras abortaram em condições muito piores e sofreram esterilização forçada, o que foi tolerado porque sua prole era considerada indesejada.

Por fim, vale frisar que, como Becker comenta no início de sua obra (Becker, 2008, p. 15-16) o desvio não necessariamente precisa ser constituído por meio de uma norma estatal. O caso americano deixa claro que as normas informais podem se sobrepor mesmo à mensagem estatal de tolerância de uma determinada prática, como a legada pela decisão *Roe vs. Wade*.

## Referências bibliográficas

- BBC. O país onde as mulheres podem ser presas por terem aborto espontâneo. Reportagem, 2013. Disponível em: < [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131021\\_aborto\\_el\\_salvador\\_an](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/10/131021_aborto_el_salvador_an)>, acesso em 20.10.2018.
- BEARAK, Jonathan M.; BURKE, Kristen Lagasse; JONES, Rachel K. Disparities and change over time in distance women would need to travel to have an abortion in the USA: a spatial analysis. *The Lancet Public Health*, v. 2, n. 11, p. 493-500, 2017.
- BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. The world's abortion laws map. 2014. Disponível em: <<https://www.reproductiverights.org/document/the-worlds-abortion-laws-map>>, acesso em 28.06.2017.
- CHAMALLAS, Martha. **Introduction to feminist legal theory**. New York: Aspen Publishers, 1999.
- CNN. *Roe v Wade* is ‘precedent,’ Kavanaugh says, but there’s more to the future of abortion. Reportagem, 2018. Disponível em: < <https://edition.cnn.com/2018/09/05/politics/kavanaugh-ro-v-wade-planned-parenthood-casey/index.html>>, acesso em 20.10.2018.
- DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência & Saúde Coletiva*, n. 15, p. 959-966, 2010.
- FREI BETTO. Vidas em suspensão. Artigo de opinião. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs2005200714.htm>>, acesso em 28.06.2017.
- FRENTE DE MULHERES FEMINISTAS (FMF). **O que é o aborto?** São Paulo: Ed. Cortez, 1980.
- G1, Luiza. Lei que prevê imagens de feto antes de aborto no DF espera decisão de Rollemberg.

- Reportagem, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/lei-que-preve-imagens-de-feto-antes-de-aborto-no-df-espera-decisao-de-rollemborg.ghtml>>, acesso em 28.06.2017.
- GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos essenciais da sociologia**. São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- GOLDMAN, Wendy. **Mulher, estado e revolução**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Almedina, 2015.
- JONES, Rachel K.; JERMAN, Jenna. Abortion incidence and service availability in the United States, 2014. *Perspectives on sexual and reproductive health*, v. 49, n. 1, p. 3-14, 2017.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.
- LOOMIS, William F. **Life as it is: biology for the public sphere**. Berkeley: University of California Press, 2009.
- MACHADO, Lia Zanotta. O aborto como direito e o aborto como crime: o retrocesso neoconservador. *Cadernos Pagu*, n. 50, 2017.
- MARTINS, Fernanda; GOULART, Mariana. Feminismo, direito e aborto: articulações possíveis e necessárias para a emancipação de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 123, 2016.
- MIGUEL, Luís Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- NASH, Elizabeth; GOLD, Rachel Benson; ANSARI-THOMAS, Zohra. 2015 year-end state policy roundup. Relatório de pesquisa, 2016. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/article/2016/01/2015-year-end-state-policy-roundup>>, acesso em 20.10.2018.
- NASH, Elizabeth; GOLD, Rachel Benson; MOHAMMED, Lizamarie; ANSARI-THOMAS, Zohra; CAPPELLO, Olivia. Policy trends in the states, 2017. Relatório de pesquisa, 2018. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/article/2018/01/policy-trends-states-2017>>, acesso em 20.10.2018.
- NASH, Elizabeth; GOLD, Rachel Benson; RATHBUN, Gwendolyn; VIERBOOM, Yana. Laws affecting reproductive health and rights: 2014 state policy review. Relatório de pesquisa, 2015. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/laws-affecting-reproductive-health-and-rights-2014-state-policy-review>>, acesso em 20.10.2018.
- REVERSING ROE. Direção: Ricki Stern e Annie Sundberg. Produção: Ricki Stern, Annie Sundberg e Keli Goff. Nova Iorque (EUA): Netflix, 2018.
- SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. de. O aborto: um resgate histórico e outros dados. *Rev. Bras. Cresc. Dás. Hum.*, vol. IV, n. 2, p. 12-17, 1994.
- SEDGH, Gilda; BEARAK, Jonathan; SINGH, Susheela; BANKOLE, Akinrinola; POPINCHALK, Anna; GANATRA, Bela. Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and sub-regional levels and trends. *The Lancet*, v. 388, n. 10041, p. 258-267, 2016.
- SIEGEL, Reva B. Abortion as a sex equality right: its basis in feminist theory. In: FINEMAN, Martha; KARPIN, Isabel (eds). **Mothers in law: feminist theory and the legal regulation of motherhood**. New York: Columbia University Press, 1995.
- SINGH, Susheela; REMEZ, Lisa; SEDGH, Gilda; KWOK, Lorraine. Abortion worldwide 2017: uneven progress and uneven access. Relatório de pesquisa, 2018. Disponível em: <<https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-2017>>, acesso em 20.10.2018.

THE MARGARET SANGER PAPERS PROJECT NEWSLETTER (MSPPN). The Sanger-Hitler equation. 2002-2003. Disponível em: <[http://www.nyu.edu/projects/sanger/articles/sanger-hitler\\_equation.php](http://www.nyu.edu/projects/sanger/articles/sanger-hitler_equation.php)>, acesso em 28.06.2017.

THE WASHINGTON POST. CHARTS: How Roe v. Wade changed abortion rights. Reportagem, 2013. Disponível em: <[https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/01/22/charts-how-roe-v-wade-changed-abortion-rights/?utm\\_term=.0cd9078119e0](https://www.washingtonpost.com/news/wonk/wp/2013/01/22/charts-how-roe-v-wade-changed-abortion-rights/?utm_term=.0cd9078119e0)>, acesso em 20.10.2018.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto e legislação comparada. *Ciência e cultura*, v. 64, n. 2, 40-44, 2012.

ZIEGLER, Mary. Beyond backlash: legal history, polarization and Roe v. Wade. *Washington and Lee Law Review*, v. 71, n. 2, p. 969-1021, 2014.

## SOBRE A AUTORA:

### **Heloisa Bianchini**

Mestranda em Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e graduada na mesma instituição. Pesquisadora do Núcleo de Direito dos Negócios e do Grupo de Pesquisas em Direito, Gênero e Identidade, ambos da FGV Direito SP. Graduanda no programa Licence Droit Économie et Gestion mention Droit pela Université de Saint-Étienne (pertencente ao complexo Université de Lyon) através do convênio PITES-FAPESP.

# ERICH FROMM: DA UTOPIA MESSIÂNICA À CRIMINOLOGIA CRÍTICA

---

ERICH FROMM: FROM MESSIANIC UTOPIA TO CRITICAL  
CRIMINOLOGY

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# ERICH FROMM: DA UTOPIA MESSIÂNICA À CRIMINOLOGIA CRÍTICA<sup>1</sup>

## ERICH FROMM: FROM MESSIANIC UTOPIA TO CRITICAL CRIMINOLOGY

---

**MICHAEL LÖWY**

Michael.lowy1@gmail.com

Diretor emérito de pesquisas do *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS - França)

---

**Resumo:** Este capítulo explora os primeiros trabalhos de Erich Fromm nos anos 1920-1930, em particular, sua “afinidade eletiva” com o messianismo judaico, examinando as ligações entre o pensamento de Fromm, a tradição do marxismo messiânico e também os trabalhos de Freud, a partir do quais ele constrói as bases de desenvolvimento de uma criminologia crítica. Prossegue mostrando como o autor desenvolve uma profunda ligação entre justiça punitiva (sistema penal) e sociedade de classes, transformando sua religiosidade numa dimensão utópica, que lhe permite conceber um outro modelo de sociedade oposta à sociedade capitalista.

**Palavras-chave:** Sistema de Justiça Penal. Justiça Punitiva. Criminologia crítica. Escola de Frankfurt. sociedade de classes. Ética econômica. Marxismo. Crítica Freudiana. Judaísmo.

**Abstract:** This chapter explores Erich Fromm’s early works of the 1920–1930s, in particular, its ‘elective affinity’ with Jewish messianism, and examines the links between Fromm’s work and the tradition of messianic Marxism and Freud’s theory from which it draws its significance for the development of a critical criminology. It goes on to show how the author develops a deep connection between punitive justice and class society, transforming his religiosity into a utopian dimension that allows him to conceive another model of society opposed to capitalist society.

**Keywords:** Criminal Justice System. Criminal Justice. Critical Criminology. Frankfurt School. Class Society. Economic Ethic. Punitive Justice. Marxist criticism. Freudian criticism. Judaism.

---

<sup>1</sup> Traduzido por ‘Ariani Bueno Sudatti’ - Mestre e Doutora em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da USP, Pós-Doutora em Literatura e História Literária pelo Departamento de Teoria Literária do IEL/ UNICAMP.

Erich Fromm (1900-1980) é muito conhecido pelos seus ensaios na psicologia social, a maior parte deles escrito depois do seu exílio nos Estados Unidos, no final dos anos 30. Mas seus trabalhos anteriores – de 1922 a 1931 – são muito criativos, bem como politicamente radicais, merecendo ser discutidos. Eles têm alguns aspectos em comum: uma compreensão messiânica do Judaísmo, uma rejeição Freudiana-Marxista do capitalismo como sistema socioeconômico; uma crítica antiautoritária da justiça penal; e a aspiração por uma utopia socialista com raízes religiosas. Esses elementos reunidos estruturam um pensamento original e subversivo.

Depois de participar, com Martin Buber e Franz Rosenweig, da fundação da Casa Livre de Estudos Judaicos em Frankfurt, o jovem Fromm – naquele tempo um judeu convicto, apresenta em 1922, na Universidade de Heidelberg, sua tese de doutorado, orientada pelo sociólogo Alfred Weber, com o título *A Lei Judaica. Contribuição para a sociologia da Diáspora Judaica*; a qual seria publicada apenas setenta anos mais tarde, depois de sua morte. Pertencente à tradição da sociologia da cultura alemã, buscando entender a relação entre cultura religiosa e ética econômica, acaba tendo uma surpreendente tônica anticapitalista. Em uma das partes mais interessantes do livro, chamada “Labor e vocação (*Beruf*) no judaísmo rabínico”; diretamente inspirada por Max Weber, Fromm tenta demonstrar que, ao contrário da ética protestante, a judaica não é favorável ao espírito do capitalismo. A ética econômico-judaica seria, na terminologia de Weber, tradicionalista: o conhecimento e não o labor se coloca como o valor supremo; não por acaso, na narrativa bíblica da expulsão do paraíso, o trabalho é apresentado como uma maldição. Alternando citações bíblicas, talmúdicas e ... weberianas, Fromm argumenta: “em contradição direta com as concepções puritanas”, a ética judaica não considera a aquisição de riqueza como um dever para com Deus; representando, portanto, “uma atitude não capitalista em relação à economia”. Certamente, pode-se encontrar, nos tempos modernos, capitalistas judeus, mas, como Weber mostrou, trata-se de um “capitalismo pária”, especulativo, político e aventureiro, em contraste com o etos puritano do empreendimento burguês racional, com sua organização racional do trabalho.<sup>2</sup>

O último capítulo do livro é dedicado ao Hassidismo, movimento popular místico, fundado na Polônia pelo rabino Isaac Ben Eliezer (1700-1760), o Baal Shem Tov (em hebraico ‘Mestre do Bom Nome’), que Fromm define como um “Movimento social-religioso de auto-emancipação”, radicalmente oposto ao espírito burguês capitalista. Por seu democratismo radical e seu misticismo comunitário, ele representa um “princípio social-religioso revolucionário”. E por sua prática de fraternidade e ajuda mútua, ou ainda por sua mentalidade econômica tradicionalista (*Gesinnung*), o hassidismo desenvolve uma “atitude totalmente anticapitalista”.<sup>3</sup>

Em 1924, Erich Fromm estabeleceu-se em Heidelberg, onde foi paciente da psicanalista

2 Erich Fromm, *Das jüdische Gesetz. Zur Soziologie des Diaspora-Judentums*, org. por Ranier Funk e Bernd Sahrler, Basel, Beltz 1989, pp. 41-54.

3 Ibid. pp. 161-184

freudiana-ortodoxa Frieda Reichmann, com quem se casou em 1926. Provavelmente, foi o impacto de sua análise que o fez perder sua fé religiosa - mesmo que seu pensamento permanecesse sempre profundamente tingido de religiosidade. Em 1927, publicou seu primeiro trabalho psicanalítico, na Revista *Imago*, editada por Sigmund Freud. O artigo, *Der Shabbath*, é uma peça bastante surpreendente com um poderoso ímpeto messiânico, apesar da linguagem científica. Segundo Fromm, a interdição do trabalho durante o sábado judaico significa uma suspensão da violação da Mãe Terra pelo homem. Proibindo estrita e severamente qualquer forma de trabalho durante o sábado, a religião judaica buscava o restabelecimento (*Wiederherstellung*) do estado paradisíaco sem trabalho, a harmonia entre o homem e a natureza. De acordo com Fromm:

“Os profetas consideravam o tempo messiânico como uma condição na qual a luta entre o homem e a natureza chegaria ao fim (...) Se o homem fosse expulso do Paraíso porque quisera ser como Deus - isto é, igual ao pai, capaz de conquistar a mãe - e se o trabalho era punição para essa brecha primal (*Urverbrechen*), então, segundo os profetas, no período messiânico, os seres humanos viveriam mais uma vez em completa harmonia com a natureza, ou seja, sem ter que trabalhar, no Paraíso, o equivalente ao ventre da mãe”.<sup>4</sup>

Mais uma vez, a religião judaica está se opondo à ética protestante do trabalho, como em sua tese de doutorado, mas desta vez com um argumento freudiano específico e um horizonte messiânico-utópico.

Em 1930, Fromm foi nomeado por Max Horkheimer – o chefe do Instituto de Pesquisa Social (a Escola de Frankfurt) – diretor da Seção de Psicologia Social da I.P.S. A tentativa de Fromm de combinar o marxismo e o freudismo está no cerne de suas obras nos anos seguintes. Seu primeiro trabalho importante neste campo - publicado pela primeira vez como um grande ensaio na revista *Imago* de Freud – foi o livro *O dogma de Cristo* (1931): esse novo interesse pelos evangelhos não está em desacordo com suas preocupações judaicas anteriores, já que ele considera o cristianismo como um sucessor direto do messianismo judaico, lutando contra o império romano.

Na opinião de Fromm, o cristianismo era originalmente “um movimento revolucionário messiânico”, trazendo a mensagem da expectativa escatológica, a iminência do Reino de Deus. A comunidade cristã primitiva era “uma irmandade de pessoas pobres e livre”, intensamente hostil a toda autoridade ou poder “paterno”. O mito cristão original mostrava Cristo como o Messias sofredor que foi elevado à dignidade de Deus; isso trazia uma hostilidade oculta a Deus, o Pai, o Imperador e a autoridade em geral. O cristianismo era a expressão das tendências revolucionárias, das expectativas e anseios das massas oprimidas - primeiro judeus e depois gentios – que se agrupavam em uma “organização comunitária sem autoridades, status ou burocracia”.<sup>5</sup>

Contudo, a partir do terceiro século, os fundamentos sociais do cristianismo foram

4 E.Fromm, “Der Sabbath”, *Imago*, vol. XIII, Vienna, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, 1927, pp. 226, 228, 233.

5 E.Fromm, *The Dogma of Christ and Other Essays on Religion, Psychology and Culture*, New York, Holt, Rhinehart and Winston, 1963, pp. 35-49.

transformados, quando se tornou a religião das classes superiores do Império Romano. As crenças sobre Cristo foram então profundamente modificadas: o homem elevado à dignidade de Deus tornou-se o Filho do Homem, que sempre foi Deus (dogma da consubstanciação). Ao mesmo tempo, a esperança escatológica de libertação histórica real foi gradualmente substituída pela ideia de que a salvação seria uma libertação interna, espiritual, não histórica e individual. Finalmente, em íntima associação com essa negação do messianismo, houve uma crescente reconciliação entre Igreja e Estado. Em outras palavras, “o cristianismo, que era a religião de uma comunidade de irmãos iguais, sem hierarquia ou burocracia, tornou-se “a Igreja”, a imagem refletida da monarquia absoluta do Império Romano”. Juntamente com essa transformação de uma confraria livre em uma organização autoritária e hierárquica, houve também uma mudança psíquica: aquela hostilidade em relação ao pai, o desprezo cristão primitivo pelos ricos e poderosos, por toda autoridade, foi sendo substituído por reverência e subordinação às novas autoridades administrativas. Impulsos agressivos, originalmente dirigidos contra o pai, voltaram-se contra o eu de uma maneira que não representava perigo para a estabilidade social; induzindo assim, um sentimento geral de culpa - junto com uma necessidade masoquista de expiação.<sup>6</sup>

O Dogma de Cristo foi saudado por Franz Borkenau no *Zeitschrift für Sozialforschung* – a Revista do Instituto de Pesquisa Social – como o primeiro exemplo concreto de uma síntese entre Freud e Marx.<sup>7</sup> Apesar de não pertencer ao grupo central, Fromm foi associado à Escola de Frankfurt durante a década de 1930 e publicou vários ensaios e artigos em sua revista, que foi editada por Max Horkheimer.

O que chama a atenção em sua interpretação do marxismo e do freudismo é sua forte orientação antiautoritária. Encontramos a mesma tendência em seus ensaios de criminologia, publicados na mesma época, 1930-1931. Em grande parte esquecidos durante décadas<sup>8</sup>, estes ensaios foram recentemente traduzidos para o inglês e editados, por Kevin Anderson e Richard Quinney, com vários outros ensaios sobre Fromm. Em seu prefácio, os dois editores enfatizam a importância da crítica humanista de Fromm à justiça penal visando uma criminologia crítica e sua relevância em uma sociedade americana que parece inclinada, em grau sem precedentes, à prisão em massa e a execuções, como resposta ao problema do crime.<sup>9</sup>

O primeiro desses artigos, “O Estado como Educador: Sobre a Psicologia da Justiça Criminal” (*Der Staat als Erzieher: Zur Psychologie der Straffjustiz*), apareceu na revista sobre

6 *Ibid.* pp. 56-65.

7 Apud Martin Jay, *The Dialectical Imagination. A History of the Frankfurt School and the Institute of Social Research*, Boston, Little Brown and Company, 1973, p.91.

8 Eu discuto brevemente esses artigos no meu livro *Redemption and Utopia. Libertarian Judaism in Central Europe. A Study in Elective Affinities*, Stanford, Stanford University Press, 1980, pp. 153-154.

9 *Erich Fromm and Critical Criminology. Beyond the Punitive Society*, Edited by Kevin Anderson and Richard Quinney, traduzido para o alemão e anotado por Heinz D.Osterle and Kevin Anderson, Urbana, University of Illinois Press, 2000, p. vii.

psicanálise educacional, *Zeitschrift für psychoanalytische Pädagogik*, n.º 4.1, janeiro de 1930. Entre os editores da revista estão: Siegfried Bernfeld – um marxista-freudiano que foi uma referência importante para Erich Fromm – Sandor Ferenczi, Anna Freud e outros. O objetivo do ensaio é lidar com as características problemáticas de instituições autoritárias, como o sistema judicial.<sup>10</sup> O ponto de partida de Fromm são os primeiros trabalhos psicanalíticos sobre criminologia de Fritz Wittels, Franz Alexander e Hugo Staub - todos publicados em 1928 - que documentam o quase total fracasso dos objetivos oficiais declarados pela justiça punitiva (*Straffjustiz*): a recuperação ou correção do criminoso, ou a dissuasão do crime. Agora, se o sistema de justiça criminal é tão ineficaz na consecução de seus próprios objetivos, quais são as razões pelas quais as forças dominantes da sociedade mantêm tais medidas com tanta determinação?<sup>11</sup>

A resposta de Fromm é uma poderosa e original acusação marxista-freudiana da justiça punitiva (*Straffjustiz*) como um meio de dominação de classe:

“De maneira alguma a estabilidade da estrutura social depende unicamente da força dos instrumentos externos de poder (...). Com certeza, a polícia e os militares são fortes apoios para a sociedade, mas eles podem - como mostra a história das revoluções - apenas cumprir suas obrigações quando um fator adicional entra em jogo. Este fator adicional é a prontidão psíquica da grande maioria para se ajustar (*sich einzufügen*) à sociedade existente e subordinar-se (*sich unterzuordnen*) aos poderes dominantes. “Há, é claro, uma grande diversidade de tais “fatores psíquicos” - e Fromm se refere ao ensaio de Siegfried Bernfeld, de 1928, sobre o lugar da escola na luta de classes -, mas um dos mais importantes fatores é justamente a justiça punitiva:

“A sociedade contemporânea, como todas as anteriores, baseia-se na severa renúncia instintiva (*Triebverzicht*) por parte das massas, na subordinação das massas às camadas dominantes e, do lado psicológico, na crença de que as relações sociais existentes são necessárias (*Notwendig*); especificamente, que elas estão fundadas num insight de superioridade e sabedoria dos governantes. Essas atitudes psíquicas têm seu modelo e sua origem na atitude da criança para com o pai. (...) A atitude psíquica (*seelische Einstellung*) da criança em relação ao pai é a mesma que os Estados desejam e consideram necessária para a grande massa de seus cidadãos. O Estado deve usar todos os meios possíveis para se apresentar às massas como imagem paterna (*Vaterimago*), e desta forma, tornar possível ao indivíduo transferir sua atitude anterior em relação ao pai para os governantes”<sup>12</sup>.

Em outras palavras: o objetivo principal da justiça punitiva não é “reeducar” os criminosos, mas “educar” as pessoas:

“Resta claro, portanto, porque deve haver um sistema de justiça punitiva, independente de seu efeito (*Einwirkung*) sobre os criminosos. É uma instituição através da qual o Estado impõe sua vontade como imagem paterna no inconsciente das massas, na qual se repete uma importante função do pai, seu poder de punir e ameaçar. Isto é mais claramente visível na pena de morte.”<sup>13</sup>

10 *ibid.* p. 124. O tradutor verteu a expressão *autoritätsgetragen* para “venerable established institutions”; Eu prefiro “authoritarian institutions” (instituições autoritárias).

11 Nota do autor: O tradutor do texto alemão para o inglês usou “criminal justice”, “justiça criminal” para o termo alemão *Straffjustiz*; Prefiro “justiça punitiva”...

12 E. Fromm, “The State as Educator; On the Psychology of Criminal Justice”, in *Erich Fromm and Critical Criminology*, pp. 124-125. O tradutor adotou a expressão “criminal justice” para se referir à *Straffjustiz*. Eu prefiro uma tradução mais literal e por isso adoto “justiça punitiva”.

13 *Ibid.* p. 126.

Fromm não menciona o fascismo - em 1930, pois o perigo do nazismo não parecia iminente –, mas sua análise é bastante relevante para compreender as raízes psicológicas dos desenvolvimentos que ocorreram depois de 1933, sob a ditadura do Führer Adolf Hitler. A conclusão do ensaio é um apelo mal disfarçado para um revolucionário radical? – A transformação da sociedade:

“O resultado dessas considerações é que todo o insight sobre a ineficácia do sistema de justiça punitiva contemporâneo em relação ao criminoso dificilmente levará a mudanças básicas no sistema, contanto que a estrutura peculiar (*Eigenart*) da sociedade atual prevaleça. A sociedade precisa do sistema de justiça punitiva para fins que nada têm a ver com abordagens eficazes (*zeckmässiges Verhalten*) em relação ao criminoso. O sistema de justiça criminal é um instrumento para “educar” (*Erziehung*) as massas, no sentido de fixá-las artificialmente à situação em que uma pessoa é “educada” (*erzogen*). É a situação da criança que reverencia o pai”.<sup>14</sup>

A crítica antiautoritária, quase anarquista, do poder do Estado, do domínio de classe e da dominação do Pai – comum a este ensaio e ao livro sobre o cristianismo – é um dos traços distintivos dos primeiros escritos freudiano-marxistas de Fromm.

O segundo artigo de Fromm em “criminologia crítica”, “Sobre a psicologia do criminoso e da sociedade punitiva” (*Zur Psychologie des Verbrechers und der Strafenden Gesellschaft*), foi publicado no ano seguinte (1931) na revista oficial freudiana *Imago*. É menos radical que o primeiro, mas em grande parte segue uma orientação similar. A primeira parte, a menos interessante, trata da psicologia neurótica do criminoso e da respectiva importância dos motivos econômicos e instintivos do crime. Fromm também discute os estudos dos criminologistas liberais, Franz von Liszt e Gustav Aschaffenburg, que documentam o fracasso da punição legal para alcançar seus objetivos oficiais: recuperação do criminoso, dissuasão do crime e proteção da sociedade. Se esse é o caso, por que a sociedade mantém medidas cuja ineficácia com relação aos propósitos pretendidos foi claramente demonstrada? “Aparentemente, o sistema de justiça punitiva também tem outra, como se fosse uma função oculta, que funciona satisfatoriamente e com precisão. É por causa dessa função oculta que o sistema não está sendo abandonado, embora seja manifestamente incapaz de cumprir seus objetivos oficialmente declarados”.<sup>15</sup>

O que seria essa “função oculta”? Tentando responder a tal pergunta, na última parte do ensaio, Fromm assume uma posição semelhante a de seu artigo anterior, denunciando, em uma composição ímpar de instrumentos analíticos de referências marxistas e freudianas, a verdadeira missão da justiça punitiva. Seu primeiro passo é deixar claro que a dominação não pode existir sem alguns requisitos psíquicos:

“Toda sociedade de classes é caracterizada pela dominação de uma classe sobre outra, mais especificamente, pelo pequeno estrato da propriedade sobre a grande massa daqueles destituídos de propriedade. Os meios pelos quais essa dominação é exercida são bastante

14 *Ibid.* pp. 126-127.

15 E.Fromm, “On the Psychology of the Criminal....” in *Erich Fromm and Critical Criminology*, cit. p 144.

variados”. Eles incluem, é claro, a violência, porém mais importantes ainda são os meios psicológicos, que tornam necessária a violência explícita apenas em casos excepcionais. “Esse meio psicológico consiste no fato de que as massas são colocadas em uma situação de apego psíquico e dependência da classe dominante ou de seus representantes para que eles a obedeçam e se subordinem a ela sem que seja necessário apelar ao uso da violência”.<sup>16</sup>

O argumento de Fromm parece ser uma tentativa de dar um fundamento freudiano ao conceito de “servidão voluntária”, elaborado no século XVI por Etienne de la Boétie, o qual foi traduzido para o alemão no início do século XX pelo anarquista judeu-alemão Gustav Landauer, cujos escritos eram familiares a Fromm.

Qual é o significado da justiça punitiva nesta configuração psíquica? De acordo com Fromm:

“É um dos requisitos mais importantes para a estabilidade social da sociedade de classes que as massas transfiram essa atitude infantil da criança para com o pai em relação à classe dominante e seus representantes. (...) Os meios pelos quais a classe dominante se impõe sobre as massas como figura paterna são bastante variados. Um deles, e não o menos importante, é a justiça punitiva. Demonstra um dos atributos mais essenciais do pai, seu poder de punir, e gera o medo que torna uma atitude de reverência amorosa preferível à rebelião. (...) Portanto, o Estado, como representante da classe dominante, deve atribuir a si mesmo esse poder de punir”.<sup>17</sup>

Para concluir: “A justiça punitiva é um requisito psicológico indispensável para uma sociedade de classes”.<sup>18</sup> Segundo Erich Fromm, a crítica radical de *Strafjustiz* é inseparável de um enfrentamento radical da dominação de classe, do Estado e da autoridade paterna e, portanto, está implícita numa utopia emancipatória. Como Kevin Anderson muito perspicazmente comenta, “as formulações de Fromm, enraizadas numa perspectiva dialética e humanista, apontam para além do estado de coisas existente em direção a uma sociedade humanista mais pacífica, livre de repressão (...) na qual os seres humanos pudessem exercer livremente suas capacidades criativas. Foi a partir desse ponto de vista que ele estruturou uma crítica radical do sistema de justiça punitiva na perspectiva de uma sociedade de classes”.<sup>19</sup> Essa utopia de uma sociedade liberta e pacífica, sem *Strafjustiz*, é uma versão secularizada e profana da utopia messiânica de seus primeiros escritos.

<sup>16</sup> *Ibid.* p.145.

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 145-146.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 147.

<sup>19</sup> Kevin Anderson, “Erich Fromm and the Frankfurt School Critique of Criminal Justice”, em *Erich Fromm and Critical Criminology*, p. 113.

## Referências bibliográficas:

- ANDERSON, K. and QUINNEY, R. (eds). **Erich Fromm and Critical Criminology: Beyond the Punitive Society**. Urbana: University of Illinois Press. (2000)
- ANDERSON, K. 'Erich Fromm and the Frankfurt School Critique of Criminal Justice', in Anderson, K. and R. Quinney (eds). **Erich Fromm and Critical Criminology: Beyond the Punitive Society**. Urbana: University of Illinois Press. (2000)
- FROMM, Erich. 'Der Sabbath', *Imago*. Vienna: Internationaler Psychoanalytischer Verlag, XIII: 226–233. (1927)
- \_\_\_\_\_. 'Der Staat als Erzieher: Zur Psychologie der Strafjustiz'. *Zeitschrift für psychoanalytische Pädagogik*, 4:1. 1930.
- \_\_\_\_\_. 'The State as Educator: On the Psychology of Criminal Justice', in K. Anderson and R. Quinney (eds). **Erich Fromm and Critical Criminology: Beyond the Punitive Society**. Urbana: University of Illinois Press. 1930.
- \_\_\_\_\_. 'On the Psychology of the Criminal and the punitive society', in K. Anderson and R. Quinney (eds). **Erich Fromm and Critical Criminology: Beyond the Punitive Society**. Urbana: University of Illinois Press. 1931.
- \_\_\_\_\_. **The Dogma of Christ and Other Essays on Religion, Psychology and Culture**. New York: Hold, Rhinehart and Winston. 1963.
- \_\_\_\_\_. **Das jüdische Gesetz: Zur Soziologie des Diaspora Judentums**. Basel, Beltz: Ranier Funk and Bernd Sahrler. 1989.
- JAY, M. **The Dialectical Imagination: A History of the Frankfurt School and the Institute of Social Research**. Boston: Little Brown and Company. 1973.
- LÖWY, Michael. **Redemption and Utopia: Libertarian Judaism in Central Europe: A Study in Elective Affinities**. Stanford: Stanford University Press. 1980.

## SOBRE O AUTOR:

### Michael Löwy

Sociólogo nascido no Brasil, formado em Ciências Sociais na Universidade de São Paulo, foi professor da École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS, França) e Diretor emérito de pesquisas do *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS - França).

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**A JUSTIÇA PROCESSUAL PENAL  
LUSÓFONA EM TRANSIÇÃO NO  
ÂMBITO DE UMA SOCIEDADE DO  
RISCO E DA PÓS-MODERNIDADE  
INDUSTRIAL: entre a law and  
economics, a behavioral law and  
economics e a maximização da  
justiça consensual**

---

THE LUSOPHONE CRIMINAL PROCEDURAL JUSTICE IN TRANSITION  
WITHIN A RISK AND INDUSTRIAL POST-MODERNITY SOCIETY:  
between law and economics, a behavioral law and economics  
and the maximization of consensual justice

# A JUSTIÇA PROCESSUAL PENAL LUSÓFONA EM TRANSIÇÃO NO ÂMBITO DE UMA SOCIEDADE DO RISCO É DA PÓS-MODERNIDADE INDUSTRIAL: entre a law and economics, a behavioral law and economics e a maximização da justiça consensual

THE LUSOPHONE CRIMINAL PROCEDURAL JUSTICE IN TRANSITION WITHIN A RISK AND INDUSTRIAL POST-MODERNITY SOCIETY: between law and economics, a behavioral law and economics and the maximization of consensual justice

---

**Hugo Luz dos Santos**

Magistrado do Ministério Público/Teaching Assistant da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China  
hugo.miguel.luz@gmail.com

---

**Resumo:** O presente artigo científico pretende lançar luz sobre as candentes temáticas da economia do direito e da economia comportamental do direito no âmbito do direito processual penal. O direito processual lusófono atravessa momentos de profunda transição, que o presente artigo pretende conferir o devido relevo. Principalmente sobre o ponto de vista da maximização da justiça consensual: um imperativo categórico para a viabilidade e sustentabilidade do direito processual do futuro.

**Palavras-Chave:** Maximização da justiça consensual; Law and economics; Behavioral law and economics, sociedade do risco.

**Abstract:** This very scientific article intends to drill into, and shed light on, the candent topics of law and economics behavioral law and economics on the breadth and scope of criminal procedural law. Portuguese's speaking countries criminal procedure law is currently undergoing moments of profound transition and overhauling, to which this very scientific article aims to highlight its momentous importance. Chiefly from the consensual justice maximization standpoint: a categorical imperative as for the feasibility and sustainability of the criminal procedural law of the forthcoming future.

**Keywords:** Consensual justice maximization; Law and economics; Behavioral law and economics; society of risk.

## 1. Introdução: a justiça penal em transição no âmbito de uma sociedade do risco e da pós-modernidade

a) A imperiosidade de um sistema de justiça materialmente justo, célere e eficaz, no concerne ao combate da criminalidade complexa, e, principalmente, no respeito ao tratamento da pequena e média criminalidade, é uma reivindicação ancestral da sociedade tomada no seu todo<sup>1</sup>. É mesmo uma imperatividade que emerge da profunda transformação (e transição) operada pelos «ventos» da sociedade do risco e da pós-modernidade industrial. Esta é uma realidade lusófona<sup>2</sup> que se estende das margens do Tejo (Portugal) até às franjas do Delta do Rio das Pérolas (Região Administrativa Especial de Macau, China)<sup>3</sup>.

Essa reivindicação radica na convicção, comunitariamente suportada<sup>4</sup>, de que o tratamento da criminalidade complexa e altamente organizada<sup>5</sup>, não raro com ramificações plurilocalizadas, dentro e fora do espaço comunitário, peticiona o chamamento à colação de ferramentas de investigação criminal que possam (desejavelmente) garantir a perseguição criminal dessa mesma criminalidade. Consubstanciado na efetivação da pretensão punitiva do Estado encabeçada pelo titular da ação penal (o Ministério Público)<sup>6</sup>, nos quadros de uma estrutura

1 HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Reforma do Código do Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo : entre a *Law and Economics Posneriana* (MDR) e a Maximização da Justiça Consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?”, in: O Direito, Ano 147, I (2015), Coimbra, Almedina, pp. 159-186, que, com assinaláveis atualizações temáticas, dogmáticas, bibliográficas e jurisprudenciais, seguiremos de perto.

2 HUGO LUZ DOS SANTOS, “Multilevel justice or multilayered justice: court management and cultural roots: to what extent does that linkage fosters alternative dispute resolution?”, *Framing the Civil Court Structure from a Case Management Perspective – A comparative Study of Mainland China, Taiwan, Hong Kong and Macau*, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2019, *passim*.

3 HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Crime de branqueamento de capitais e o crime de precedente em Macau e em Portugal: concurso efectivo? Adequação social e exclusão da tipicidade?”, in: *Revista do Ministério Público*, n.º 143, Julho-Setembro 2015, *passim*.

3 Para fazer face à criminalidade complexa, altamente organizada, e propulsora de elevados réditos patrimoniais, de que o crime de branqueamento de capitais é o espelho idóneo, “foi eliminada a referência aos arts.º 226.º e 227.º do Código Penal que constava do proémio de 1997, por desnecessária; pela mesma razão, foram suprimidas as referências a “no todo ou em parte” e a “direta e indiretamente”; a referência a “pessoa implicada” foi substituída por uma outra, mais precisa, o “autor ou participante”; onde a lei se referia ao propósito de se “eximir às consequências”, o texto agora alude ao propósito de evitar que uma pessoa seja penalmente perseguida ou submetida a uma reação penal; a lei de 1997 referia-se ao facto principal como sendo um «crime» ao passo que a lei atual fala de «ilícito – típico»; a referência “a propriedade ou outros direitos” passou a ser referida “titularidade”; seguimos textualmente, JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, 2009, p. 14, disponível em *ssrn.com*. (acesso: 15/05/2018).

4 Em língua chinesa, LEONG CHENG HANG/ HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜姮, 雨果: 第七章 葡萄牙衛生基本法, 《部分國家衛生基本法研究》, 法律出版社, Pequim, Law Press China, 2017年版, 第115頁至第127頁.

5 A Região Administrativa Especial de Macau investiu em mecanismos jurídicos de “reação rápida”, no que respeita ao combate à criminalidade complexa, altamente organizada. Mecanismos que foram criados na sequência de uma onda de criminalidade que, ao tempo (1996-1997), assolou a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), emergente da digladição de clãs criminosos pelo controlo de rendimentos resultantes da exploração de “salas VIP” de jogos de fortuna e azar nos casinos locais; ANGELA VENG MEI LEONG, “Macau casinos and organised crime”, in: *Journal of Money Laundering Control*, 2004, pp. 298 e ss; MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, “Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada”, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Organizadores: MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ DE FARIA COSTA, ANABELA RODRIGUES e MARIA JOÃO ANTUNES, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 85 e ss.

6 Sempre sob os auspícios do princípio-garantia do princípio da legalidade penal (art.º 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa; art.º 1.º, n.º 1 e 3, do Código Penal de Portugal; equivalente ao art.º 29.º, da Lei Básica de Macau; art.º 1.º, n.º 1 e 3, do Código Penal de Macau); Na doutrina alemã, THOMAS ROTH, *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, 3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, § 76 e ss; neste sentido, do ponto de vista da defesa da legalidade, JOÃO CONDE CORREIA, “Concordância Judicial à Suspensão Provisória do Processo: equívocos que persistem”, in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, Ano 30, n.º 117, Janeiro-Março de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 53, nota 22; no mesmo sentido, referindo-se “à obediência à lei”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “A Autonomia do Ministério Público e o seu Dever de Prestar Contas à Comunidade: Um Equilíbrio Difícil”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 205-208; também na doutrina austríaca, ANDREAS VENIER, *Einstellung und Anklage im neuen Strafprozessrecht*, Wien, ÖJZ, 2007, p. 911.

acusatória<sup>7</sup>(art.º 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa) e do respeito escrupuloso pelo (polémico) princípio da ofensividade<sup>8</sup>.

É consabido que a curial e proficiente perseguição criminal da denominada criminalidade complexa exige, a dois tempos, mas a velocidades simétricas, por um lado, uma maior alocação de meios logísticos e humanos para a perfectibilização desse escopo de perseguição criminal. Por outro lado, sem prescindir, a uma maior alocação de meios logísticos e humanos corresponderá, natural e necessariamente, a uma maior eficácia no tratamento da criminalidade da pequena e média criminalidade. Essa eficácia consubstancia-se, a montante, na escolha de mecanismos de consenso e diversão que visem, por um lado, promover a pacificação social abalada com a prática do crime, e, por outro lado, promover a racionalização, maximização e otimização dos meios

7 No que se refere à estrutura acusatória do processo penal, na doutrina italiana, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta Editorial, 1999, pp. 23-34; SELMA PEREIRA DE SANTANA, “Garantismo Penal à Brasileira”, in: *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünnerfeld*, Organizadores: Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Helena Moniz / Sónia Fidalgo; Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 663; na doutrina italiana, MICHELE SAPIGNOLI, “Giusto processo e cultura giuridica interna: i risultati di alcuni studi empirici”, in *AAVV, Giusto Processo*, Padova, Cedam, 2006, pp. 185-190; MARIO CHIAVARIO *et alii*, *Commentario Costituzionale al Codice di Procedura Penale*, 4.ª edizione, Padova, Cedam, 2003, pp. 260 e ss.; na doutrina alemã, KÜHNE HANS-HEINER, *Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003, pp. 310-320.

8 O princípio da ofensividade pode ser (e bastas vezes tem-no sido) reconduzido ao *harm principle* inicialmente formulado pela doutrina inglesa (John Stuart Mill) como o único princípio juridicamente válido e vinculativo para a limitação da liberdade dos cidadãos. O *harm principle* foi, mais tarde, laboriosamente trabalhado por reputada doutrina norte-americana, JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1988, p. XIX, do seguinte modo: “é sempre uma boa razão para fundar uma legislação penal que esta seja eficaz na prevenção (eliminação, redução) do dano para outras pessoas que não o agente (aquele proibido de agir) e não haja outros meios igualmente eficazes a custos não mais elevados para outros valores”; por essa razão, é comum o entendimento (quase se diria esmagadoramente maioritário) de que estando em causa “a conservação e a salvaguarda dos bens colectivos necessários para a existência e capacidade de funcionamento da sociedade, existe um dever de cooperação”; NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 12 e ss, que seguimos de muito perto; na doutrina do direito comparado da Alemanha, VON HIRSCH/WOHLERS, “Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur...”, *cit.*, p. 208; na doutrina do direito comparado de RAFAEL ALCÁCER GUIRAO “La protección del futuro y los daños cumulativos”, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 54, I, 2001, pp. 168 e ss; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Tributário*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 55 e s. A defesa dos bens jurídicos colectivos e supra-individuais, realizada no perímetro dogmático do princípio da ofensividade, nem sempre mereceu a concordância da doutrina portuguesa, brasileira e alemã. Doutrina que, ancorada da ideia da suficiência das estruturas dogmáticas tradicionais do direito penal para fazer face aos desafios (cada vez mais prementes e inegáveis) da sociedade do risco e da sociedade da pós-modernidade, argumenta que não há necessidade nenhuma da figura da acumulação, “porque afinal qualquer conduta que caiba na previsão típica de um crime contra bens jurídicos coletivos, mesmo que praticamente insignificante, pode qualificar-se como lesão do bem jurídico e permite que a incriminação seja classificada como crime de dano assim ficando resolvidos todos os problemas de legitimidade, dado que é uma lesão que está em causa! Isto quando salta à vista que não é em função de uma lesão, de um perigo concreto ou de uma imediata perigosidade concreta para o bem jurídico coletivo que o legislador criminaliza condutas que a eles se oponham. Na realidade, perante um conjunto amplo de tipos incriminadores afetos à sua tutela baldeadamente se procurará estabelecer um relacionamento entre a conduta típica e o bem jurídico com base numa conexão de lesão ou de perigo, mesmo de perigo abstrato, pois a conduta descrita no tipo e que o legislador teve em mente prevenir sob ameaça de pena não é, as mais das vezes, por si só adequada para determinar uma lesão ou um perigo para o bem jurídico. E todavia, o certo é que a conduta em questão tem relevo penal; urgindo por isso encontrar um enquadramento dogmático congruente com essa espécie de previsão normativa” (sic); textualmente, NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa”, *cit.*, pp. 9-94, que seguimos de muito perto; contra a autonomia dogmática dos bens jurídicos coletivos e supra-individuais e da figura da acumulação; ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, “A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar”. Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral”, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1054 e ss., lança mão do “conceito de bem-meio ou bem-instrumental”; KLAUS TIEDEMANN, “Wirtschaftsstrafrecht in Europa”, in: Hellmann / Schröder (orgs.), *Festschrift für Hans Achenbach*, Heidelberg, C. F. Müller, 2011, p. 573 e s., que alterou, entretanto, a sua primeira posição doutrinária sobre o tema (1969) para, confessadamente, ultrapassar a fragilidade da sua primeira conceção dogmática, que parecia negar relevo autónomo aos bens jurídicos supra-individuais, nomeadamente, a recondução dos respetivos tipos-de-ílicito a estruturas típicas de perigo; ver, ainda, em sentido crítico em relação à autonomia dogmática dos bens jurídicos coletivos, AUGUSTO SILVA DIAS “Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1/1999, p. 68 e ss; na doutrina do direito comparado do Brasil, LUÍS GRECO, *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos, Crimes de Perigo Abstrato*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 88-94.

logísticos e humanos necessariamente escassos e contingentes. Meios logísticos e humanos que, pela sua escassez e contingência, deverão ser canalizados para a perseguição criminal da grande criminalidade, complexa e altamente organizada. É uma questão de sobrevivência estrutural e de sustentabilidade futura do sistema de administração de justiça processual penal lusófono<sup>9</sup>.

É possível, pois, descortinar uma *lei tendencial* que, no que respeita à utilização (maximizada e otimizada) dos mecanismos de consenso e diversão no processo penal, perpassa e ilumina todo o edifício jurídico –penal: quanto maior a utilização, casuística e dogmaticamente fundamentada, dos mecanismos de consenso e diversão, maior será a libertação dos meios logísticos e humanos para o tratamento da criminalidade complexa. *Et pour cause*, maiores, porque<sup>10</sup> teleológico - funcionalmente fundadas, serão as possibilidades de êxito na prossecução das finalidades de perseguição penal dos crimes cujos bens jurídicos de natureza supra-individual<sup>11</sup>, como os bens

9 Bem como da Região Administrativa Especial de Macau.

10 “O lugar e a função a desempenhar pela figura do bem jurídico coletivo no seio da teoria do bem jurídico como paradigma de legitimação material negativa do direito penal são questões que atualmente assumem uma importância substancialmente distinta da de outrora. O critério tradicional de contraposição entre bens jurídicos individuais e supra-individuais ligava-se sobretudo a problemáticas de índole interna do próprio sistema jurídico-penal e não tanto ao seu eventual relevo para o cumprimento da função crítica da criminalização, que, por definição, deve ser transistemática. Sob aquele prisma, a distinção importava sobretudo no âmbito do consentimento para verificação da possibilidade de um concreto indivíduo dispor sobre a ofensa de um específico bem jurídico. O bem jurídico difundiu-se como critério distintivo: *individuais* seriam os bens jurídicos para os quais pudesse divisar-se um portador concreto; e *coletivos* aqueles em que tal não fosse possível, caso em que o respetivo portador seria a comunidade como um todo ou o próprio Estado. Não há motivo para prescindir desta ideia a um nível inicial de diferenciação. Mas a adução de critérios diferenciadores adicionais parece estar dependente da própria conceção adotada em relação aos bens jurídicos coletivos, isto é, da possibilidade de os mesmos se assumirem como materialmente autónomos perante os bens jurídicos individuais. Na realidade, ali onde se aceite que os primeiros são um mero derivado dos segundos ou têm um puro carácter instrumental em relação a eles, não se vê por que se deva levar mais longe aquele esforço de contraposição”; (itálicos nossos); NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Coletivos e Intervenção Penal Cumulativa”, *cit.*, pp. 10-94, na doutrina alemã, WOLFGANG WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000, p. 221; HERBERT JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Ferdinand Henke Verlag, 1957, p. 15 e s; e em data mais recente, HASSEMER/NEUMANN, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, antes do § 1, n.º m. 126.

11 Não desconhecemos que o recorte doutrinal e jurisprudencial do bem jurídico tem sido vivamente discutido, inclusive, pela doutrina alemã; ver, v.g., ROLAND HEFENDEHL/ANDREW VON HIRSCH/WOLFGANG WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden. Nomos, 2008, pp. 197 e ss; ANDREW VON HIRSCH, “Der Rechtsgutsbegriff und das Harm Principle”, *Die Rechtsgutstheorie*, *cit.*, p. 23; ROLAND HEFENDEHL, “Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts”, in: *GA*, 154, 2007, pp. 7 e ss; SABINE SWOBODA, “Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen”, in: *ZStW*, 122, 2010, pp. 28 e ss. As recensões críticas, encabeçadas por GÜNTHER JAKOBS, HEIKO LESCH e POLAINO NAVARRETE ao posicionamento teórico do bem jurídico enquanto entreposto exclusivo de proteção subsidiária de bens jurídicos, fundam-se, no essencial, nos seguintes argumentos: **i)** na vaguidade do conceito e da fundamentação do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos; **ii)** no traço impreciso do objeto de ação tutelado nos bens jurídicos de natureza coletiva; **iii)** na emersão do funcionalismo sistémico enquanto expressão de uma ideia de danosidade social, vista como desestabilização de um conjunto de estruturas sociais suportadas pelo axioma da harmonia social; **iv)** o direito penal não deve tutelar os interesses da pessoa - logo a dignidade da pessoa humana surge, a esta luz, pulverizada pelas estruturas sistémicas que fagocitam o “eu-pessoa” e acarinham o “nós-estrutura normativo-social”; **v)** a esta luz, o direito deve ser materialmente visto como um nexo funcional de tutela da estabilidade do sistema social; **vi)** como tal, o cometimento do crime abala os alicerces em que repousa a estabilidade do sistema social e a harmonia social que, a montante, o escora; **vii)** por conseguinte, as condutas que põem em causa a estabilidade do sistema social devem ser severamente punidas, porque o arguido não é visto como uma pessoa, mas como um elemento que faz perigar a estrutura normativo-social suportada pela norma jurídico-penal, e, como tal, deve ser inocuizado - a esta luz, surge o desolador direito penal do inimigo; **viii)** porque assim é, a vigência da norma jurídico-penal aparece como um específico “bem jurídico-penal”; **ix)** a esta luz, o direito penal é configurado com base numa ideia de preservação da estrutura social contra um dano à vigência da norma que conduz, inerentemente, à garantia contra-fática de certos feixes de expectativas comunitárias; **x)** numa palavra, o foco passa a estar no delito enquanto infração de um dever, e não numa inimizade para com o dever-ser jurídico-penal; neste sentido, na doutrina alemã, GÜNTHER JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004, pp. 28-42; HEIKO LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Köln: Carl Heymanns, 2007, pp. 221-229; POLAINO NAVARRETE, “Scientia Universalis”, in: *Festschrift für Roxin*, 2011, pp. 174-177. Este posicionamento teórico tem sido, de todos os lados, asperamente criticado. Desde logo, porque assenta, ele próprio, num recorte impreciso e vago. Com efeito, **i)** só partindo de uma noção kelseniana de *Grundnorm* (norma imperativa fundamental) é que se pode, com alguma propriedade, definir os exatos contornos da diade estrutura sistémica-harmonia social, e não se vislumbra esse esforço de concretização por parte da teoria do dano de vigência da norma; **ii)** por outro lado, não se percebe qual é o barómetro da danosidade social (a normativamente esperada pelo cidadão-pessoa, que esse funcionalismo sistémico posterga, ou a juridicamente tutelada por um conjunto informe de cidadãos-sistema que acalentam a expectativa de cumprimento por outrem de normas jurídico-penais que, eles próprios, pela sua fluidez e imprecisão, desconhecem?);

jurídicos coletivos<sup>12</sup>, que concitam em si, por um lado, os clamores da comunidade sócio - jurídica, e, por outro lado, uma maior necessidade da atenção funcional dos operadores judiciários que integram o sistema de administração de justiça penal.

iii) a noção teórica de estrutura social, de sabor totalizante, assenta numa desconformidade entre a conduta do arguido e a normativamente esperada, não pelo dever-ser jurídico-penal, mas por um dever de não fazer perigar a vigência da norma jurídico-penal (cujo conteúdo teleológico, pela sua opacidade, ninguém consegue captar); iv) logo, quem atentar contra os alicerces da estrutura normativo-social deve sofrer uma *capitis diminutio maxima* e passar de indivíduo-pessoa a inimigo, o que cauciona, desde logo, a seguinte perplexidade: só deve ser considerado como inimigo um arguido que pratique um crime de injúria ou só aquele que pratique um crime de homicídio ou um crime de terrorismo? Não se afigura límpida a resposta porque, em ambos os casos, e de forma intercambial, o arguido põe em causa a vigência da norma! v) Por conseguinte, esta teoria enfrenta, desde logo, invencíveis problemas de proporcionalidade em sentido estrito, do ponto de vista, não só da reação penal, como da proporcionalidade da reação penal, que deixa de ser consentânea com o bem jurídico violado (que feneceu, por força da emergência da feição totalizante da estrutura normativo-social, cujo conteúdo funcional é imperscrutável) e passa a ser medida (sempre e só) em função de qualquer norma penal violada, porque todas as condutas com relevo jurídico-penal atentam, em igual medida, contra o dever jurídico-penal normativamente pressuposto pela norma jurídico-penal, parificando um empedernido criminoso a um criminoso de ocasião. A estas críticas, da nossa lavra, somam-se outras críticas que se polarizam, no essencial, no seguinte: “no que se refere ao conteúdo das normas penais como um problema não-científico, a ser tematizado unicamente pelo sistema político, o modelo recorre a uma máxima vulgar e absolutamente incorreta, baseada em um conceito demasiado curto, restrito ou incompleto de ciência. Como consequência, a *teoria do dano de vigência da norma* não oferece qualquer tipo de limitação. Ela nada pode dizer – e também não o quer – acerca da legitimidade do conteúdo das normas penais concretas. Mas com isso, o direito penal transforma-se em mero instrumento de tecnologia social orientado à optimização do funcionamento da sociedade e qualquer forma de institucionalização pode ser objecto de protecção”; (itálicos nossos); JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 158-173, que seguimos de muito perto. Em sentido aproximado, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, “Rechthsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln, Carl Heymanns, 2005, pp. 148-150; com outro enquadramento, no quadro dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal económico, THEILE, *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren*, München, C.H. Beck, 2009, pp. 5-15. Por conseguinte, em face do (justificado) entono crítico desferido na direcção da *teoria do dano de vigência da norma*, aderimos, sem reboço, à teoria constitucional do bem jurídico defendida por CLAUS ROXIN, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 8-42; Assim também, JOANA AMARAL RODRIGUES, “A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 23, N.º 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 176 e ss; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações”, in: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 36-37; MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Constituição e Legitimação do Direito Penal”, in: António Avelãs Nunes/Jacinto Nélson de Miranda Coutinho (org.), *Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 53; na doutrina alemã, FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2011, 3.º Capítulo, Número de margem 32; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio jurídico – constitucional implícito”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3998, Maio-Junho 2016, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, pp. 252 e ss; NUNO BRANDÃO, “Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 12 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 387 e ss.

12 Bens jurídicos coletivos cunhados dogmaticamente como protecção das condições económico-sociais-quadro de uma dada comunidade sócio-cultural. Essa discussão científica tem sido realizada no âmbito da trilogia sociedade do risco, bens jurídicos coletivos e delitos de acumulação, cujos desenvolvimentos dogmáticos escapam ao objeto principal da presente monografia. Seguimos de muito perto, FLÁVIA NOVERSA LOUREIRO, *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos — Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007, pp. 124 e ss; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/ NUNO BRANDÃO, “O crime de burla tributária”, in: Paulo Otero et alii (org.), *Estudos em Homenagem a Rui Machete*, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 406 e ss; JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003, p. 55 e ss; NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 717 e ss; SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 220 e ss., 299 e 315, SUSANA AIRES DE SOUSA “Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico?”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC)*, n.º 86, 2010, p. 244 e ss; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — um quarto de século depois”, in: Figueiredo Dias et alii. (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 382 e ss. Em sentido crítico em relação aos bens jurídicos colectivos e aos delitos de acumulação, AUGUSTO SILVA DIAS, “What if everybody did it?”: Sobre a “(in) capacidade de ressonância” do direito penal à figura da acumulação”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 3/2003, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 332 e s; AUGUSTO SILVA DIAS, *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 70 e ss; AUGUSTO SILVA DIAS, “*Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 216 e ss, 656 e ss; JOSÉ DE FARIA COSTA, “Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 142.º ano, n.º 3978, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 160 e ss. Entendendo que os *bens jurídicos supra-individuais* “nada mais são do que projecções ou afloramentos do

b) Compreende-se a razão de ser desta (só aparente) mudança de paradigma processual penal (outrora de base eminentemente conflitual, hoje, desejavelmente, de base eminentemente consensual): a justiça estadual e o modo de combater a pequena, média e grande criminalidade atravessam tempos de profunda transformação<sup>13</sup>.

Isso é particularmente visível, de forma bifronte, por um lado, no polimorfismo e na volubilidade do princípio da necessidade da pena e, por outro lado, na forma como a justiça estadual respondeu aos desafios emergentes da sociedade do risco e da pós-modernidade industrial. Por outro lado, ainda, na forma como o direito penal se adequou à criminalidade emergente da crise económico-financeira de 2008. Subtrai-se ao escopo primacial do presente artigo a escalpelização da génese da crise financeira e do seu impacto nas estruturas dogmáticas tradicionais do Direito Penal hodierno<sup>14/15</sup>.

individual”; MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Bens jurídicos colectivos e bens jurídicos políticos”, in: Costa Andrade et al. (orgs.), in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 306 e ss; na doutrina brasileira, LUIS GRECO, “Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?”, in: *Revista da Concorrência e da Regulação (C&R)*, Números 7/8, 2012, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 354 e s; na doutrina do direito comparado da Alemanha, que também seguimos de muito perto, ROLAND HEFFENDL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, p. 59 e ss, pp. 119 e ss; ROLAND HEFFENDL, “Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur”, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 2002, p. 25; ROLAND HEFFENDL, “Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 121; WINFRIED HASSEMER, *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 300; ROLAND HEFFENDL, “Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?”, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1997, p. 122; BERND SCHÜNEMANN, “Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation”, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 137 e ss; CLAUS ROXIN, “Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?”, in: Hefendehl (org.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 138 e s; BERND SCHÜNEMANN, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, in: *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, 1995, p. 205 e ss.

13 O bordão axiológico de uma *justiça em transição* congloba referentes de sentido que sobrepõem a mera *estrutura estática* do sistema judiciário (tribunais e respetiva aparelhagem orgânico-material) e se estendem à *estrutura dinâmica* do sistema judiciário (legislação e cultura judiciária dos magistrados que compõem aquela), sem olvidar a tonalidade político-mundivisional do caldo cultural que subjaz a um determinado ordenamento jurídico: “os sistemas judiciários estão particularmente expostos a fatores de transição política. A substituição de regimes totalitários por regimes democráticos a regimes totalitários tem impacto na organização da justiça e no estatuto dos magistrados. O impacto pode ser um barómetro da natureza e do significado das mudanças. A rutura ou a continuidade dependem dos sistemas jurídicos e do grau de efetividade da *rule of law*. Uma justiça inspirada num modelo positivista e burocrático terá maior capacidade de absorção das transformações. A recodificação pode ser suficiente. Já uma justiça aberta à jurisprudência de interesses, à atitude prudencial e a critérios de oportunidade exigirá uma atenção maior à reorganização das jurisdições e ao perfil dos magistrados. Os riscos de confronto com o novo regime serão mais elevados”; J. N. CUNHA RODRIGUES, “A justiça em tempos de transição”, in: *Julgar*, N.º 29, Maio-Agosto 2016, Coimbra, Almedina, 2016, p. 21. Cada comunidade sócio-cultural é o produto do seu tempo: “trata-se de reconhecer que só a *natureza histórico-cultural do Direito* confere *identidade* aos institutos jurídicos e, deste modo, permite um suficiente grau de objectividade no conhecimento para que este possa ser ainda dogmático; não há ensaio jurídico que, para ser dogmático, possa ser absolutamente alheio ou contrário à dimensão histórico-cultural do instituto jurídico que estuda. Por isso, a dogmática deve ser entendida como objeto da História do Direito, tendo em conta a natureza histórica da positividade vigente; devendo ser ponderada a par de outras ciências auxiliares da dogmática, como a sociologia do Direito, a filosofia do Direito”; (itálicos nossos); DIOGO COSTA GONÇALVES, “Dogmáticas de transição na evolução dos sistemas”, in: *Revista de Direito Civil* N.º 1 (2016), *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 157-158.

14 O que não nos inibe de delimitar, a traço grosso, as causas próximas e longínquas da crise financeira da *subprime* e dos relevantes contributos jurídico-penais (portugueses, espanhóis e alemães) para fazer face àquela. Basta convocar a crise imobiliária norte-americana para esse efeito. “Em 1946, cerca de 40 % da população norte-americana era proprietária da sua própria casa. Em 1970, tal cifra era de 60 %, o que representa uma pujante classe média. Com Georges W. Bush, cujo programa visava uma *ownership society*, procurou facultar-se a propriedade a camadas crescentes de população. Teoricamente isso era possível, embora com um problema: a distribuição desigual da riqueza, que levava a que 1% da população detivesse quase um terço do património dos Estados Unidos. Os esquemas postos ao serviço da popularização da propriedade passavam por deduções fiscais e por subvenções da *Federal Housing Administration (FHA)*, através de *Government Sponsored Entities (GSE)*: a *Fannie Mae (Federal National Mortgage Association)* e a *Freddie Mac (Federal House Mortgage Corporation)*. A gestão privada das subvenções levou a que elas fossem dirigidas, num primeiro tempo, para as famílias médias: não para as de poucos recursos. Os juros eram muito baixos, tanto mais que havia ligação aos juros das obrigações do tesouro, facilmente colocadas na China, no Japão, na Coreia e em Taiwan, com juros mínimos. A liquidez daí

derivada alimentava o “tapete virtuoso”. A procura de casa subiu, sendo seguida pelo incremento da construção, mas com uma dilação. Temos uma bolha imobiliária: o preço da casa sobe para além dos custos do terreno e da construção e para além do que o arrendamento “normal” poderia gerar. Não havendo “bolha”, as boas práticas só permitiriam emprestar fundos aos agregados “fechados”, isto é: que dessem garantias de, pelos seus rendimentos, poder pagar o capital e os juros. Tais garantias eram asseguradas pela *Fannie Mae* e pela *Freddie Mac*: exigia-se um empréstimo máximo de US \$ 417.000; uma entrada com capital próprio de 20 %, no mínimo; um rendimento bastante devidamente documentado. O empréstimo em jogo era seguro, estando garantido, ainda, por hipoteca. Era a “categoria A” ou situação *prime*. O modelo estava em equilíbrio. Com as facilidades e a liquidez disponíveis, o número de famílias cobertas alargou-se, os *primes* aumentaram e o preço da habitação subiu, alimentando a bolha. A partir de um certo momento, a manutenção da prosperidade elevou as tensões sobre o equilíbrio. Primeiro, verificou-se que os *primes*, na tipificação das agências federais, eram demasiado uniformes. Uma casa média na Califórnia exigia um financiamento de US \$ 729.000 (*jumbo*), a dispensar a famílias que ofereciam garantias. Temos a categoria “Alt A” (*Alternative A*), ainda comportável. O efeito de bolha amplia-se. A subida contínua do imobiliário leva à concessão de empréstimos a pessoas que, de todo, já não reuniam condições requeridas pelas *Fannie Mae* e *Freddie Mac* para os *primes*: temos as “categorias AB”, “B”, “BB” e assim por diante, globalmente ditas *subprimes*. Os financiamentos *subprimes*. Os financiamentos *subprimes* podem ser explicados com recurso à hipótese Minsk. Temos, em primeiro lugar, o financiamento especulador. Trata-se de empréstimos *interest only*. Ao interessado não se exige que possa reembolsar o capital: apenas que pague os juros. Caber-lhe-á o *roll over* do empréstimo ou a venda da casa. Num ambiente de bolha, não há problema: como a casa vale sempre mais, não só a renegociação do empréstimo é fácil como a garantia funciona e com mais lucros. Mas se é assim, porque não ir mais longe e financiar mesmo quem não possa pagar juros? Chega a cavalaria, com financiamentos Ponzi. A criatividade financeira norte-americana funcionou. Um modelo habitual era o dos empréstimos 2/28: durante dois anos, o beneficiário do empréstimo pagava parte dos juros, crescendo, o resto, ao capital; passado esse período, a mensalidade ajusta-se, duplicando ou triplicando, a menos que haja renegociação. As cláusulas penais ou de cautela multiplicam-se: quando o capital em dívida atinja os 115 % ou os 120 % do capital mutuado, o financiamento passa a normal, com capital e juros. A bolha está no zénite. Como foi possível tal situação, cujos efeitos se advinham? Evidentemente: na origem temos o défice norte-americano, a sobreliquidez, o financiamento do consumo pelo saldo das exportações chinesas, reintroduzindo no continente americano através da aquisição maciça de obrigações do tesouro e assim por diante. Mas no concreto cenário dos *subprimes* avultam a desregulação e a titulação. Os candidatos *subprimes* são aliciados por corretores interessados, que se movimentam nas áreas suburbanas onde nem é seguro abrir agências bancárias. Tais corretores não são regulados. Adquirido um “cliente”, recebem a sua comissão e passam ao seguinte. O banqueiro concede o empréstimo e fica titular de um crédito hipotecário. Este é titulado e colocado em *Wall Street* e, a partir daí, em todo o Mundo. A titulação abrangia, na origem, os *primes*: créditos sem risco, duplamente garantidos pela vigorosa classe média americana e por hipoteca sobre casas em alta. Os produtos financeiros daí derivados tinham uma procura avassaladora: eram seguros, davam rendimento e permitiam absorver a volumosa liquidez disponível. Os banqueiros limpavam o seu balanço, acolhiam a comissão, eliminavam o risco e recebiam meios que permitiam conceder novos empréstimos. Mas a quem? Satisfeita a “área fechada”, havia que passar aos especuladores e, por fim, a cavalaria. Os *subprimes* tinham procura: afinal, estavam garantidos por casas em alta. A titulação funcionava. Mas aí, tornou-se complexa e opaca: de novo por falhas regulativas, os créditos titulados eram ordenados em produtos complexos (ABS, de *asset-backed securities*, CDU, de *collateralized debt obligations*, como exemplos), com “fatias” de créditos A, Alt-A, AB, B, BB, e assim por diante. A imensa procura de derivados do crédito levou a que fossem aditadas “fatias” representativas de créditos bancários, de créditos ao consumo e de créditos de toda a ordem. As agências de notação de riscos bloquearam. Num ambiente de procura intensa, as prevenções eram desmentidas pelos factos. A complexidade dos produtos vendidos no Globo era tal que a UBS estimou ser necessário, para o exacto cumprimento de um deles, examinar a génese de mais de 7.000 títulos, incluindo *sub primes*. Chegamos à bolha global: o valor já não tem a ver com o bem em jogo, mas com o preço que se espera no futuro. Os banqueiros financiam-se no mercado, refinanciam-se entre si e asseguram empréstimos que fazem crescer a bolha, num ciclo de triliões de dólares. No pico da bolha, tudo dispara: matérias-primas (com o petróleo em inimagináveis 150 dólares), alimentos, acções e clubes. Ainda nesse ambiente, multiplicam-se as fraudes, os desvios e os descuidos. A liquidez fácil permite cobrir falhas, enquanto a titulação de créditos dissemina-os, com facilidade, num mercado cuja opacidade aumenta com a escala planetária que tudo absorve (...). No plano financeiro, os reflexos foram devastadores. Na linha da frente estavam as instituições especializadas em *subprimes* e, desde logo, a *Countrywide Financial*, de Ângelo Mozilo, *leader* no sector. Confrontado com as primeiras quebras, Mozilo tenta a fuga em frente, intensificando os empréstimos. A falta de liquidez veda veleidades; a empresa passa de 15 a 5 biliões de dólares. O *Bank of America* comprou a *Countrywide* no princípio de 2008, a 18 dólares a acção; cotada então a 5, quando valera, seis meses antes, 50. Em Junho de 2007, a *Bear Stearns* anunciou que dois dos seus *Hedge Funds*, recheados de *sub primes*, perderam todo o valor. É fácil: basta que não tenham procura. A *Bear Stearns* acabaria adquirida, por preço vil, pelo *JP Morgan Chase*: e com garantia da Reserva Federal (16-Mar-2008). Em Julho cai o banco *Indy Mac*, tomado pelo Estado. Após nova agonia pela falta de procura de todos os títulos – mesmo os notados AAA – e goradas as hipóteses de recuperação, o *Lehmann Brothers* (o 4.º banco de investimento) entrou em falência. Em 30-Jul-2008, o poderoso *Meril Lynch* põe em venda a sua carteira de CDO que abrangia *subprimes* então já considerados “tóxicos”. No valor nominal de 30, 5 biliões de dólares, foi vendido por 6,7 biliões (um mês antes, valeria 11, 1 biliões). *Meril Lynch* (3.º banco) é adquirido, *in extremis*, pelo *Bank of America*. A sucessão de desaires intensifica-se. Instituições saudáveis como a *Goldman Sachs* e *Morgan Stanley* chegam a perder mais de 20 % em cada sessão de bolsa e passam (com o apoio federal) a bancos comerciais: o fim da banca de negócios. Em Julho de 2008, os já semi-públicos *Fannie Mae* e *Freddie Mac*, que num efeito de retorno haviam adquirido títulos que envolviam *subprimes*, foram interencionados pelo Congresso. Mesmo assim: em Agosto de 2008, já haviam perdido, respectivamente, 85 % e 87 % do seu valor”; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, 1 (2009), 2, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 268-271; ver ainda, A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Organização e supervisão dos mercados financeiros”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 581 e ss; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Fair value ou valor de mercado: multiplicador da primeira crise financeira global”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, ano 141.º, n.º 3974, Maio-Junho 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 280 e ss; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA/MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA”, in: *Revista de Direito das Sociedades em Revista (RDS)*, Ano IV (2012), Número I, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 59-61; CHARLES MURDOCK, “The Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: What Caused The Financial Crisis and Will Dodd – Frank Prevent Future Crisis?”, in: *S.M.U. Law Review*, 1243, 2011, pp. 138 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho caso de

aliança luso-americana?”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VI (2014), Número 2, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 411-433; MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Instrumentos financeiros com fins de garantia e exercício de direitos sociais”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número III, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 537-604; TIAGO BESSA, “Crise, Regulação e Supervisão de Hedge Funds”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano II (2010) – Número 3-4, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 853-869; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Regulação e Supervisão de Hedge Funds: Percurso, Oportunidade e Tendências”, in: AAVV, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Volume VIII, 2008, em especial, pp. 65-81; IAIN CULLEN, “Hedge Funds: Structure and Documentation”, in: AAVV, *Hedge Funds: Law and Regulation*, coord., Iain Cullen e Helen Parry, 2001, pp. 141-157; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os ‘Hedge Funds’ e o Governo das Sociedades”, in: AAVV, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Volume IX, 2010, pp. 9-70; ver, na doutrina norte-americana, DILI GHOSCH/EPHRAIM CLARCK, *Arbitrage, Hedging, and Speculation: The Foreign Exchange Market*, Praeger, New York, 2004, pp. 8 e ss; INÊS SERRANO DE MATOS, “Hedge Fund: o Accionista que nunca dorme?”, in: *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas*, Volume II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014, pp. 2233 e ss; num âmbito mais geral (*delisting* de participações sociais e crise económico-financeira de 2008); na doutrina alemã, OLIVER ROTHLEY, “Aufgabe der Macroton-Grundsätze”, in: *GWR*, 2013, pp. 489 e ss; MICHAEL ARNOLD/VERA ROTHENBERG, “BGH-Entscheidung zum Delisting: Alle Fragen geklärt?”, in: *DSrR*, 2014, pp. 144-161; LARS KLHÖN, “Delisting- Zehn Jahre später/Die Auswirkungen von BVerfGE”, in: *NZG*, 2012, pp. 821 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A perda da qualidade de sociedade aberta (*delisting* de participações sociais): a tutela dos sócios minoritários, o direito de propriedade, e o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (com uma breve paragem em Macau e em Hong Kong)”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Coimbra, Almedina, Ano 8 (2016), N.º 4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 893-929.

15 Podemos, no entanto, respigar, de forma necessariamente tópica e sincrética, alguns contributos doutrinários (portugueses, espanhóis, e, principalmente, alemães) recentemente emergentes na arena jurídica. Dando a palavra à doutrina nacional que se tem debruçado – com lustro – sobre o assunto: “As práticas e os efeitos da crise, sobretudo atingiram o nível de casos judiciais nos EUA e na Europa, suscitaram acesso debate na doutrina penal. No centro da discussão está a capacidade de rendimento do Direito Penal para lidar com práticas e efeitos desta dimensão e para prevenir a sua ocorrência no futuro. Esse debate, que está documentado em vários livros e artigos de revistas científicas, sobretudo publicados em língua alemã e castelhana, gira em torno de dois temas principais: a adequação das incriminações vigentes, sobretudo os crimes patrimoniais, e, em especial, a infidelidade patrimonial, para reagir aos ilícitos da crise; a necessidade de novas soluções que melhor se ajustem e afinem a eficácia do Direito Penal no combate a tais ilícitos. Quanto à questão de saber se o Direito Penal pode funcionar como instrumento de superação de crises financeiras desta envergadura, o debate atual como instrumento de superação de crises financeiras desta envergadura, o debate atual revela o confronto entre uma *orientação cética* e uma *orientação otimista*. A questão desdobra-se numa outra de saber se pode haver lugar à responsabilidade individual, inclusivamente à responsabilidade baseada num demérito pessoal, pela prática de comportamentos que foram conduzidos e estimulados pela lógica dos mercados ou, se se preferir, por deficiências internas ao sistema financeiro global. Se uma resposta afirmativa parece esbarrar nas estruturas da imputação e da censura individual, por falta de domínio individual do acontecimento – o critério básico de imputação, desde logo da imputação objetiva – uma resposta negativa parece evidenciar, por outro lado, a injustiça da impunidade de quem age dentro e a coberto de uma lógica sistémica. Segundo os defensores da orientação cética, os acontecimentos da crise financeira atual devem-se a um “fracasso do sistema” (*Systemversagen*). As “ovelhas negras” do sistema financeiro não foram seres maquiavélicos que comandaram os episódios que marcaram a crise, mas antes, de certo modo, pedões manietados pela mão invisível dos mercados (.....)”; cfr. AUGUSTO SILVA DIAS, “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, in: *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, N.º 0, Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 45-73.

Em face da pujança plenipotenciária (altamente deletéria para o tecido económico-financeiro global) da crise financeira de 2008 não tardaram a emergir na cena internacional propostas que, no essencial, se polarizaram na defesa empedernida de um novo paradigma (um novo Direito Penal) de repressão e prevenção das crises financeiras globais e que passaram, não raro, pelo aluimento das estruturas dogmáticas tradicionais do Direito Penal Clássico e pela emersão de uma parafernália de institutos jurídico-penais que visam afeiçoar-se às exigências da sociedade económico-financeira de raiz global. Tal mudança de paradigma assentou primacialmente em quatro supedâneos essenciais: **i)** o cariz sistémico e globalizado da crise económico-financeira de 2008 (precedentemente explanada nos seus traços prototípicos); **ii)** a inexistente ou limitada capacidade de rendimento das estruturas dogmáticas tradicionais do Direito Penal Clássico para fazer face à natureza sistémica e global da crise financeira que eclodiu no final da década passada, tanto do ponto de vista da repressão, como do ponto de vista da prevenção dos mesmos; **iii)** a constatação de que existe uma franja não despidiêda de crimes económicos que se escapa à “ditadura” das regras nucleares vigentes em tema de economia financeira; e, **iv)** a necessidade de criação de um *Direito Penal da crise financeira*, que passaria pela edificação de novas estruturas dogmáticas, criadas por acinte, para fazer face à natureza transnacional, globalizada e sistémica da referida crise financeira e aos denominados ilícitos da crise económico-financeira. Dentre a panóplia de contributos doutrinários emergentes na arena científica internacional destaca-se a apologia da “grande solução”, no que tange aos crimes económico-políticos desenhada por Naucke, que vinca a inadequação do Direito Penal tradicional para, no imediato e sem mais, responder aos desafios emergentes dos ilícitos económico-políticos. Vale a pena respigar os traços essenciais da referida proposta (recentemente extratada pela doutrina nacional, que vimos acompanhando): “uma outra dimensão do Direito Penal da crise económico-financeira, tributária de uma “grande solução” e de uma “dogmática especial”, é aberta pela proposta de Naucke do conceito de crime económico-político. Esta proposta, apresentada no seminário de Direito Penal de Frankfurt, suscitou forte impressão e intensa discussão. Não é surpresa nenhuma se pensarmos que nesse seminário participam alguns dos partidários da conceção cética acerca da capacidade de rendimento do Direito Penal para lidar com ilícitos financeiros. Crimes económico-políticos são aqueles que provocam a destruição das condições de vida de muitos cidadãos em consequência de decisões económicas de dirigentes de topo como aquelas que desencadearam a crise financeira contemporânea; são crimes de natureza económica que atuam destrutivamente sobre a liberdade pessoal e sobre as instituições jurídicas de proteção da liberdade. Este conceito exprime uma ideia fundamental do Direito Penal secular: a defesa da liberdade da pessoa contra o poder avassalador de outros (.....). Por isso, propõe que se avance para a criação de novos tipos incriminadores menos equívocos e mais adequados à repressão dos factos económico-políticos de grande expressão. (.....). A tipificação dos comportamentos lesivos dessa dimensão da liberdade cidadã não deve ser incorporada nos crimes patrimoniais, nem nos crimes contra a liberdade pessoal, nem em qualquer âmbito do Direito Penal que seja politicamente neutro, mas num capítulo dedicado aos crimes contra os direitos de liberdade económicos. Este Direito Penal é um Direito Penal Internacional e na sua substância ao Direito Penal Económico de uma economia planificada, como foram as economias de países do leste europeu sob o

Contudo, faz-se mister enfatizar o seguinte: o *direito da crise financeira* desnudou uma realidade jurídico-económica importante: hoje (mais do que nunca) se deve olhar para a *juridicidade da economia do direito* (e para as franjas de economicidade que daí emergem) com crescente atenção e foco analítico. Aceita-se que assim seja: não existe um sistema jurídico-penal eficaz despojado de uma lógica de maximização da justiça consensual, e sem uma correspondente lógica de otimização dos escassos recursos judiciais. Divisa-se, assim, uma ligação umbilical entre ambas. Este é um dos pontos cardeais do presente artigo doutrinal.

c) A esta luz se compreende que, sendo consabida a escassez dos meios logísticos e humanos, se possa, de modo que se julga dogmaticamente fundado, mobilizar e adaptar alguns ensinamentos da doutrina norte – americana, concretamente da corrente de pensamento da *Law and Economics Scholarship* e da *Behavioral Law and Economics Scholarship*. Tal mobilização colima-se à ênfase da necessidade de racionalização e otimização, não do uso do sistema de justiça, enquanto baluarte de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, mas da necessidade de *maximização funcionalmente orientada* desse uso por parte dos operadores judiciais. Uma tal maximização funcionalmente orientada tem como escopo primacial a defesa intransigente dos direitos fundamentais dos arguidos, e corporiza-se através da utilização exaustiva e intensiva de mecanismos processuais que concorram para a realização efetiva, leal<sup>16/17</sup>,

---

domínio soviético”; AUGUSTO SILVA DIAS, “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, *cit.*, pp. 45-73; na doutrina alemã, KUBICIEL, *Die Finanzmarktkrise Zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht*, in: *ZIS*, 2, 2013, pp. 18 e ss; NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung*, 2012, LIT, pp. 8-72; na doutrina espanhola, GARCIA RIVAS, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera”, in: DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, 2014, pp. 19 e ss; CARLOS GÓMEZ JARA-DÍEZ, “Crisis financiera y retribución de directivos: terreno abonado para su cuestionamiento penal por vía de la administración desleal”, in: *Indret*, n.º 2, 2009, pp. 2-19 (acesso: 8 de Maio de 2018).

16 Sobre o princípio da lealdade processual no cruzamento reflexivo com o princípio seminal do *nemo tenetur se ipsum accusare*; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *J.B. v. Suíça*, de 03 de Maio de 2001, disponível em <http://echr.coe.int/echr>; JOANA COSTA, “O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista do Ministério Público (RMP)* n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, 2011, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 151 e ss; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Martinen c. Finlândia*, de 21 de Julho de 2009, disponível em <http://echr.coe.int/echr>; HELENA GASPAR MARTINHO, “O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1073 e ss; CATARINA ANASTÁCIO, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, 2010, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 228 e ss; VÂNIA COSTA RAMOS, “*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 184-185. Apelando ao princípio da lealdade processual, PAULO DE SOUSA MENDES “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 139 e ss; na doutrina de inspiração germânica, ELISABETH KÖCK, “*Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände*”, in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2004, pp. 267-279; na doutrina inglesa, ANGUS MACCLOCH, “The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations- Theoretical Foundations and Practical Implications”, in: *Legal Studies*, Volume 26, n.º 2, Junho, 2006, pp. 211-237; Em sentido divergente, DIANA ALFAFAR, “O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare* no direito sancionatório da concorrência”, in: *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 336 e ss.

17 O princípio da lealdade processual aqui entendido não só como um princípio norteador da atuação do titular da ação penal (o Ministério Público), mas, e sobretudo, como uma incontornável baliza valorativo-comportamental de todos os sujeitos processuais, que se interliga, genética e funcionalmente, com o quintessencial princípio da boa-fé processual. É um princípio geral de Direito. Isso mesmo resulta de investigações científicas havidas noutras latitudes dogmáticas: “A regra da conduta da boa-fé responde a

eficaz<sup>18/19</sup>, célere de uma justiça material de base eminentemente consensual. Denominamos a isto uma *maximização da justiça consensual* (MJC).

Tal asserção significa que, ao contrário do que afirma Posner, não se preconizará a *Wealth Maximization* que, segundo o mesmo, deverá presidir a toda e qualquer decisão judicial. Ao invés, preconizar-se-á a racionalização do sistema de administração da justiça, tendo como pano de fundo a otimização dos mecanismos processuais inscritos na lei processual penal portuguesa e de Macau, que promovam, pela base consensual a que lhes subjaz, a *maximização da justiça consensual* (MJC).

## **2. Economia do Direito (*Law and Economics*), economia comportamental do Direito (*Behavioral Law and Economics*), e o Direito Processual Penal: a administração da justiça penal como um xadrez polícromo sujeita a meros referentes economicistas? Apologia de uma política criminal (que propugne a maximização da justiça consensual) comprometida com a poupança de recursos judiciais**

a) A administração da justiça penal lusófona atravessa, como vimos, momentos de profunda transformação. De todos os quadrantes (mesmo aos mais inóspitos) emergem clamores (mais ou menos esclarecidos) por uma administração da justiça penal materialmente justa, célere, eficaz. Nada de novo, pois. A verdadeira novidade reside na adoção de um discurso jurídico progressivamente comprometido com referentes economicistas<sup>20</sup>. Essa é uma tendência que tem sido transversal ao Direito (multidisciplinarmente cunhado) e tem permeado cada vez mais e mais diversos ramos do Direito<sup>21/22</sup>. Tal tendência tem tido, igualmente, respaldo dogmático ao nível

---

esta realidade, apertando a malha daqueles deveres que disciplinam a relação, tal como ela deve desenvolver-se entre *sujeitos leais, razoáveis e honestos*. Eles conduzirão com frequência à necessidade de prevenir atempadamente o outro sujeito da relação com respeito a alguma alteração futura da conduta, sob pena de responsabilidade. Tais deveres, inspirados na regra da boa-fé, não provêm de nenhum compromisso negocial e não podem ser entendidos como obrigações em sentido técnico.”; (itálicos nossos) MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2004, p. 578.

18 “A eficácia da justiça penal é, certamente, um valor importante à sobrevivência do próprio Estado de direito”; JOÃO CONDE CORREIA, “Inquérito: a Manutenção do Paradigma ou uma Reforma Encoberta?”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 18, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 205.

19 A jurisprudência do Tribunal Constitucional vem sistematicamente afirmando a imperiosidade de um sistema de justiça penal eficaz, quer do ponto de vista da prossecução do *ius puniendi* da máquina punitiva estadual, quer do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos dos abusos (e excessos) punitivos da referida máquina punitiva estadual; seguimos de muito perto, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 39/2004, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Paulo Mota Pinto, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

20 Tal conexão economicista foi feita muito recentemente pela doutrina portuguesa “a circunstância de o recurso ao “dispute boards” constituir uma solução provisória de litígios surgidos durante a execução das obras, a requerer uma *composição rápida, ainda que efêmera, a fim de que o desentendimento entre as partes não comprometa gravemente a viabilidade económica do projeto*”; (itálicos nossos); ANTÓNIO SAMPAIO CARAMELO, “Litígios em contratos de construção de grandes infraestruturas – Especificidades e meios de resolução”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano II (2017), Número 2, Coimbra, Almedina, 2017, p. 312.

21 É muito comum falar-se, a este respeito, em tema de Processo civil e Direito da Arbitragem, numa difusa crise da justiça. Na medida em que o (supostamente holístico) sistema de justiça não protende a uma visão estratégica de longo prazo e se encontra (momentaneamente) agrilhoado em míopes visões político-partidárias que maximizam o *imediato* e postergam o *futuro*. Por essa razão, têm sido alinhavados relevantes contributos doutrinários que se colimam à criação de meios alternativos de resolução de litígios e à “desalavancagem” do sistema de justiça estadual, que se pretende materialmente justo, célere e, essencialmente, eficaz; PAULA COSTA E SILVA, “De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias”, in: *O Direito*, Ano 140, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 735-736; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Direito da Arbitragem na Região

do processo civil, mormente no que respeita ao direito comparado<sup>23</sup>. Tal deriva doutrinária não faz -e bem – qualquer alusão à administração da justiça penal com recurso a critérios economicistas, como veremos. Esse discurso de jaez economicista, ainda cingido ao Direito Processual Civil e ao Direito da Arbitragem, polariza-se, essencialmente, do ponto de vista estrutural, numa perspetiva estática, na ligação umbilical entre o Economia e Direito<sup>24</sup> e na *poupança de recursos judiciais*<sup>25</sup>.

b) Não nos parece que seja de condenar esta deriva que propugna a poupança de recursos judiciais<sup>26</sup>. Pelo contrário. E por várias ordens de razões: em primeiro lugar, nenhum sistema de administração da justiça penal pode funcionar em pleno (de um ponto vista estrutural

---

Administrativa Especial de Macau: o acesso ao direito e aos tribunais (art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) e os meios alternativos de resolução de litígios”, in: *Revista de Administração Pública de Macau (RAP)*, n.º 113, vol. XXIX, 2016-3.º, Macau, 2016, 179-189; na doutrina italiana, MICHELLE TARUFFO, “Un’alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti”, in: *Revista de Processo*, Ano 32, numero 152, (Outubro de 2007), 2007, pp. 319-331; na doutrina alemã, PETER GOTTWALD, “Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten”, in: *Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag*, org. Gerhard Luke/ Takehiko Mikami/Hans Prutting, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 137-155.

22 No âmbito do direito administrativo, o bordão axiológico da poupança de recursos judiciais tem sido associado à ideia da racionalização do processo ou, mais prosaicamente, à ideia motriz da racionalização dos meios na jurisdição administrativa estadual. São indistigáveis as semelhanças com os referentes economicistas de um ponto de vista estrutural, numa perspetiva estática, que vimos aqui afirmando. Isso mesmo resulta do seguinte passo: “Numa perspetiva de conjunto, as várias medidas adotadas na presente reforma parecem obedecer a uma ideia central de racionalização processual. Procura o legislador tornar mais eficiente o processo tirando o máximo partido dos meios de que dispõe, assim eliminando, sob um propósito de economia processual, os atos que se afiguram inúteis ou dispensáveis à consecução dos fins visados. Pela simplificação, visa-se atingir uma gestão maximizada dos meios processuais”; (itálicos nossos); FERNANDA MAÇAS, “A Racionalização do Processo: considerações breves sobre uma ideia central que preside à Revisão do CPTA”, in: *Julgar*, Maio-Agosto 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 153.

23 As preocupações com a poupança de recursos judiciais parecem ter impressionado o legislador suíço, que empreendeu um esforço de unificação do processo civil suíço e acentuou a intensidade do princípio da celeridade processual, o princípio da imediação e ao princípio da publicidade; na doutrina suíça, JACQUES HALDY, “Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse”, in: *Revue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008, pp. 238 e ss; WEY RAINER, “Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, in: *Haftpflichtprozess*, Zurich, 2010, pp. 48 e ss. Tais preocupações pela eficácia e eficiências processuais, sob o ponto de vista da celeridade processual, da tensão para o fundamental e da resolução materialmente efectiva do litígio, estiveram, igualmente, no núcleo das preocupações do legislador processual civil italiano de 2009 (no dia 19 de Junho de 2009, entrou em vigor a Lei n.º 69/09, que alterou várias disposições legais do Código de Processo Civil Italiano); na doutrina italiana, ALBERTO BUCCI/ ANNA MARIA SOLDI, *Le Nuove Riforme del Processo Civile*, Cedam, Padova, 2010, pp. 78 e ss; DINO BOUNCRISTIANI, “Il Nuovo art.º 101, comma 2.º CPC sul Contraddittorio e sui Rapporti tra Parti e Giudice”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 2, 2010, pp. 398 e ss.

24 Essa aproximação entre o Direito e a Economia é, hoje, particularmente visível na ligação umbilical entre o Direito da Arbitragem e os litígios de grande valor económico e que se traduzem “no interesse geral de se favorecer o recurso a arbitragem enquanto meio de resolução de litígios que melhor serve o eficiente exercício das actividades económicas”; na doutrina inglesa, ALAN REDFERN/ MARTIN HUNTER/NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5<sup>th</sup> edition, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 95-99; na doutrina francesa, BERNARD HANOTIOU, *L'arbitrabilité- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, The Hague, 2003, pp. 43-61; na doutrina portuguesa, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 29-31; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, in: *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Comércio e Indústria*, republicado na *Revista de Arbitragem e Mediação 27 (RARB)*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 13-43, que seguimos de muito perto.

25 Um afloramento desta procura incessante pela racionalização de meios processuais e de custos económicos na administração da justiça processual civil surgiu retratada recentemente na doutrina portuguesa: “Ora é a carga fáctica que determina a carga específica – temporal e de meios – de cada processo, mais do que o valor da causa. Se queremos continuar a ter juízes nos processos, temos de aligeirar a carga fáctica que lhe é presente: não podem estar prisioneiros de um processo de partes”; (itálicos nossos); RUI PINTO, “O Processo Civil Português: diagnóstico e cura”, in: *Julgar*, N.º 17, Maio-Agosto 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 138.

26 Compreende-se porquê: a Justiça tem um cariz de serviço público e, nessa medida, tem de ser, ao menos em parte, e sem que se ceda a tentações de um economicismo tutelar de (estranho) sabor *posneriano*, guiada por considerações de eficácia, eficiência e contenção de custos; neste sentido, na doutrina francesa, E. SEVERIN, “Comment l’esprit du management est venu à l’administration de la justice”, in: *La Nouveau Management de la Justice et l’indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011, p. 54. De certa forma, esta tendência foi seguida muito recentemente no novo do Código de Processo Civil de Brasil de 2015, onde autorizada doutrina destaca que os desígnios da reforma foram: “a garantia de acesso à justiça; a duração razoável do processo; a razoabilidade; a paridade entre os litigantes e o contraditório efectivo; o compromisso com a celeridade e a economia processuais”; na doutrina brasileira, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “O Compromisso do Projeto do Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo”, in: *Revista de Informação Legislativa*, ano 48, n.º 190, 2011, pp. 238-256. Outro sector da doutrina brasileira acentua o reforço do “princípio do

e funcional) se não estiver estrategicamente alinhado com a racionalização e otimização dos seus meios judiciais, necessariamente contingentes e escassos. Compreende-se porquê: desalinhamentos estratégicos atinentes à racionalização e otimização do sistema de justiça penal, ou seletivas miopias político-partidárias, cujo fluxo e refluxo assentam tão-só no lábil fragor do tempo, resultam, invariavelmente, em desperdício judicial. Basta fazer as contas: se onde se deve *pôr mais* (meios judiciais para o combate processual à grande criminalidade, verdadeiro sorvedouro de dinheiros públicos) se *põe menos* ou, pior, se se nivela tudo pelo mesmo estalão, o resultado judicial só pode ser uma desoladora e generalizada ineficácia e ineficiência do sistema de administração da justiça penal: não se combate verdadeiramente nem a pequena e média criminalidade, nem, muito menos, a grande criminalidade.

Em segundo lugar, a deficiente distribuição dos recursos judiciais, ocasionada pela falta de racionalização e otimização dos meios judiciais, desnuda o manto diáfano da ineficácia global do sistema de administração da justiça penal e tem o condão de provocar uma imediata (mesmo irreversível) crise de confiança<sup>27</sup> junto dos destinatários últimos do mesmo:

---

contraditório e da simétrica paridade de armas”; FLÁVIO QUINAUD PEDRON, “A fundamentação dos provimentos jurisdicionais no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos”, in: *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXVI, 2017, n.º 343, Janeiro-Abril de 2017, Braga-Rio de Janeiro, Universidade do Minho, 2017, pp. 82 e ss; em sentido aproximado, LUIZ FUX, “O Novo Processo Civil”, in: *O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011, pp. 8 e ss. Tais preocupações parecem ter impressionado o legislador suíço, que empreendeu um esforço de unificação do processo civil suíço e acentuou a intensidade do princípio da imediação e da publicidade; na doutrina suíça, JACQUES HALDY, “Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse”, in: *Revue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008, pp. 238 e ss; WEY RAINER, “Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, in: *Haftpflichtprozess*, Zurich, 2010, pp. 48 e ss. Tais preocupações pela eficácia e eficiências processuais, sob o ponto de vista da celeridade processual e da tensão para o fundamental, do ponto de vista da resolução materialmente efetiva do litígio, estiveram, igualmente, no núcleo das preocupações do legislador processual civil italiano de 2009 (no dia 19 de Junho de 2009, entrou em vigor a Lei n.º 69/09, que alterou várias disposições legais do Código de Processo Civil Italiano); na doutrina italiana, ALBERTO BUCCI/ANNA MARIA SOLDI, *Le Nuove Riforme del Processo Civile*, Cedam, Padova, pp. 78 e ss; DINO BOUNCRISTIANI, “Il Nuovo art.º 101, comma 2.º CPC sul Contraddittorio e sui Rapporti tra Parti e Giudice”, in: *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 2, 2010, pp. 398 e ss.

27 A ideia (teoria) de confiança (*Vertrauenstheorie*) é tão cara ao direito ao ordenamento jurídico tomado na sua globalidade que estende a sua aplicabilidade a todos os ramos do direito. Tal ideia de confiança deve nortear o comportamento de todos os operadores judiciais. Mas não só. O Estado-Legislador, que não é estruturalmente um operador judicial, mas uma espécie de *estratega judicial*, deve dar o exemplo, que se corporiza no poder-dever de infundir confiança no espírito daqueles que operam no terreno judicial: os operadores judiciais. Sem confiança na adequada distribuição de recursos judiciais, a aspiração a uma justiça penal materialmente justa, célere e, essencialmente, eficaz, não ascende ao patamar da realidade e soçobra nas penumbrosas águas da ficção. A doutrina alemã e brasileira têm, no âmbito do direito civil, dado a devida nota da necessidade (instante) da criação de laços de confiança entre as partes contraentes na órbita de um ordenamento jurídico comprometido com referentes de *justiça comutativa* e, principalmente, de *justiça distributiva*. Não é, pois, uma realidade judicial (já de si insuscetível de desmembramento axiológico-funcional) estanque, mas um vaso comunicante com o Direito Penal, mais do que não seja por força do princípio da unidade da ordem jurídica (art.º 30.º, n.º 1, do Código Penal): a desconfiança na administração da justiça não “faz turnos” e não escolhe ramos do Direito; Sobre a confiança no ordenamento jurídico e, em especial, na responsabilidade civil pré-contratual; RUDOLF VON JHERING, “Culpa in contrahendo” oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Veträgen, in: *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 1, 1981 (reimpressão da edição de Jena, 1881), 1881, pp. 327-425; na doutrina italiana, GERARDO MARASCO, *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell’equilibrio negoziale*, 2006, pp. 18 e ss; na doutrina brasileira, THIAGO RODOVALHO, “Obrigações e riscos”, in: *O Direito*, ano 146.º (2014), IV, Coimbra, Almedina, 2014, p. 879. A documentar o que vimos de afirmar, emergiu muito recentemente um estudo que confirma tais asserções, partindo da distinção entre *Trust* e *Trustworthiness*, e que se polariza no seguinte: a Justiça só pode infundir confiança nos seus destinatários últimos (os cidadãos) quando age com integridade e, essencialmente, com razoabilidade, em termos perspetivos e, principalmente, prospectivos: “our study utilized Mayer, Davis, and Schoorman’s (1995) distinction between *trustworthiness* (the ability, benevolence, and integrity of a trustee) and *trust* (a willingness to be vulnerable to the trustee) to clarify that connection. More specifically, we drew on a theoretical integration of social exchange theory, the *relational model*, and fairness heuristic theory to derive predictions about the relationships among *justice*, *trustworthiness*, and *trust*, with supervisors as the referent. A longitudinal field study stretching over two periods showed that informational justice was a significant predictor of subsequent *trust perceptions*, even when analyses controlled for prior levels of trust and trustworthiness. However, the relationship between justice and trustworthiness was shown to be reciprocal. *Procedural and interpersonal justice* were significant predictors of subsequent levels of benevolence and integrity, with integrity predicting subsequent levels of all four justice dimensions. We describe the theoretical

os cidadãos. Em terceiro lugar, mas não menos importante, tal crise de confiança na justiça penal pode materializar-se naquilo que autorizada doutrina penalista denomina, noutra âmbito temático, de *evento sumativo futuro*<sup>28</sup>: quanto menor for o esforço de racionalização e de otimização dos recursos judiciais no presente, maior será a erosão no capital de confiança no Estado-Legislador<sup>29</sup> (verdadeiro estratega judiciário) no futuro.

Não é por acaso que a doutrina penal começa, lenta mas inexoravelmente, a apelar decisivamente à densificação do bordão axiológico-funcional da *poupança de recursos judiciais*<sup>30</sup>. Tudo isto em estreita interligação genética e funcional com a proteção dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos (segurança coletiva, direitos de defesa do arguido em processo penal, dignidade da pessoa humana, paz jurídica, e o direito a um processo célere com uma duração razoável)<sup>31/32/33/34</sup>, e com o feroz combate à grande criminalidade que campeia

---

implications of these results for future research in the justice and trust literatures”; (itálicos nossos); JASON A. COLQUITT/JESSICA B. RODELL, “Justice, Trust, and Trustworthiness: A Longitudinal Analysis Integrating Three Theoretical Perspectives”, in: *Academy of Management Journal*, 54, 2011, p. 1183.

28 AUGUSTO SILVA DIAS, *Delicta in Se*” e “*Delicta Mere Prohibita*”, *Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Penais, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 801.

29 Estado-Legislador aqui entendido como a entidade (Assembleia da República ou, mais restritivamente, o Executivo) que se dedica à produção legislativa.

30 A dita doutrina penalista traça um laço de pertinência entre o tempo judiciário, a duração razoável do processo e a obrigação do Estado-Legislador de criar um sistema de administração da justiça penal comprometido com prolegómenos de eficácia processual; de eficiência processual e, sobretudo, de *poupança de recursos judiciais*: “em virtude da possibilidade de ação individual e das suas características ressarcitórias, o princípio da duração razoável do processo, no ordenamento convencional, é uma garantia subjetiva que tem por objeto a concreta situação subjetiva, ou seja, a sua violação é apreciada pelo Tribunal caso a caso, em relação quer à duração total de cada processo, quer ao comportamento eventualmente dilatatório dos intervenientes, qualquer que ele seja. O *postulado de eficiência penal* empurra em diversas direções a *exigência de celeridade na afirmação do poder punitivo*. Isso, em síntese, traduz-se na *obrigação de o legislador estruturar as normas processuais e o procedimento de modo a assegurar a poupança de recursos*, mas ao mesmo tempo assegurar um julgamento tanto mais próximo dos factos a julgar quanto seja razoável, também com o fito de garantir tempestivamente os efeitos de estabilização normativa de prevenção geral e especial das sanções. Comporta também a obrigação de diligência por parte das autoridades judiciais para que não seja a sua falta a causa da *demora excessiva do processo*” (itálicos nossos); GERMANO MARQUES DA SILVA, “Princípio da Celeridade e Prazos de Inquérito”, in: *Julgar*, N.º 34, Janeiro-Abril 2018, Coimbra, Almedina, 2018, p. 143.

31 Tal esforço já havia sido encetado, em bom rigor, pelo Tribunal Constitucional em 2014 que, a propósito da redação conferida pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, ao art.º 381.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, emitiu um importante Acórdão que decretou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da aludida disposição legal. O referido aresto sublinhou, no essencial, que as exigências de celeridade processual não se podem sobrepor às exigências (igualmente ingentes) garantias de defesa do arguido em processo penal (art.º 32.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal). É aqui, pensamos, que reside o meritório esforço hermenêutico do Tribunal Constitucional em assegurar o núcleo essencial do direito fundamental social do arguido (as inalienáveis garantias de defesa em processo penal, de inspiração laica, humanista e antropocêntrica), que não pode (não deve) soçobrar perante exigências de *pura celeridade processual “à flor da pele”*; Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 174/2014, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

32 A inexistente concordância prática entre o universo de inalienáveis garantias de defesa e as exigências de celeridade processual *a outrance*, ao (pior) estilo legislativo da redação conferida ao art.º 381.º, n.º 1 pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, tem merecido ásperas críticas por parte da doutrina recente, como resulta claramente do seguinte passo: “a insustentável leveza da configuração do regime legal do processo sumário na Reforma de 2013 afrontou a sua *vocação tendencialmente exclusiva para o julgamento de pequena e média criminalidade, deslocando o ponto de concordância prática entre o garantismo processual, a celeridade processual e a gravidade das consequências penais da conduta*. Tivesse o legislador temperado a urgência legiferante com alguma reflexão sedimentada sobre o problema e facilmente detetaria que a extensão do âmbito material de aplicação do processo sumário à criminalidade grave seria censurada pelo Tribunal Constitucional. (...) O desequilíbrio axiológico da solução desenhada era pouco menos que evidente, sobretudo tendo como referente anteriores decisões do TC, no sentido em que os crimes de maior gravidade implicam o reforço das garantias de defesa do arguido; as garantias de defesa do arguido são fragilizadas através do julgamento em tribunal singular; e o processo sumário oferece menos garantias de defesa ao arguido”; (itálicos nossos e da autora); BEATRIZ SEABRA DE BRITO, “Um processo sumário desassossegado: da Reforma de 2013 à reconfiguração do regime legal em face do Acórdão n.º 174/2014 do Tribunal Constitucional”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 24, N.º 2, Abril-Junho 2014, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 304-305.

33 Como bem afirma um outro sector da doutrina, a propósito da intersecção jurídica entre a celeridade processual e o garantismo

desenfreadamente na arena jurídica lusófona. Sem esquecer, natural e necessariamente, com o postulado de eficiência processual que deve perpassar todo o sistema de administração da justiça penal.

Essa exortação dirige-se, essencialmente, ao Estado-Legislator<sup>35</sup>. De novo se compreende porquê: «o processo penal é um dos meios ou instrumentos de combate à atividade criminosa, mas se o problema a resolver fosse simplesmente reprimir a atividade ilícita, criminosa, bastaria um estado de polícia ou até um sistema processual de modelo inquisitório privada de garantias. Os legisladores do nosso mundo cultural, genericamente os sistemas de Estado de direito democrático, escolheram outra via, seguramente mais difícil, subordinando à lei a repressão da criminalidade. É que, em democracia, a função essencial do Estado, que se baseia na dignidade da pessoa humana e empenhado na construção de uma sociedade livre, justa e solidária – art.º 1.º da CRP-, garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de Direito democrático – art.º 9.º da Constituição da República Portuguesa»<sup>36</sup>.

c) Assim o projete o Estado-Legislator. Assim o execute o Estado-Juiz<sup>37</sup>. Assim o acolham

---

processual inerente às garantias de defesa do arguido num processo penal moderno comprometido com exigências de respeito pelo humanismo (material e processual): “num tempo em que *time is money*, a celeridade processual é uma *conditio sine qua non* para a bondade da própria decisão final. (...) A comunidade, a vítima e, por vezes, até, o próprio arguido (quando não procura afastar, a todo o custo, uma condenação inevitável) esperam um rápido esclarecimento do facto e o consequente restabelecimento a paz jurídica violada com o crime (...) *Acelerar o processo penal deverá ser, mesmo, um inquestionável imperativo jurídico e político*. O protelar interminável da decisão final é inadmissível num Estado de direito (art.º 20.º, n.º 4 e art.º 32.º, n.º 2, da CRP). De todo o modo, mesmo assim, não se compreenderá, *nem se aceitará, que a celeridade processual seja conseguida a todo o custo, desprezando os mais elementares direitos e garantias processuais*”; (itálicos nossos); JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, in: ANDRÉ LAMAS LEITE (Organização), *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma «Cirúrgica»?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 217-218; em sentido aproximado, JOÃO CONDE CORREIA, “Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça: uma oportunidade perdida”, in: AA.VV., *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 155 e ss.

34 Os apelos à economia de custos e de racionalização de meios escassos têm sido paulatinamente lançados pela doutrina, que aqui se respiga nos seus traços essenciais: “O certo e inegociável é a necessidade de controle judicial do mecanismo de diversão proposto, na perspectiva do carácter público do processo, a fim de que sejam evitados desvios que reduzam o *problema da sua vertente de economia de custos* ou que possam permitir acordos fundados sob coação, por medo de imposição de penas graves”; (itálicos nossos); KARLA PADILHA REBELO, “Ensaio sobre a possibilidade de métodos de otimização do resultado do processo penal, no âmbito da criminalidade económico-financeira: testando o acordo sobre a sentença, sem comprometer o sentido do devido processo legal e outras garantias do arguido”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017, pp. 502-503. Referindo, concretamente em relação ao processo sumaríssimo, a uma necessidade de “conferir a máxima eficiência ao instituto, *com poupança de tempo e meios*”; (itálicos nossos); PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “Os Processos Especiais na Revisão de 2007 do Código Processo Penal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, ano 18, n.º 4, Outubro/Dezembro de 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 499. Mais recentemente este autor refere, a este propósito, o seguinte: “a linguagem da eficácia e eficiência tem também tradução normativizada em concretos preceitos constitucionais, como sejam o direito a decisão “em prazo razoável” (art.º 20.º/4 da CR) e, em matéria penal, no “mais curto prazo compatível com as garantias de defesa” (art.º 32.º/2 da CR), o direito a procedimentos de “celeridade” e à obtenção de “tutela efectiva em tempo útil” para defesa de direitos, liberdades e garantias pessoais (art.º 20.º/5); e até mesmo (não vejo porque não) *na consideração de que a administração da justiça não há-de estar subtraída às exigências de “eficácia” e de “racionalização de meios” que valem para a administração em geral* (art.º 267.º/2/5 da CR)”; (itálicos nossos), PEDRO SOARES DE ALBERGARIA, “O útil e o justo na gestão dos tribunais, em especial o juiz natural e a inamovibilidade”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 27, N.º 3, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico Europeu (IDPEE), 2017, p. 547.

35 “O poder legislativo deverá, por isso, fazer tudo o que esteja ao seu alcance para propiciar as condições processuais indispensáveis à celeridade processual: todas as medidas, constitucionalmente admissíveis, que promovam a razoabilidade do prazo necessário para um veredito final justo, são muito bem vindas”; (itálicos nossos); JOÃO CONDE CORREIA, “Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata”, *cit.*, pp. 217-218.

36 GERMANO MARQUES DA SILVA, “A Tutela Jurisdicional no Processo-Crime: Realidade ou Utopia”, in: *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal – Memórias*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 92-93.

37 Aqui entendido como o aparelho de administração da justiça penal, em sentido lato (tribunais e o juizes, como titulares de um órgão de soberania), e, em certas e muito contadas situações, em sentido estrito (o Ministério Público, como órgão autónomo de administração da justiça (Jorge Miranda/Rui Medeiros) e como titular da acção penal.

(mais ou menos beneplacitamente) os destinatários últimos do sistema de administração da justiça penal: os cidadãos. Seria muito bom augúrio: eles configuram uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)<sup>38</sup>, espelho idóneo de uma tão esperada quanto necessária *cooperação dialética alargada* entre o Estado-Legislador, o Estado-Juiz<sup>39</sup> e os cidadãos que diariamente interpelam o sistema de administração da justiça penal. Uma tal cooperação dialética alargada é especialmente importante neste momento em que os mecanismos de consenso e diversão em processo penal (numa perspectiva mais restrita, o processo sumaríssimo; numa perspectiva mais ampla, ainda de uma perspectiva *de iure condendo*, os acordos sobre a sentença em processo penal) caminham decisivamente rumo à sua crescente contratualização sob a veste axiológico-normativa do processo como uma «comunidade comunicativa ideal». A contratualização dos mecanismos de consenso e diversão ocasionará (mais tarde ou mais cedo) a realização de verdadeiros negócios jurídicos processuais no âmbito do processo penal, com base na seminal ética do discurso e do consenso. Escapa ao escopo deste artigo o desenvolvimento desta temática<sup>40</sup>.

38 Designação funcional colhida no solo fértil do processo civil; MATHIAS WALLIMAN, *Der unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, pp. 28 e ss. Entendendo que “o processo deve ser entendido como uma comunidade de comunicação”, PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 578 e ss. Essa comunidade de comunicação visa prosseguir um interesse público relevante: a economia processual e uma justiça materialmente justa baseada na colaboração processual entre os sujeitos processuais; em sentido aproximado, VERENA VENTSCH, *Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung*, Hamburg, Verlag Kovac, 2005, pp. 130 e ss. Não é por acaso que a ciência processual civil começa a descolar-se dos formalismos bacocos e estereis e a aproximar-se decisivamente de uma *gestão material* (*materielle Verfahrensleitung*) polarizada no mérito da causa e na emissão de decisões materialmente justas que se foquem primacialmente nos aspectos substantivos da causa. Isso requer um juiz e partes processuais funcionalmente mais ativos, membros de uma comunidade de comunicação e de uma comunidade de trabalho que se colima à realização de uma justiça materialmente mais justa e célere. Sobre isto, no âmbito do processo civil, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 2010, pp. 408 e ss; JAUERNING, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, München, C.H. Beck, 2007, pp. 75 e ss. Enfatizando que o “princípio de gestão material do processo encontra-se intimamente ligado ao princípio geral da cooperação, no sentido, precisamente, de que o juiz deve cooperar com as partes com vista a obter a justa composição do litígio”, MIGUEL MESQUITA, “Princípio de Gestão Processual: o «Santo Graal» do Novo Processo Civil?”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3995, Novembro-Dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 89. Na verdade, a justa composição do litígio avoca duas vertentes primaciais: i) a prossecução da verdade judiciária e ii) a credibilidade do sistema de justiça. Em sentido muito próximo, LUÍS LAMEIRAS, “O princípio do inquisitório: um poder-dever ou um poder discricionário do juiz?”, in: *II Colóquio de Processo Civil de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 23. Seria muito bom sinal se os operadores judiciários do processo penal seguissem o exemplo do processo civil. Para já, fica só o empréstimo da designação doutrinal da comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*). Esperemos que hajam atos materiais consubstanciadores dessa (almejada) cooperação dialética alargada entre os sujeitos processuais no âmbito dos mecanismos de consenso e diversão em processo penal. Entende-se porque: “o processo tem, definitivamente, de deixar de ser confundível com uma luta ou duelo, por muito que isso custe à velha corrente ortodoxa e liberal avessa, no fundo, ao *interesse público da justa composição dos litígios* e ao *princípio da economia processual*”; (itálicos nossos); MIGUEL MESQUITA, “A «morte» do princípio do dispositivo?”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 147.º, N.º 4007, Novembro-Dezembro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017, p. 119; em sentido aproximado, CARNELUTTI, “Contro il processo fraudolento”, in: *Studi di diritto processuale*, Volume II, Padova Cedam, 1928, pp. 33 e ss.

39 Não se desconhece que a doutrina tem manifestado uma visão doutrinal radicalmente oposta a esta. Refere essa doutrina que “não entendo que o nosso papel, enquanto juristas, deve ser o de uma colaboração ativa com o legislador, em ordem à realização do direito, nobre tarefa, em que todos devemos estar ativamente envolvidos”; ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, “A cláusula penal perante as alterações de 1980 e de 1983 ao Código Civil”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 147.º, N.º 4006, Setembro-Outubro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017, p. 10. Trata-se, somente, da defesa empedernida de um sistema de administração da justiça penal fortemente comprometido com referentes de eficácia e de racionalização de meios (necessariamente contingentes e escassos). Repisamos a lei tendencial que deve perpassar e iluminar toda a ossatura processual penal: quanto *maior* for a utilização de mecanismos de consenso e diversão, *maior* será a eficácia da justiça penal. No fundo, trata-se, fundamentalmente, de defender a própria ideia de Direito como um bem jurídico-penal, “como tal percebido pelo homem de carne-e-osso”; FRANCISCO AGUILAR, “Sobre o atentado de 20 de Julho de 1944 como Legítima Defesa da Ideia de Direito”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 27 (2017), N.º 2, Maio-Agosto 2017, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017, p. 238; FRANCISCO AGUILAR, “A ideia de Direito como bem jurídico-penal”, in: *O Direito*, Ano 149 (2017), II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 343 e ss; FRANCISCO AGUILAR, “A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano 1 (2016), n.º 4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 853 e ss.

40 Para mais desenvolvimentos, HUGO LUZ DOS SANTOS, Os mecanismos de consenso e de diversão no processo penal: por um novo paradigma de maximização da justiça consensual, Coimbra, GestLegal, 2019, pp. 238-543, em curso de publicação.

d) Em razão do antedito, uma pergunta emerge: significará essa racionalização funcionalmente orientada para a maximização da poupança de recursos judiciais e para a maximização e otimização do sistema de administração de justiça penal, o perfilhamento de uma irrestrita Economia do Direito (*Law and Economics*)? Ou, pior, a consagração de uma administração da justiça penal sujeita a critérios eminentemente economicistas?

Creemos que não. A haver economicismo tutelar, ele radica a montante (numa perspectiva estática) do sistema de administração da justiça penal. Ele consubstancia-se no desenho, pelo Estado-Legislator, da estrutura sistémico-funcional da justiça penal e na adoção de uma concreta política criminal que vise combater, de forma racional e funcionalmente orientada, a pequena, média e a grande criminalidade. E não a jusante (numa perspectiva dinâmica) do sistema de administração da justiça penal. E não, igualmente, na administração da justiça penal pelos operadores judiciais que operam no terreno judicial, os juízes e os magistrados do Ministério Público, que emitiriam as suas decisões jurisdicionais com base numa lógica eminentemente economicista de custo-benefício, à qual presidiria, por seu turno, uma análise económica das consequências judiciais das mesmas.

e) Vejamos porquê. A constelação temática que nos interpela<sup>41</sup> – a *law and economics scholarship* – tem como base essencial a ideia reitora que os problemas da organização e da administração da justiça – «consubstanciados numa institucionalização pragmática contingente da decisão – julgamento<sup>42</sup> sejam reconstituídos e tratados (mas também solucionados) na perspectiva das suas consequências<sup>43</sup>. «Ou mais rigorosamente, na perspectiva («sob o desafio») de um certo equilíbrio – *balancing* dessas consequências. Que é aquele que objetiva (e delimita) como custos e benefícios»<sup>44</sup>.

Tendo esta ideia motriz como pano de fundo, e fixado o território semântico em que se move a *Law and Economics Scholarship*, é possível surpreender nesta escola de pensamento uma ambição (desmedida?) de fusão hermenêutico-epistemológica das duas componentes que a integram (a *jurisdictio* enquanto organização sistémica ou estrutura e a análise custo/benefício)<sup>45</sup>.

41 HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Reforma do Código do Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo : entre a *Law and Economics Posneriana* (MDR) e a Maximização da Justiça Consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?”, in: O Direito, Ano 147, I (2015), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 159-186, que, com assinaláveis atualizações temáticas, dogmáticas e bibliográficas, seguiremos de muito perto.

42 LEWIS KORNHAUSER, “Judicial Organization & Administration” e “Appeal & Supreme Courts”, in BOUCKAERT/BOUDEWIJN/DE GEEST/GERRIT (Eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume V (The Economics of Crime and Litigation), parte VII (Civil and Criminal Procedure), Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 27 e ss e 45 e ss.

43 AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXVIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 66-178, que seguiremos de muito perto.

44 AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178.

45 AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178.

Pugnando pela interdisciplinaridade entre os dois campos do saber (Direito e Economia), Richard Posner advoga que, mais do que perfeitamente estanques, ambas as disciplinas do saber devem ser verdadeiros vasos comunicantes. A esta luz, é possível a mobilização de premissas de cariz eminentemente economicista para garantir a resolução de problemas intrinsecamente jurídicos<sup>46</sup>.

Como protagonista desta fusão de horizontes epistemológicos surge o homem (no nosso caso, os operadores judiciários, juízes e magistrados do Ministério Público) como maximizador racional das suas satisfações<sup>47</sup>, tendo como base fundamental a racionalidade económica assente no custo – benefício e no princípio da utilidade – eficiência<sup>48</sup>.

Numa das suas obras marcantes, Posner preconiza a maximização da riqueza (MDR) – *wealth maximization*<sup>49</sup> – como critério orientador, a montante e a jusante, da decisão judicial<sup>50</sup>. Posner avança a maximização da riqueza (MDR) – *wealth maximization* - como proposta ético – fundacional, rejeitando, de permeio, o fantasma utilitarista de pendor Benthamiano.

Por conseguinte, a melhor forma de o fazer seria cunhar a MDR como critério alternativo, resgatando-o do solo economicista em que a mesma foi colhida, enquanto ciência da escolha racional num mundo caracterizado pela escassez dos seus recursos em face das necessidades humanas<sup>51</sup>, em que o homem (*reasonable man*)<sup>52</sup> é entendido como maximizador

46 RICHARD POSNER, *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económico, 1998, p. 11.

47 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, in: *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano X, N.º 19, 2010, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 196-201, que seguimos de muito perto.

48 RICHARD POSNER, “Values and Consequences: as an introduction to economic analysis of Law”, in: *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, 53, 1998, pp. 2 e ss; mais recuadamente, RONALD COASE, “The Problem of Social Cost”, in: *Journal of Law and Economics* 3, 1961, pp. 1-8; GUIDO CALABRESI, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts,” in: *Yale Law Journal* 70, 1961, pp. 498-499; GARY BECKER, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” in: *Journal of Political Economy* 76, 1968, pp. 168-169.

49 “Wealth maximization provides an ethically attractive norm for social and political choices, such as those made by courts asked to determine whether negligence or strict liability should be the rule for deciding whether an injurer must compensate his victim. Wealth, in a broad sense, is not confined to money. Rather, wealth is fundamentally linked to a utility that enshrines people’s preference aversion to risk, being that utility the access to justice system. As Posner explains: “Wealth is not limited to market commodities such as houses and cars. As a matter of fact, the value of houses and cars is not always reducible to market values. The house I value at \$100,000 might not be valued at more than \$90,000 by anyone else because it has sentimental associations for me, and likewise with the car. In this case, the real value would exceed market value. Or, I might work for a lower salary than I could make, simply because I liked the work I did for that lower salary so much; that would mean that I derived part of my wealth from working and part from the pecuniary income that I earned by working. These examples help to show that money, to an economist, is not wealth, but just a measure of one’s entitlement to houses, cars, rewarding work, leisure, privacy, and countless other “things” that constitute a person’s wealth; everyone’s wealth added together constitutes the nation’s wealth. The wealth of a nation is the present value of the flow of benefits, measured as suggested above, from the consumption of goods and services, tangible and intangible, by its people. Monetary measures of social income or wealth such as Gross National Product or National Income are inadequate and inaccurate measures of a nation’s wealth. When I used money as a component of wealth earlier, it was just a shorthand term for the things that money can buy. The economist uses the concept of income or wealth in this broad sense all the time, but calls it “utility,” meaning, however, something quite different from what utilitarian philosophers mean. To compound the confusion, the economist uses the word “wealth” to mean something different from the economic concept of “utility.” To the economist, “utility” differs from “wealth” because utility is adjusted for people’s preference for risk or (more commonly) aversion to risk, in the sense of the variance of possible outcomes of an uncertain event”; seguimos textualmente, RICHARD POSNER, “Wealth Maximization Revisited”, in: *Notre Dame Journal of Law Ethics & Public Policy*, 2 1987, pp. 85-89; RICHARD POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, pp. 18-98.

50 RICHARD POSNER, *Economic Analysis of Law*, 1973, pp. 18 e ss.

51 RICHARD POSNER, *El Análisis Económico del Derecho*, cit., p. 11.

52 RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1988, p. 280.

racional dos seus próprios interesses<sup>53</sup>. A MDR, «enquanto eficiência económica, surge como critério fundacional do direito e da escolha judicial, devendo o legislador e o julgador agir, nas suas diferentes tarefas – opções, como *rational maximizers*<sup>54</sup>, realizando as suas escolhas de modo a obter os maiores benefícios possíveis aos menores custos. Esta eficiência é apresentada como fundamento normativo do direito a constituir, ao mesmo tempo que fornece a explicação – descrição do conjunto de decisões judiciais e das opções subjacentes às normas jurídicas. O direito oferece-se como meio – instrumento para um ideal de justiça distributiva que almeja uma alocação eficiente de bens naturalmente escassos»<sup>55</sup>.

f) Richard Posner entende que a analogia custo – sacrifício/preço e benefício/<sup>56</sup>vantagem económica perpassa qualquer fenómeno social, que se torna assim apto a constituir objeto da análise económica<sup>57</sup>.

Deste modo, «a tese posneriana radica na asserção de que na eficiência (enquanto MDR) reside o critério adequado para a jurisprudência de *common law*<sup>58</sup>, invocando, por um lado, a existência de um consentimento ou contrato social tácito, e, por outro lado, o papel privilegiado dos tribunais para a assunção de tarefas distributivas»<sup>59</sup>.

53 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201, que seguimos de muito perto; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 387 e ss.

54 Acentuando a aproximação ao pragmatismo, encetada no início dos anos 90, que preconiza uma atenuação da *wealth maximization* como alternativa à filosofia utilitarista, assumindo-se tal critério já não com base num fundamento ético mas pragmático; RICHARD POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 2nd edition, 2003, p. 391, RICHARD POSNER, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, pp. 8 ss.

55 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201; RICHARD POSNER, “The ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, in: *Hofstra Law Review* 8, Spring 1980, 1980, pp. 487-507.

56 O *cost – benefits analysis* que constitui a base da célebre *pragmatic turn* de RICHARD POSNER, que serviria de base à frase irónica de RONALD DWORKIN que, quando confrontado com o referido “pragmatic turn”, ironizou referindo que ao “Posner imperialista” sucedeu o “Posner pragmático”. O *O cost – benefits analysis* encontra-se explicitamente associado à trilogia científica denominada: 1) *The Problems of Jurisprudence* (1990); 2) *Overcoming Law* (1995); 3) *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999). A obra *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999) constitui uma das mais empenhadas tentativas de resgate da solidez científico-estrutural (para muitos irremediavelmente perdida...) da denominada *Chicago Trend*. Compreende-se porquê: empreende-se a uma revisão profunda (mesmo uma reponderação global) das pretensões de cientificidade e de objectividade que perpassaram a primeira fase do movimento doutrinal. Uma reavaliação que renuncia decisivamente à possibilidade de uma estrutura sistemática pré-concebida (corporizada em conceitos e princípios económicos básicos algo fluidos e imprecisos) – e com ela à exigência “de conceber a prática e o pensamento jurídicos como uma desimplicação lograda dessa estrutura sistemática” (“*as the possibility of deducing the basic formal characteristics of law itself from economy theory*”) – na mesma medida em que se desvincula da *law as social science claim* – que a primeira geração dos *Chicago Scholars* tinha herdado tanto da *Sociological Jurisprudence* quanto dos *Progressive Realists*; Para maiores desenvolvimentos, na doutrina alemã, ERICH SCHANZE, “Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., Verbindungslinien zur realistischen Tradition”, in: ASSMAN/KIRCHNER/SCHANZE (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Regensburg, 1978, pp. 7-10; na doutrina norte-americana, GARY MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, 1995, pp. 29-33, 101 e ss; AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178, que seguimos de muito perto.

57 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201, que vimos seguindo de muito perto; AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178, que seguimos de muito perto.

58 RICHARD POSNER, *How Judges Think*, 2008, pp. 18 e ss.

59 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201; RICHARD POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University, Harvard University Press, capítulos 3 e 4, 1983, pp. 12-29; AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício”, *cit.*, pp. 66-178, que seguimos de muito perto.

g) A recensão crítica não tardaria a chegar através da pena certeira de Ronald Dworkin. Com efeito, Dworkin começa por advogar a falta de consistência dogmática da MDR «como teoria normativa e descritiva do direito»<sup>60</sup>. Até porque, na sua ótica, existem premissas dogmáticas que carecem de explicação cabal e de correta arrumação científica<sup>61</sup>. «No que concerne ao consentimento ou contrato social tácito, Dworkin acusa Posner de confundir consentimento com equidade, defendendo a inadequação de contratos hipotéticos para a demonstração de equidade (*fairness*)»<sup>62</sup> que os mesmos teriam a virtualidade de cumprir<sup>63</sup>.

Mas a inconsistência dogmática das premissas em que assentam a tese propugnada por Richard Posner não se esgota aqui.

Desde logo, a somar ao fantasma utilitarista<sup>64</sup>, que Posner quis afastar do seu circuito reflexivo, resulta, de forma mais ou menos clara, a seguinte questão: a riqueza? De quem? «Dworkin aponta também a desconsideração da volatilidade do elemento psicológico presente em qualquer lógica de racionalidade maximizadora – «the grass is greener on the other side»<sup>65</sup>.

h) E esta crítica, em si e por si, mesmo à luz da mais moderna doutrina norte - americana que advoga a *Behavioral Law and Economics*<sup>66/67</sup>, é procedente<sup>68</sup>.

Desde logo, conforme afirma Anuj C. Desai, referindo-se à corrente de pensamento do *Libertarian Paternalism*, «a arquitetura da escolha é um meio (mas também) um fim em si mesmo»<sup>69</sup>. «O que significa que os agentes económicos/sujeitos jurídicos reagem a sistemas de incentivos porquanto estes alteram objetiva e subjetivamente (perceção) a relação custo – benefício entre as diversas escolhas possíveis»<sup>70</sup>, e não propriamente a que maximize a riqueza, ao contrário do que afirma Posner<sup>71</sup>.

60 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201.

61 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201.

62 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201.

63 RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 2005, pp. 150 e ss.

64 O “utilitarian duty” de que nos fala RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Hart Publishing, 1996, p. 288.

65 TERESA VIOLANTE, “O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura”, *cit.*, pp. 196-201; RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 238.

66 TODD HENDERSON, “Project Behavior: What the Battle is really about”, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010, pp. 2 e ss (Acesso: 17/5/2018).

67 DOUGLAS GINSBURG/JOSHUA WRIGHT, “A Taxonomy of Behavioral Law and Economics Skepticism”, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010 (Acesso: 17/5/2018).

68 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Volume I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 1100-1105, que vamos acompanhar de muito perto.

69 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; ANUJ C. DESAI, “Libertarian Paternalism, Externalities, and the “Spirit of Liberty”: How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an “Overlapping Consensus”, in: *University of Wisconsin Legal Studies Research Paper* N.º 1121, 2010, pp. 14 e ss.

70 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

71 HUGO LUZ DOS SANTOS, “A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas”, *cit.*, pp. 390 e ss.

Indo para lá das explicações mais ou menos racionais e maximizadoras dos interesses próprios expostos pela teoria da Escolha Pública em relação às más decisões político – legislativas tomadas pelo Estado-Legislator, «acrescenta-se uma dimensão cognitiva e psicológica em que as opções tomadas revelam mais do que culpabilidade, falibilidade»<sup>72</sup>.

i) Destarte, o caminho a seguir pelo Estado-Legislator é o seguinte: atendendo à interação genética e funcional entre a dimensão comportamental e a dimensão normativa<sup>73</sup>, o funcionalismo do direito penal<sup>74/75</sup> deverá ser mobilizado como instrumento de retificação (*debiassing through law*), «designadamente através da expressão de valores que alterem de modo positivo as preferências<sup>76</sup> com reflexos nas normas sociais»<sup>77</sup>.

j) Por outras palavras: o Direito Processual Penal apresenta potencialidades significativas na arquitetura da escolha<sup>78/79</sup>, em particular na fixação da escolha por defeito (*default rule*)<sup>80</sup>. O Estado-Legislator deverá fomentá-la quando se ocupar do desenho do sistema de administração de justiça penal. Aqui se incluem, desde logo, importantes referentes económicos de racionalização e maximização da poupança de recursos judiciais. Já sabemos porquê: os escassos recursos judiciais deverão ser canalizados para o combate estrénuo e plurissignificativo à grande criminalidade. Sem descurar, claro está, a alocação diferenciada de recursos judiciais ao combate à pequena e média criminalidade. Neste conspecto, mais é mesmo mais: mais recursos judiciais economicamente racionalizados e otimizados significa, decididamente, mais eficiência e eficácia no combate à criminalidade, seja ela pequena, média ou grande.

72 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; em sentido aproximado, JEFFREY J. RACHLINSKI/CYNTHIA R. FARINA, “Cognitive Psychology and Optimal Government Design”, in: *Cornell Law Review*, n.º 87, 554, 2002, p. 554.

73 Em sentido aproximado, RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

74 Sobre o funcionalismo jurídico – penal, na doutrina alemã, HANS ACHENBACH, “Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld”. In: *Gründfragen*, 2007, 135-152; HEIKO HARMUT LESCH, “Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision”. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999, pp. 8 e ss; GÜNTHER JAKOBS/MICHAEL PAWLIK, “Strafrechtswissenschaftstheorie”. In: IDEM; RAINER ZACZYK (Hrsg). In: *Festschrift für*. Carl Heymanns, 2007, pp. 480-494; GÜNTHER JAKOBS, “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipien – denken”. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? in: *ZStW* 107, 1995, p. 845.

75 MANUEL CANCIO MELIÁ/BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs”. In: Günther Jakobs, *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson – Civitas, 2006, pp. 27 e ss.

76 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

77 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; em sentido aproximado, ROBERT COOTER, “Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization”, in: *Oregon Law Review*, Vol. 79, n.º 1, 2000, pp. 8 ss.

78 GREGORY N. MANDEL/JAMES THUO GATHLI, “Cost – Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein’s Laws of Fear”, in: *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 1054-1055.

79 CASS R. SUNSTEIN, “Irreversible or Catastrophic”, in: *The Law School, The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper* n.º 88, AEI – Brookings Joint Center Working Paper, n.º 05- 04.

80 Em sentido aproximado, RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; convergente, R. H. THALER/CHRISTINE JOLLS/CASS SUNSTEIN, *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Volume 26, 2009, 121 e ss.

k) Essa arquitetura da escolha deverá, pois, ser fomentada, num primeiro momento, pelo Estado-Legislator, através da definição de uma *política criminal diferenciada* no que respeita à pequena e média criminalidade e, essencialmente, à grande criminalidade. Num segundo momento, pela «execução» dessa política criminal por parte do Estado-Juiz: uma verdadeira cooperação dialética estrategicamente comprometida com a criação de um sistema de administração da justiça penal materialmente justo, diferenciado, célere, e, sobretudo, eficaz. Não é descabido aludir-se, neste âmbito, a uma correção de ineficiências sistêmicas através do Direito<sup>81</sup>, com largo espectro dogmático nas correntes norte-americanas da *Behavioral Law and Economics*.

l) A correção através do Direito (*debiasing through law*) visa reduzir a distorção comportamental dos sujeitos jurídicos. Sobretudo, no que respeita a erros de juízo do Estado-Legislator e do próprio Estado-Juiz. «A sua elaboração pode tanto ser feita por uma via adjetiva, através de regras procedimentais e processuais, como por via substantiva<sup>82</sup>, procurando, mais do que a definição de restrições paternalistas<sup>83</sup>, estimular escolhas no sentido correto<sup>84</sup>, numa lógica de paternalismo libertário<sup>85</sup> (*libertarian paternalism*)»<sup>86</sup>.

81 Não é segredo que, não raro, o próprio Estado-Legislator age, pelo menos, com a sua racionalidade limitada (*bounded rationality*). As más opções legislativas estão aí para documentá-lo prolixamente. É esse perigo judiciário que a *Behavioral Law and Economics* visa, entre outros objetivos, coartar. “Economic analysis of law usually proceeds under the assumptions of neoclassical economics. But empirical evidence gives much reason to doubt these assumptions; people exhibit *bounded rationality*, *bounded self-interest*, and *bounded willpower*”. *Behavioral law and economics* “offers a broad vision of how law and economics analysis may be improved by increased attention to insights about actual human behavior. It considers specific topics in the economic analysis of law and proposes new models and approaches for addressing these topics. The analysis of the article is organized into three categories: positive, prescriptive, and normative. *Positive analysis of law concerns how agents behave in response to legal rules and how legal rules are shaped*. Prescriptive analysis concerns what rules should be adopted to advance specified ends. Normative analysis attempts to assess more broadly the ends of the legal system: *Should the system always respect people’s choices?* By drawing attention to cognitive and motivational problems of both citizens and government, behavioral law and economics offers answers distinct from those offered by the standard analysis”; (itálicos nossos); CHRISTIAN JOLLS/CASS R. SUSTEIN/RICHARD THALER, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, in: *Stanford Law Review*, 50, 1998, p. 1471.

82 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105; convergente, JAMES BOYLE, “The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought”, in Boyle (ed.) *Critical Legal Studies*, Aldershot, 1992, pp. 517-518.

83 HERBERT A. SIMON, “A Behavioral Model of Rational Choice”, in: *Quarterly Journal of Economics*, 69, 1955, pp. 98-99.

84 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105, que vimos acompanhando de muito perto.

85 Numa das suas monografias mais emblemáticas, *The Moral Limits of the Criminal Law*, Feinberg opõe-se vivamente ao *Legal Paternalism*, “the doctrine that asserts that it is always a good reason in support of a (*criminal law*) prohibition that is necessary to prevent harm (physical, psychological, or economic) to the actor himself. Furthermore, Feinberg identifies liberalism with the position that wrongful harm to others and wrongful offense to others, mediated by the maxim *volenti non fit injuria*, together are the only good reasons for criminal law prohibitions. Moreover, he adds that the prevention of harm to the self can be a good reason for criminal law prohibition when the harm to self, as occur with the under aged people, would arise in a substantially nonvoluntary way. As a consequence, is not that the welfarist consequentialist should find legal paternalism a generally desirable policy, but that it can be morally acceptable and, sometimes, even required. The conclusion we ought to reach is that Feinberg’s opposition to *Legal Paternalism* is *soft*, not *hard*, because his position allows that the prevention of harm to the agent, that would arise from self-harming conduct, *is always a good reason in support of law prohibition*”; (itálicos nossos); textualmente, RICHARD ARNESON, *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, 2016, pp. 1 ss.; JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 1, 1985: 8 ss.; JOEL FEINBERG, *Harmless Wrongdoing*, 4, 1988, pp. 18 ss. JOEL FEINBERG, *Harm to Others*, 2, 1984, pp. 43-78; JOEL FEINBERG, *Harm to Self*, 3, 1986, pp. 24-59. Tais considerações foram vincadas igualmente pela doutrina, partindo da interligação (para alguns, genética e funcional) entre o Direito e a Moral. Na ótica de Neil McCormick, “*Some legal systems incorporate some moral criteria*. Others may incorporate other moral criteria, yet others no moral criteria at all. Hence there is not a necessary element in whatever constitutes a legal system – the presence or absence of such criteria is a contingent one and depends on issues of constitutional design and constitutional politics”; NEIL MCCORMICK, in: H.L.HART, *Stanford University Press*, 2008, p. 207.

86 RUTE SARAIVA, “A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução”, *cit.*, pp. 1100-1105.

m) De tal facto se infere que é através da (racional) arquitetura da escolha que se racionaliza e otimiza os escassos e contingentes recursos judiciais (consubstanciada na criação de um sistema que *convide* à utilização intensiva e exaustiva de mecanismos de consenso e diversão no processo penal). Arquitetura da escolha que deverá ser estimulada, a montante, pelo Estado-Legislator<sup>87</sup>. Por outro lado, e atenta a cooperação dialética com o Estado-Legislator, o Estado-Juiz sentir-se-á *convidado* (convite que pode ou não aceitar) a utilizar exaustiva e intensivamente os mecanismos de consenso e diversão em processo penal. Vislumbra-se aqui um corolário do nosso critério doutrinal de *maximização da justiça consensual*, sob a forma de racionalização e otimização dos escassos recursos judiciais.

n) De outra banda, é dessa forma (pela racionalização e otimização dos escassos recursos judiciais) que se maximiza, igualmente, o naípe de direitos fundamentais sociais dos cidadãos. Nesse lote de direitos fundamentais sociais se inclui o acesso ao direito e aos tribunais (art.º 20.º, n.º 1, da CRP)<sup>88</sup>; o princípio da legalidade processual penal<sup>89</sup> (art.º 2.º, do Código de

87 Foi evidente no Código de Processo Penal de 1987 o propósito de conjugar a eficiência e as escolhas com os meios adequados para as efetivar. Com efeito, logo no preâmbulo pode ler-se, no n.º 8: “Mesmo no contexto de uma apresentação sumária, não pode deixar de sublinhar-se outra das motivações que esteve na primeira linha dos trabalhos de reforma: *a procura de uma maior celeridade e eficiência na administração da Justiça penal*. Importa, contudo, *prevenir que a procura da celeridade e da eficiência não obedeceu a uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade*. *A rentabilização da realização da Justiça é apenas desejada em nome do significado direto da eficiência para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas, paz jurídica dos cidadãos*. A eficiência é, por um lado, o espelho da capacidade do ordenamento jurídico e do seu potencial de prevenção, que, sabe-se bem, tem muito mais a ver com a prontidão e a segurança das reações criminais do que com o seu carácter mais ou menos drástico. A imagem de eficiência constitui, por outro lado, o antídoto mais eficaz contra o recurso a modos espontâneos e informais de autotutela ou ressarcimento, catalisadores de conflitos e violências dificilmente controláveis. Mas a eficiência – no sentido de redução das cifras negras e das desigualdades a que elas obedecem – pode também valer como a garantia da igualdade da lei em ação, critério fundamental da sua legitimação material e, por isso, da sua aceitação e interiorização coletiva.”; (itálicos nossos), Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1987, disponível em [www.pgdl.pt](http://www.pgdl.pt). (acesso: 04 de Junho de 2018).

88 Como afirmou recentemente o Supremo Tribunal de Justiça: “o princípio do Estado de direito democrático proclamado no artigo 2.º da Constituição da República postula como norma-princípio estruturante, além do mais, o direito de acesso aos tribunais para a tutela efetiva dos direitos subjetivos e interesses legalmente protegidos mediante processo equitativo, nos termos consagrados no artigo 20.º, n.º 1, 4 e 5, da mesma Lei Fundamental. Assim, o princípio do processo equitativo exige a conformação legal de um meio processual materialmente adequado à tutela jurisdicional efetiva, implicando, no que aqui releva, que os prazos para o exercício dos direitos, por via judicial, sejam razoáveis em função da natureza desses direitos e dos interesses envolvidos, tendo em conta as normais condições dos litigantes para colher e preparar os elementos necessários à configuração do objeto da causa”; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08 de Fevereiro de 2018, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Tomé Gomes, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

89 O princípio da legalidade processual penal, enquanto “irmão gêmeo” do princípio da legalidade penal, tem sido associado às exigências de um processo equitativo “amigo” dos direitos do arguido, no direito comparado espanhol, JUAN MONTERO AROCA, *Proceso y Garantía – El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valência, 2006, p. 613 e ss.; JUAN MONTERO AROCA, *Principios del Proceso Penal*, 1997, p. 166; JUAN MONTERO AROCA, *Proceso Penal y Libertad*, 2008, p. 471; CÁRMEN RÓDRIGUEZ RUBIO, p. 69; TERESA ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Penal*, 2007, pp. 280 e 281; FAUSTINO CORDON MORENO, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, 1999, pp. 183 e 184; CARLOS MARTÍN BRÑAS, “El Derecho al recurso en España tras su reconocimiento en el artículo II-107 del Tratado por el que se constituyó una Constitución para Europa”, in: *Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*, 2013, pp. 177 e 178. Por essa razão, a doutrina vem afirmando que a amplitude do processo hermenêutico e argumentativo de aplicação da lei penal encontra aqui, na moldura semântica do texto, uma barreira intransponível – “uma barreira que apenas se explica pela preferência civilizacional que o Direito Penal concede à liberdade pessoal (art.º 28.º, n.º 1, da CRP) sobre a necessária realização das finalidades político-criminais que justificam a instituição do sistema penal e que está na base da especial força normativa que a Constituição Processual Penal concede à garantia pessoal de não-punição fora do domínio da legalidade”, porque “quanto mais interpretação mais legalidade”; JOSÉ DE FARIA FARIA COSTA, “Construção e Interpretação do Tipo Legal de Crime à luz do princípio da Legalidade: duas questões ou um só problema?”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 134, Março – Abril 2002, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 366; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, *passim*; na doutrina de Macau, HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Regime de Jogo Ilícito (Anotado e Comentado)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2019, que seguimos de perto.

Processo Penal; art.º 29.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa)<sup>90</sup>; e a dignidade da pessoa humana (art.º 1.º, da CRP)<sup>91</sup>. Principalmente, o direito a uma decisão em prazo razoável (art.º 20.º, n.º 4, da CRP)<sup>92</sup>, que é a expressão prática do desígnio de celeridade processual inscrito no etograma da Constituição Processual Penal (art.º 32.º, n.º 1, da CRP). A MDR, como regra de conduta individual, como propugna Posner, não tem, pois, qualquer relevo dogmático neste quadrante temático.

o) É compreensível que assim seja: a MDR de Posner encobre sob o manto (a)diáfano da neutralidade uma desoladora engenharia social<sup>93/94</sup>, que importa rejeitar liminarmente.

O caminho é outro: ele polariza-se no sentido de que existe em cada ordenamento jurídico um axioma que parifica e unifica todos os cidadãos: o ideal de justiça célere e eficaz. Tal asserção deixa sem resto qualquer veleidade de se pensar que o cidadão quando recorre à justiça fá-lo com a convicção mais ou menos fundada de que quem a administra mobiliza premissas de natureza economicista, e, muito menos, que o faz com o escopo específico da *wealth maximization* (MDR), como advoga Posner.

p) Uma conclusão emerge deste arrazoado: a juridicidade da economia do direito e a maximização da justiça consensual são corolários de uma justiça pronta e justa, e não o afloramento de uma justiça afoita a uma (certamente) imprópria engenharia social através do direito processual penal.

### 3. Conclusões

§ Nos quadros de uma sociedade do risco e da modernidade pós-industrial, a proficiente perseguição criminal da denominada criminalidade complexa exige, a dois tempos, mas a velocidades simétricas, por um lado, uma maior alocação de meios logísticos e humanos para a perfectibilização desse escopo de perseguição criminal. Por outro lado, sem prescindir, a uma maior alocação de meios logísticos e humanos corresponderá, natural e necessariamente, a uma maior eficácia no tratamento da criminalidade da pequena e média criminalidade.

§ Essa eficácia consubstancia-se, a montante, na escolha de mecanismos de consenso e diversão que visem, por um lado, promover a pacificação social abalada com a prática do crime, e, por outro lado, promover a racionalização, maximização e otimização dos meios logísticos e humanos necessariamente escassos e contingentes. Meios logísticos e humanos que, pela

90 Equivalente ao art.º 2.º, do Código de Processo Penal de Macau; art.º 29.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau.

91 Equivalente ao art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau.

92 Equivalente ao art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau.

93 AROSO LINHARES, *cit.*, p. 131.

94 TERESA VIOLANTE, *cit.*, p. 228.

sua escassez e contingência, deverão ser canalizados para a perseguição criminal da grande criminalidade, complexa e altamente organizada. É uma questão de sobrevivência estrutural e de sustentabilidade futura do sistema de administração de justiça processual penal lusófono. Denominamo-la de *maximização da justiça consensual*.

§ É possível, pois, descortinar uma *lei tendencial* que, no que respeita à utilização (maximizada e otimizada) dos mecanismos de consenso e diversão no processo penal, perpassa e ilumina todo o edifício jurídico –penal lusófono: quanto maior a utilização, casuística e dogmaticamente fundamentada, dos mecanismos de consenso e diversão, maior será a libertação dos meios logísticos e humanos para o tratamento da criminalidade complexa. Esta diáde entre a maximização da justiça consensual no âmbito da pequena e média criminalidade e a poupança de recursos judiciais é fundamental à luz do conceito de justiça penal em transformação (e em transição) após a grande crise financeira de 2008-2014. Denominamo-la de *juridicidade da economia do direito*.

§ Por essa razão, advogamos a interligação genética e funcional entre a *Law and economics*, a *Behavioral law and economics* e o Direito Processual Penal.

§ Porquanto, o Direito Processual Penal apresenta potencialidades significativas na arquitetura da escolha, em particular na fixação da escolha por defeito (*default rule*). O Estado-Legislator deverá fomentá-la quando se ocupar do desenho do sistema de administração de justiça penal. Aqui se incluem, desde logo, importantes referentes económicos de racionalização e maximização da poupança de recursos judiciais.

§ Já sabemos porquê: os escassos recursos judiciais deverão ser canalizados para o combate estrénuo e plurissignificativo à grande criminalidade. Sem descurar, claro está, a alocação diferenciada de recursos judiciais ao combate à pequena e média criminalidade. Neste conspecto, mais é mesmo mais: mais recursos judiciais economicamente racionalizados e otimizados significa, decididamente, mais eficiência e eficácia no combate à criminalidade, seja ela pequena, média ou grande.

Região Administrativa Especial de Macau, 07 de maio de 19.

## Referências

- ACHENBACH, Hans. *Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld*. In: Gründfragen, 2007.
- AGUILAR, Francisco. *A ideia de Direito como bem jurídico-penal*, in: O Direito, Ano 149 (2017), II, Coimbra, Almedina, 2017.
- \_\_\_\_\_. *A ideia de Direito ou uma das ideias de Direito?* in: Revista de Direito Civil (RDC), Ano 1 (2016), n.º 4, Coimbra, Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *Sobre o atentado de 20 de Julho de 1944 como Legítima Defesa da Ideia de Direito*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 27 (2017), N.º 2, Maio-Agosto 2017, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Os Processos Especiais na Revisão de 2007 do Código Processo Penal*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), ano 18, n.º 4, Outubro/Dezembro de 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *O útil e o justo na gestão dos tribunais, em especial o juiz natural e a inamovibilidade*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 27, N.º 3, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico Europeu (IDPEE), 2017.

ALFAFAR, Diana. *O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*, in: Revista da Concorrência e Regulação, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2013.

ANASTÁCIO, Catarina. *O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infração às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare*, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, 2010, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Constituição e Legitimação do Direito Penal*, in: António Avelãs Nunes/Jacinto Nélson de Miranda Coutinho (org.), Diálogos constitucionais entre Brasil-Portugal, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

ANTUNES, José Engrácia. *Os “Hedge Funds” e o Governo das Sociedades*, in: AAVV, Direitos dos Valores Mobiliários, Volume IX, 2010.

ARNESON, Richard. *Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism*, 2016.

ARNOLD, Michael; ROTHENBERG, Vera. *BGH-Entscheidung zum Delisting: Alle Fragen geklärt?*, in: DSrR, 2014.

AROCA, Juan Montero. *Principios del Proceso Penal*, 1997.

\_\_\_\_\_. *Proceso y Garantía – El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valência, 2006.

AROCA, Juan Montero. *Proceso Penal y Libertad*, 2008.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor. *Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Organizadores: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela; ANTUNES, Maria João. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in: Journal of Political Economy 76, 1968.

BESSA, Tiago. *Crise, Regulação e Supervisão de Hedge Funds*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano II (2010) – Número 3-4, Coimbra, Almedina, 2011.

BOUNCRISTIANI, Dino. *Il Nuovo art.º 101, comma 2.º CPC sul Contraddittorio e sui Rapporti tra Parti e Giudice*, in: Rivista di Diritto Processuale, n.º 2, 2010.

BOYLE, James. *The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought*, in Boyle (ed.) Critical Legal Studies, Aldershot, 1992.

BRĀNAS, Carlos Martin. *El Derecho al recurso en España tras su reconhecimento en el artículo II-107 del Tratado por el que se constituy una Constitución para Europa*, in: Garantias Fundamentales del Processo Penal en el Espacio Judicial Europeo, 2013.

BRANDÃO, Nuno. *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. *Bens Jurídicos Colectivos e Intervenção Penal Cumulativa*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017.

BRITO, Beatriz Seabra de. *Um processo sumário desassossegado: da Reforma de 2013 à reconfiguração do regime legal em face do Acórdão n.º 174/2014 do Tribunal Constitucional*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 24, N.º 2, Abril-Junho 2014, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BUCCI, Alberto; SOLDI, Anna Maria. *Le Nuove Riforme del Processo Civile*, Cedam, Padova, 2010.

CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, in: Yale Law Journal 70, 1961.

CARAMELO, António Sampaio. *Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema*, in: IV Congresso do Centro de Arbitragem da Comércio e Indústria, republicado na Revista de Arbitragem e Mediação 27 (RARB), Coimbra, Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. *Litígios em contratos de construção de grandes infraestruturas – Especificidades e meios de resolução*, in: Revista de Direito Civil (RDC), Ano II (2017), Número 2, Coimbra, Almedina, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Contro il processo fraudolento*, in: Studi di diritto processuale, Volume II, Padova Cedam, 1928.

CHIAVARIO, Mario. et alii, *Commentario Costituzionale al Codice di Procedura Penale*, 4.ª edizione, Padova, Cedam, 2003.

COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*, in: Journal of Law and Economics 3, 1961.

COLQUITT, Jason A.; RODELL, Jessica B. *Justice, Trust, and Trustworthiness: A Longitudinal Analysis Integrating Three Theoretical Perspectives*, in: Academy of Management Journal, 54, 2011.

COOTER, Robert. *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization*, in: Oregon Law Review, Vol. 79, n.º 1, 2000.

CORDEIRO, António Menezes. *A crise planetária de 2007/2010 e o governo das sociedades*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), I (2009), 2, Coimbra, Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. António Barreto Menezes. *Organização e supervisão dos mercados financeiros*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano VI (2014), Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2015.

CORREIA, João Conde. *Inquérito: a Manutenção do Paradigma ou uma Reforma Encoberta?*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 18, N.º 2 e 3, Abril-Setembro 2008, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Concordância Judicial à Suspensão Provisória do Processo: equívocos que persistem*, in: Revista do Ministério Público (RMP), Ano 30, n.º 117, Janeiro-Março de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *Prazos máximos de duração do inquérito, publicidade e segredo de justiça: uma oportunidade perdida*, in: AA.VV., *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. *Os processos sumários e o carácter simbólico de uma justiça dita imediata*, in: ANDRÉ LAMAS LEITE (Organização), *As Alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: uma Reforma “Cirúrgica”?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

COSTA, António Almeida. *A propósito do novo Código do Trabalho: bem jurídico e pluralidade de infracções no âmbito das contra-ordenações relativas ao “trabalho suplementar”. Subsídio para uma dogmática do direito de mera-ordenação-social-laboral*, in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003

COSTA, Joana. *O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in: Revista do Ministério Público (RMP) n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

COSTA, José de Faria Faria. *Construção e Interpretação do Tipo Legal de Crime à luz do princípio da Legalidade: duas questões ou um só problema?*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 134, Março – Abril 2002, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sobre o objecto de protecção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não iliberal*, in: Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), ano 142.º, N.º 3978, Janeiro – Fevereiro 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

CULLEN, Iain. *Hedge Funds: Structure and Documentation*, in: AAVV, *Hedge Funds: Law and Regulation*, coord., Iain Cullen e Helen Parry, 2001.

DESAI, Anuj C. *Libertarian Paternalism, Externalities, and the “Spirit of Liberty”: How Thaler and Sunstein Are Nudging Us toward an “Overlapping Consensus”*, in: University of Winsconsin Legal Studies Research Paper N.º 1121, 2010.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho Penal*, 2007.

DIAS, Augusto Silva. *Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Coimbra, Coimbra Editora, 1/1999.

\_\_\_\_\_. *What if everybody did it?: Sobre a “(in) capacidade de ressonância” do direito penal à figura da acumulação*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), 3/2003, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *“Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”: Uma Análise das Descontinuidades do Ilícito Penal Moderno à Luz da Reconstrução de uma Distinção Clássica*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *Ramos Emergentes do Direito Penal Relacionados com Protecção do Futuro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas*, in: Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, N.º 0, Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais, Coimbra, Almedina, 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente — um quarto de século depois*, in: Figueiredo Dias et alii. (orgs.), Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Jorge de Figueiredo/BRANDÃO, Nuno. *O crime de burla tributária*, in: Paulo Otero et alii (org.), Estudos em Homenagem a Rui Machete, Coimbra, Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Autonomia do Ministério Público e o seu Dever de Prestar Contas à Comunidade: Um Equilíbrio Difícil*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. *Regulação e Supervisão de Hedge Funds: Percurso, Oportunidade e Tendências*, in: AAVV, Direitos dos Valores Mobiliários, Volume VIII, 2008.

\_\_\_\_\_. *O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio Jurídico – Constitucional. Da Doutrina Penal, da Jurisprudência Constitucional Portuguesa e das suas relações*, in: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. *O “Direito Penal do Bem Jurídico” como Princípio jurídico – constitucional implícito*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 145.º, N.º 3998, Maio-Junho 2016, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

DOS SANTOS, Hugo Luz. *O contrato de swap de taxas de juro e os instrumentos derivados financeiros à luz do recente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de Outubro de 2013: a “Alteração Anormal das Circunstâncias” e as categorias doutrinárias norte-americanas da “Unconscionability” e a “Bounded Rationality”: Um estranho caso de aliança luso-americana?*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano VI (2014), Número 2, Coimbra, Almedina, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Reforma do Código do Processo Penal de 2013 e o Processo Sumaríssimo: entre a Law and Economics Posneriana (MDR) e a Maximização da Justiça Consensual (MJC): duas faces da mesma moeda?*, in: O Direito, Ano 147, I (2015), Coimbra, Almedina, 2015.

\_\_\_\_\_. *O Crime de branqueamento de capitais e o crime de precedente em Macau e em Portugal: concurso efectivo? Adequação social e exclusão da tipicidade?*, in: Revista do Ministério Público, n.º 143, Julho-Setembro 2015.

\_\_\_\_\_. *A perda da qualidade de sociedade aberta (delisting de participações sociais): a tutela dos sócios minoritários, o direito de propriedade, e o dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais (com uma breve paragem em Macau e em Hong Kong)*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Coimbra, Almedina, Ano 8 (2016), N.º 4, Coimbra, Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *O Direito da Arbitragem na Região Administrativa Especial de Macau: o acesso ao direito e aos tribunais (art.º 36.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) e os meios alternativos de resolução de litígios*, in: Revista de Administração Pública de Macau (RAP), n.º 113, vol. XXIX, 2016-3.º, Macau, 2016.

\_\_\_\_\_. *A Criminalidade Económico-Financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 25 (2015), Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017.

\_\_\_\_\_. *Multilevel justice or multilayered justice: court management and cultural roots: to what extent does that linkage fosters alternative dispute resolution?*, Framing the Civil Court Structure from a Case Management Perspective – A comparative Study of Mainland China, Taiwan, Hong Kong and Macau, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2019.

\_\_\_\_\_. *Os mecanismos de consenso e de diversão no processo penal: por um novo paradigma de maximização da justiça consensual*, Coimbra, Gestlegal, 2020.

\_\_\_\_\_. FIGUEIREDO, José Miguel. *Regime de Jogo Ilícito (Anotado e Comentado)*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2019.

DWORKIN, RONALD. *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 2005.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, 2, 1984.

\_\_\_\_\_. *The Moral Limits of the Criminal Law*, 1, 1985.

\_\_\_\_\_. *Harm to Self*, 3, 1986.

\_\_\_\_\_. *Harmless Wrongdoing*, 4, 1988.

\_\_\_\_\_. *The Moral Limits of the Criminal Law, Volume Four: Harmless Wrongdoing*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta Editorial, 1999.

FRADA, Manuel Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2004.

FRISTER, Strafrecht. *Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2011.

FUX, Luiz. *O Novo Processo Civil*, in: O Novo Processo Civil Brasileiro: Direito em Expectativa, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

GHOSCH, Dili; CLARCK, Ephraim. *Arbitrage, Hedging, and Speculation: The Foreign Exchange Market*, Praeger, New York, 2004.

GINSBURG, Douglas; WRIGHT, Joshua. *A Taxonomy of Behavioral Law and Economics Skepticism*, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010 (Acesso: 17/5/2018).

GODINHO, Jorge. *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, 2009, p. 14, disponível em [ssrn.com](http://ssrn.com). (acesso: 15/05/2018).

GONÇALVES, Diogo Costa. *Dogmáticas de transição na evolução dos sistemas*, in: Revista de Direito Civil N.º 1 (2016), Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Coimbra, Almedina, 2016.

GOTTWALD, Peter. *Mediation und gerichtlicher Vergleich: Unterschiede und Gemeinsamkeiten*, in: Festschrift für Akira Ishikawa zum 70. Geburtstag, org. Gerhard Luke/ Takehiko Mikami/Hans Prutting, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001.

GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, Bens Jurídicos Coletivos, Crimes de Perigo Abstrato*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?*, in: Revista da Concorrência e da Regulação (C&R), Números 7/8, 2012, Coimbra, Almedina, 2012.

GUIRAO, Rafael Alcácer. *La protección del futuro y los daños cumulativos*, in: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 54, I, 2001.

HALDY, Jacques. *Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse*, in: *Révue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008.

\_\_\_\_\_. *Principes et Nouveautés du Code de Procedure Suisse*, in: *Révue Jurassienne de Jurisprudence*, ano 18.º, 2008, pp. 238 e ss; WEY RAINER, “Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, in: *Haftpflchtprozess*, Zúrique, 2010.

HANOTIOU, Bernard. *L'arbitrabilité- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, The Hague, 2003.

HANS-HEINER, Kühne. *Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

HEFENDEHL, Roland. *Die Popularklage als Alternative zum Strafrecht bei Delikten gegen die Gemeinschaft?*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 1997.

\_\_\_\_\_. *Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, 2002.

\_\_\_\_\_. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Carl Heymanns Verlag KG, 2002.

\_\_\_\_\_. *Der Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

\_\_\_\_\_. *Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts*, in: *GA*, 154, 2007.

\_\_\_\_\_. VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden. Nomos, 2008.

HENDERSON, Todd. *Project Behavior: What the Battle is really about*, disponível em <http://truthonmarkets.com/free-to-choose-symposium>, 2010.

JÄGER, Herbert. *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Ferdinand Henke Verlag, 1957.

JAKOBS, Günther. *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen Prinzipien – denken”*. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrechts? in: *ZStW* 107, 1995.

JAKOBS, Günther. *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2004.

\_\_\_\_\_. PAWLIK, Michael. *Strafrechtswissenschaftstheorie*. In: IDEM; RAINER ZACZYK (Hrsg.). In: *Festschrift für Carl Heymanns*, 2007.

JARA-DÍEZ, Carlos Gómez. *Crisis financiera y retribucion de directivos: terreno abonado para su cuestionamiento penal por via de la administración desleal*, in: Indret, n.º 2, 2009.

JAUERNING. *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, München, C.H. Beck, 2007.

JHERING, Rudolf Von. “*Culpa in contrahendo*” oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Veträgen, in: Gesammelte Ausfsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, vol. 1, 1981 (reimpressão da edição de Jena, 1981), 1881.

KLHÖN, Lars. *Delisting- Zehn Jahre später/Die Auswirkungen von BVerfGE* in: NZG, 2012.

KÖCK, Elisabeth. *Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände*, in Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2004.

KORNHAUSER, Lewis. “*Judicial Organization & Administration*” e “*Appeal & Supreme Courts*”, in BOUCKAERT; BOUDEWIJN; DE GEEST; GERRIT (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume V (The Economics of Crime and Litigation), parte VII (Civil and Criminal Procedure), Cheltenham, Edward Elgar, 2000.

KUBICIEL, *Die Finanzmarktkrise Zwischen Wirtschaftsstrafrecht und politischem Strafrecht*, in: ZIS, 2, 2013, pp. 18 e ss; NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstrafrecht – Eine Annäherung*, 2012.

LAMEIRAS, Luís. *O princípio do inquisitório: um poder-dever ou um poder discricionário do juiz?*, in: II Colóquio de Processo Civil de Santo Tirso, Coimbra, Almedina, 2016.

LEONG, Angela Veng Mei. *Macau casinos and organised crime*, in: *Journal of Money Laundering Control*, 2004.

LESCH, Heiko Harmut. *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*. Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999.

\_\_\_\_\_. *Der Verbrechensbegriff*, Köln: Carl Heymanns, 2007.

LINHARES, Aroso. *A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática Custo/Benefício*, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume LXXVIII, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

LOUREIRO, Flávia Novera. *A Legitimação do Direito Penal do Ambiente enquanto Tutela de Bens Jurídicos Colectivos — Subsídio para o Estudo da Figura da Acumulação*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007.

MAÇÃS, Fernanda. *A Racionalização do Processo: considerações breves sobre uma ideia central que preside à Revisão do CPTA*, in: *Julgar*, Maio-Agosto 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

MACCLOCH, Angus. *The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations- Theoretical Foundations and Pratical Implications*, in: *Legal Studies*, Volume 26, n.º 2, Junho, 2006.

MANDEL, Gregory N.; GATHLI, James Thuo. *Cost – Benefit Analysis versus the Precautionary Principle: Beyond Cass Sunstein’s Laws of Fear*, in: *University of Illinois Law Review*, 2006.

MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell’equilibrio negoziale*, 2006.

MARTINHO, Helena Gaspar. *O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

MATOS, Inês Serrano de. *Hedge Fund: o Accionista que nunca dorme?*, in: Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes, Boletim de Ciências Económicas, Volume II, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014.

MELIÁ, Manuel Cancio; SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. *Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoria funcional de la pena de Günther Jakobs*. In: Günther Jakobs, *La Pena Estatal: significado y finalidad*. Madrid: Thomson – Civitas, 2006.

MENDES, Paulo de Sousa. *As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010.

MESQUITA, Miguel. *Princípio de Gestão Processual: o “Santo Graal” do Novo Processo Civil?*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 145.º, N.º 3995, Novembro-Dezembro 2015, Coimbra, Coimbra Editora, 2016.

\_\_\_\_\_. *A “morte” do princípio do dispositivo?*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 147.º, N.º 4007, Novembro-Dezembro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017.

MINDA, Gary. *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century’s End*, New York, 1995.

MONTEIRO, António Pinto. *A cláusula penal perante as alterações de 1980 e de 1983 ao Código Civil*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), Ano 147.º, N.º 4006, Setembro-Outubro 2017, Coimbra, GestLegal, 2017.

MORENO, Faustino Cordon. *Las Garantias Constitucionales del Proceso Penal*, 1999.

MURDOCK, Charles. *The Dodd – Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act: What Caused The Financial Crisis and Will Dodd – Frank Prevent Future Crisis?*, in: S.M.U. Law Review, 1243, 2011.

NAVARRETE, Polaino. *Scientia Universalis*, in: Festschrift für Roxin, 2011.

NEUMANN, Hassemer. in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 3.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Derivados Financeiros e governo societário: a propósito da nova regulação mobiliária europeia e da consulta pública da ESMA*, in: Revista de Direito das Sociedades em Revista (RDS), Ano IV (2012), Número I, Coimbra, Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de. *Instrumentos financeiros com fins de garantia e exercício de direitos sociais*, in: Revista de Direito das Sociedades (RDS), Ano V (2013), Número III, Coimbra, Almedina, 2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A fundamentação dos provimentos jurisdicionais no novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos*, in: Scientia Iuridica (SI), Tomo LXVI, 2017, n.º 343, Janeiro-Abril de 2017, Braga-Rio de Janeiro, Universidade do Minho, 2017.

PEREIRA, Maria Margarida Silva. *Bens jurídicos colectivos e bens jurídicos políticos*, in: Costa Andrade et al. (orgs.), in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

PINTO, Rui. *O Processo Civil Português: diagnóstico e cura*, in: Julgar, N.º 17, Maio-Agosto 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, 1973.

\_\_\_\_\_. *The ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, in: Hofstra Law Review 8, Spring 1980, 1980.

\_\_\_\_\_. *The Economics of Justice*, Cambridge, Harvard University, Harvard University Press, capítulos 3 e 4, 1983.

\_\_\_\_\_. *Wealth Maximization Revisited*, in: Notre Dame Journal of Law Ethics & Public Policy, 2 1987.

\_\_\_\_\_. *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económico, 1998.

\_\_\_\_\_. *Values and Consequences: as an introduction to economic analysis of Law*, in: John M. Olin Law & Economics Working Paper, 53, 1998.

\_\_\_\_\_. *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 2nd edition, 2003.

\_\_\_\_\_. *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2008.

RACHLINSKI, Jeffrey J.; FARINA, Cynthia R. *Cognitive Psychology and Optimal Government Design*, in: Cornell Law Review, n.º 87, 554, 2002.

RAINER, Wey. *Die Streiverkündungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, in: Haftpflichtprozess, Zurich, 2010.

RAMOS, Vânia Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*, in: Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, Coimbra, Almedina, 2010.

REBELO, Karla Padilha. *Ensaio sobre a possibilidade de métodos de otimização do resultado do processo penal, no âmbito da criminalidade económico-financeira: testando o acordo sobre a sentença, sem comprometer o sentido do devido processo legal e outras garantias do arguido*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 25 (2015), N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, 2009.

RIVAS, Garcia. *Reflexiones sobre la responsabilidad penal en el marco de la crisis financiera*, in: DEMETRIO CRESPO (Dir.), Crisis financiera y Derecho Penal Económico, 2014.

RODOVALHO, Thiago. *Obrigações e riscos*, in: O Direito, ano 146.º (2014), IV, Coimbra, Almedina, 2014.

RODRIGUES, J. N. Cunha. *A justiça em tempos de transição*, in: Julgar, N.º 29, Maio-Agosto 2016, Coimbra, Almedina, 2016.

RODRIGUES, Joana Amaral. *A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 23, N. 2, Abril-Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1988.

ROSENBERG; SCHWAB; GOTTWALD. *Zivilprozessrecht*, 17. Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 2010.

ROTH, Thomas. *Das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter*, 3. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

ROTHLEY, Oliver. *Aufgabe der Macroton-Grundsätze*, in: GWR, 2013.

ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in: Hefendehl (org.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2005.

\_\_\_\_\_. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in: Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Köln, Carl Heymanns, 2005.

\_\_\_\_\_. *O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova*, in: Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 23, n.º 1, Janeiro-Março 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

SANTANA, Selma Pereira de. *Garantismo Penal à Brasileira*, in: Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerefeld, Organizadores: Manuel da Costa Andrade / José de Faria Costa / Anabela Miranda Rodrigues / Helena Moniz / Sónia Fidalgo; Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

SAPIGNOLI, Michele. *Giusto processo e cultura giuridica interna: i risultati di alcuni studi empirici*, in AAVV, Giusto Processo, Padova, Cedam, 2006.

SARAIVA, Rute. *A análise económico – comportamental do Direito, uma introdução*, in: Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches, Volume I, Direito Público e Europeu, Finanças Públicas, Economia, Filosofia, História, Ensino, Vária, Organizadores Paulo Otero, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Coimbra, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, 2011.

SCHANZE, Erich. *Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., Verbindungslinien zur realistischen Tradition*, in: ASSMAN; KIRCHNER; SCHANZE (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, Regensburg, 1978.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1995.

\_\_\_\_\_. *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*, in: Hefendehl / von Hirsch / Wohlers (orgs.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2003.

SEVERIN, E. *Comment l'esprit du management est venu à l'administration de la justice*, in: La Nouveau Management de la Justice et l'indépendance des juges, Paris, Dalloz, 2011.

- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A Tutela Jurisdicional no Processo-Crime: Realidade ou Utopia*, in: V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal – Memórias, Coimbra, Almedina, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Princípio da Celeridade e Prazos de Inquérito*, in: Julgar, N.º 34, Janeiro-Abril 2018, Coimbra, Almedina, 2018.
- SILVA, João Calvão da. *Fair value ou valor de mercado: multiplicador da primeira crise financeira global*, in: Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ), ano 141.º, n.º 3974, Maio-Junho 2012, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- SILVA, Paula Costa E. *Acto e Processo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. *De minimis non curat praetor. O acesso ao sistema judicial e os meios alternativos de resolução de controvérsias*, in: O Direito, Ano 140, Coimbra, Almedina, 2008.
- SIMON, Herbert A. *A Behavioral Model of Rational Choice*, in: Quarterly Journal of Economics, 69, 1955.
- SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais. Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Sociedade do risco: requiem pelo bem jurídico?*, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCC), n.º 86, 2010.
- SUNSTEIN, Cass R.. *Irreversible or Catastrophic*, in: The Law School, The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n.º 88, AEI – Brookings Joint Center Working Paper, n.º 05- 04.
- SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, in: ZStW, 122, 2010.
- TARUFFO, Michelle. *Un'alternativa alle alternative: modelli di risoluzione dei conflitti*, in: Revista de Processo, Ano 32, numero 152, (Outubro de 2007), 2007.
- THALER, Richard.; JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass. *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in: Stanford Law Review, 50, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Volume 26, 2009.
- THEILE, *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren*, München, C.H. Beck, 2009.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Compromisso do Projeto do Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo*, in: Revista de Informação Legislativa, ano 48, n.º 190, 2011.
- TIEDEMANN, Klaus. *Wirtschaftsstrafrecht in Europa*, in: Hellmann / Schröder (orgs.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg, C. F. Müller, 2011.
- VENIER, Andreas. *Einstellung und Anklage im neuen Strafprozessrecht*, Wien, ÖJZ, 2007.
- VENTSCH, Verena. *Die materielle Prozessleitung nach der Reform der Zivilprozessordnung*, Hamburg, Verlag Kovac, 2005.
- VIOLANTE, Teresa. *O Debate entre Dworkin e Posner: Algumas notas sobre o lugar e a função da judicatura*, in: Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano X, N.º 19, 2010, Coimbra, Almedina, 2011.

WALLIMAN, Mathias. *Der unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.

WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts — zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000.

## SOBRE O AUTOR:

### Hugo Luz dos Santos

Doutorando e Teaching Assistant da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China/  
Fellow of the Royal Society of Arts of United Kingdom (Londres, Reino Unido)/Co-Chair of  
the Board of the Panel and Director of Ethics and Quality at Vantage 10, Panel of Experts and  
Mediators (Londres, Reino Unido)/Membro do Conselho de Redacção da International Journal of  
Law and Society (Nova Iorque, Reino Unido)/Magistrado do Ministério Público de Portugal (em  
licença sem vencimento)/Coautor do Anteprojeto do Código Penal de Macau (China), na parte  
respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas.

TRADUÇÃO

---

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# L'INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI E LA RAGION DI STATO

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# L'INTERPRETAZIONE DELLE LEGGI E LA RAGION DI STATO<sup>1\*</sup>

---

Norberto Bobbio

---

1. – Com'è noto, la prima reazione alla costituzione della politica in attività per se stante fu di carattere moralistico. Il principio della ragion di stato diede luogo principalmente ad un problema morale e già infatti i primi teorici vi si accanirono sopra, armati delle categorie del buono e del cattivo, dell'onesto e del disonesto. Da allora la discussione iniziale di ogni teoria della politica verte sui rapporti, comunque poi questi rapporti siano risolti, fra la valutazione politica e la valutazione morale. Nello stesso modo, quando un secolo più tardi il pensiero filosofico si avvierà a distinguere l'attività giuridica dall'attività morale, prima confuse o in una considerazione moralistica della giustizia o in una considerazione legalistica dell'attività morale, il problema della distinzione fra morale e diritto sarà messo all'ordine del giorno di ogni trattazione di filosofia giuridica. Assai meno osservati invece sono stati i rapporti tra politica e diritto, e per quanto ora non ci sia più alcuno che non veda e non cerchi di approfondire questi rapporti, sino a identificare talvolta le due attività o a ridurre tutta l'attività giuridica a espressione o a strumento dell'attività politica, non si è però ancora risaliti nel tempo per cercare di scoprire gli eventuali nessi, non dico tra regime politico e ordinamento legislativo, che è cosa ovvia e propria di ogni storia politica e giuridica, ma tra la teoria della politica e la scienza giuridica, nessi che possono appunto rischiarare storicamente il campo oscuro dei rapporti tra l'attività politica e quella giuridica.

È un fatto che le teorie della ragion di stato non sono state per lo più studiate da un punto di vista giuridico: eppure sono molti e interessanti i problemi giuridici che esse sollevano, a cominciare da quello che è implicito nella stessa definizione della ragion di stato come «eccesso del giure comune per fine di pubblica utilità», e che sarebbe da inquadrarsi e quindi da approfondire in relazione col problema antichissimo e oggi più vivo che mai dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato. È certo che esse rappresentano una prima spinta al formarsi della scienza del diritto pubblico come ramo autonomo della giurisprudenza generale ed è infatti tale scienza che si va costituendo in Germania nei primi del secolo XVII. Appunto in Germania, come ha messo in rilievo il Meinecke,<sup>2</sup> la teoria della ragion di stato, che è prodotto

---

1 \* Publicado originalmente em: *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*. Vol. I – Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale. Pádua: CEDAM, 1939. O corpo editorial da revista DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea agradece ao Instituto Norberto Bobbio, que gentilmente cedeu o original, na forma de separata, para publicação e tradução.

2 MEINECKE, *Die Idee der Staatsräson*, München, 1925, pag. 165.

genuinamente italiano, accolta già agli inizi con diffidenza come qualcosa di estraneo e di non conforme alla mentalità tedesca, viene assimilata a poco a poco con una riduzione del suo contenuto nelle forme del sapere giuridico. Mentre nei teorici italiani la ragion di stato rappresenta «l'eccesso del giure», l'elemento politico sovrastante l'elemento giuridico, ed è quindi di per se stessa irriducibile agli schemi del diritto, da un teorico tedesco, il Clapmarius, viene definita, con una espressione destinata ad aver fortuna, «*jus dominationis*»; cioè viene identificata con quel diritto che ha il sovrano di eliminare il «*jus commune seu ordinarium*» nell'interesse pubblico e viene così attraverso questa identificazione resa accetta e maneggiabile dai giuristi.

2. – Della varia influenza delle teorie della ragion di stato sulla scienza del diritto ci limitiamo qui a ricordare un piccolo aspetto, precisamente la teoria, da alcuni giuristi escogitata e seguita, della *interpretatio politica*; si tratta di un episodio della storia della giurisprudenza così poco noto, che per quanto non di vasta portata merita pur la pena di un esame e di qualche considerazione.

La scienza del diritto per i giuristi del diritto intermedio si risolve tutta quanta nella *interpretatio*, in qualunque modo poi questa «interpretatio» sia intesa a seconda delle scuole e degli indirizzi diversi e talvolta polemicamente contrastanti, ma comunque intesa in un senso assai più ampio di quello oggi in uso, comprendendo non soltanto la mera esegesi del testo o processo di chiarificazione, ma anche l'estensione della legge a casi espressamente non previsti o processo di adattamento, e infine anche l'elaborazione del sistema giuridico, ciò che oggi si suol chiamare propriamente e in modo esclusivo «scienza del diritto». Anche in questo senso più ampio l'*interpretatio* rappresenta e riassume quello che è il tipico e tradizionale atteggiamento del giurista di fronte alla legge, cioè l'atteggiamento di subordinazione, il quale non consente al giurista di porsi al di sopra della legge per giudicarla, ma lo riduce ad accettarne l'autorità e ad ubbidirne il comando, quasi che la legge fosse un dogma e a lui non spettasse altra funzione che quella di rispettarlo e di farlo rispettare. L'*interpretatio* commenta, amplifica, costruisce, ma non valuta; il suo fine è la conoscenza della legge; assolutamente estranea le è la valutazione della legge; tutt'al più, se una valutazione è dato incontrare già negli scrittori medioevali, questa valutazione è opera di coloro che si pongono al di fuori del diritto positivo e sono i filosofi, i quali però risolvono anche qui ogni valutazione in valutazione moralistica, non conoscendo altro criterio valutativo che quello implicito nella domanda se la legge sia giusta o ingiusta: di qua quella sequela di altri e ben noti problemi, quali siano le leggi giuste, quale debba essere il comportamento dei sudditi in caso di legge ingiusta, e così via. Pertanto una valutazione politica delle leggi, che faccia parte integrante dell'opera dei giuristi, non ci è dato di trovare né nella scienza, la quale non valuta ma commenta, né nella filosofia, la quale non conosce altra valutazione appunto che la valutazione etica. È naturale che la valutazione politica delle leggi, come funzione per se stante e propria del

giureconsulto, non potesse sorgere se non quando il pensiero umano si fosse posto in grado di riconoscere l'attività politica, come avente un valore autonomo e quindi capace di formare un proprio criterio di valutazione; e ciò è accaduto in quello stesso periodo, a cui si fa comunemente risalire la presa di conoscenza della distinzione tra politica e morale.

3. – Valutare politicamente una legge vuol dire dare un giudizio sulla sua opportunità: cioè soppesarne la maggiore o minore convenienza ai fini politici che lo Stato si propone di conseguire, ponendosi da un punto di vista che non è più subordinato, ma è bensì sopraordinato alla legge, da quello stesso punto di vista da cui si pone il legislatore quando si trova nella necessità di creare nuove leggi o di modificare quelle esistenti.

La maestà delle leggi romane, ravvalorata dalla proibizione che lo stesso imperatore Giustiniano aveva fatto di commentarle, aveva posto il giurista medioevale in uno stato di inferiorità di fronte a quelle leggi, e nonostante la larghezza di vedute con cui talora le aveva adattate ai tempi, egli non aveva mai osato di sovrapporsi a quella autorità dando giudizi che potessero in qualche modo sminuirle o semplicemente far sorgere sospetti sulla sua infallibilità. Un atteggiamento di critica delle leggi non poteva sorgere che con l'affermarsi della critica storica; ed era la critica storica che poteva far sentire il problema della convenienza politica di una legge, suscitando l'esigenza di considerare una legge non più soltanto come un dogma, ma anche come un fatto storico. Questo problema sorse e si sviluppò nell'età moderna, e l'atteggiamento critico di fronte alle leggi passate e presenti darà origine a quella nuova forma di sapere che sarà la scienza della legislazione, che tanta parte avrà nel rinnovamento giuridico illuministico. Ma assai prima della scienza della legislazione una critica delle leggi, implicante un giudizio sul loro valore politico, viene suggerita ad alcuni giuristi tedeschi all'inizio dell'età moderna dai nuovi e appassionanti dibattiti sulla ragion di stato, che pongono al primo posto della discussione teorica il problema politico, e quindi inducono a considerar anche nelle leggi il loro valore politico, cioè la loro opportunità; e viene in seguito incoraggiata dalla particolare situazione, in cui dopo la guerra dei trent'anni si viene a trovare la scienza giuridica tedesca diventata ormai perplessa sulla opportunità della recezione del diritto romano, e tutta rivolta a trovar le ragioni e a fondare i motivi d'un ritorno dell'antico diritto germanico. A tal fine viene riconosciuta, se pure in una ristrettissima cerchia di giuristi, una nuova forma d'interpretazione delle leggi che, data la identificazione di scienza e d'interpretazione, si può considerare senz'altro come un particolare aspetto della scienza giuridica: questa nuova forma di interpretazione viene uniformemente chiamata *interpretatio politica*.

4. – L'*interpretatio politica* non compare mai nelle numerose trattazioni sull'interpretazione dei giuristi del diritto comune: la sistemazione data da essi al problema era mossa da un interesse esclusivamente logico e pratico, vale a dire che i vari tipi di interpretazione corrispondevano

o all'argomentazione logica che in essi veniva usata oppure ai diversi effetti pratici che da essa si ottenevano. L'interesse tecnico per il problema interpretativo in quegli antichi giuristi è d'altronde ancor dimostrato dal fatto che tra i vari tipi d'interpretazione veniva più particolarmente studiato quello che offriva maggiore appiglio ad uno studio logico e insieme maggior interesse per la pratica applicazione, cioè la *interpretatio extensiva*.<sup>3</sup> L'*interpretatio politica* è menzionata per la prima volta negli scritti, sotto più aspetti interessanti, soprattutto nei riguardi del problema interpretativo, per l'ampiezza delle questioni viste e per la novità della sistemazione, di Joachim Hopper. Ma per quanto coloro che adotteranno il concetto e la espressione di interpretazione politica si rifacciano allo Hopper, e si possano dire per più riguardi suoi seguaci, pur tuttavia nello Hopper quella espressione non acquista particolare rilievo, tanto che difficilmente avrebbe assunto quello speciale significato che ebbe poi, se ad altri non fosse toccato di darle peso e metterla in vista.

Lo Hopper<sup>4</sup> con una divisione originale distingue l'interpretazione in tre grandi rami : *scholastica*, *forensis* e *politica*. Secondo una caratterizzazione comparativa che egli stesso ne dà, la *scholastica* è quella che «a legibus ad principia ascendit», la *forensis* quella che «a legibus ad quaestiones descendit», la *politica* quella che «supra utramque collocata, rem propositam ab una parte ponens, et principia justis et injustis ab altera, tamquam Janus quidem bifrons, nunc haec nunc illa spectat, et quo pacto se habeant inter se dijudicat». <sup>5</sup> Insomma, mentre le prime due categorie coincidono pressapoco con le nostre nozioni di scienza e pratica del diritto, la terza, cioè l'interpretazione politica, esce propriamente dal campo dell'interpretazione strettamente intesa, e si presenta come valutazione critica delle leggi. Studiandola in particolare lo Hopper le attribuisce due compiti specifici: in primo luogo giudicare «utrum leges latae recte se habeant nec ne», in secondo luogo, una volta trovata la legge non giusta, osservare «ecquid mutanda sit nec ne». <sup>6</sup> Si tratta di un'interpretazione, come ognuno vede, che è utile allo stato, e come tale richiede quella particolare conoscenza degli affari pubblici che non si può trovare che nell'uomo addestrato alla vita politica e introdotto negli *arcana principis*; non può quindi essere compiuta dal giurista tecnico, ma soltanto da quello studioso di diritto che abbia condotto vita pubblica e possa elevarsi a quella stessa visione delle leggi, che occorre al legislatore. <sup>7</sup>

5. – Dopo lo Hopper richiama l'attenzione sull'interpretazione politica Ermanno Conring, che occupa un posto rilevante sia nella storia del pensiero politico tedesco per esser stato

3 Per maggiori chiarimenti si veda il mio scritto, *L'Analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, Parte I.

4 Le opere dello HOPPER da consultarsi a questo proposito sono principalmente: *In veram jurisprudentiam Jsagoges ad filium*, libri octo, Coloniae, apud Maternum Cholinum, 1580; e *Seduardus sive de vera jurisprudentia ad regem*, libri duodecim, Antverpiae, in officina. Plantiniana apud viduam et Joannem Moretum, 1590.

5 *In veram jurisprudentiam*, cit., l. II, tit. 36, pag. 372.

6 *Seduardus*, cit., l. IV, tit. 23, pag. 122. Diversamente nell'altra opera, *In veram jurisprudentiam*, l'interpretazione politica viene distinta in «nomotetica» che «circa leges condendas, corrigendas, tollendas versatur» e «dicastica» che «circa leges conditas, interpretandas, adiuvandas, supplendas, versatur» (loc. cit.). Ma la definizione su cui si fonderà il Conring sarà quella del *Seduardus*.

7 Le distinzioni originali dello Hopper sono state accolte da Martino Antonio DEL RIO, *Exercitatio ad l. contractus 23 D. de diversis*

un teorico della ragion di stato,<sup>8</sup> sia nella storia della scienza giuridica per aver sostenuto quella nota dottrina sulle origini del diritto romano nei paesi germanici, che lo fa passare come il principale iniziatore del movimento per il diritto germanico. Egli appunto in quanto teorico della ragion di stato e giurista era naturalmente ben disposto a riconoscere l'importanza della valutazione politica delle leggi e quindi a cogliere e a tramandare la nozione hopperiana della *interpretatio politica*. In alcune sue opere minori di teoria del diritto dimostra di aver derivato proprio dallo Hopper i principali suggerimenti.<sup>9</sup> In teoria l'importanza dell'elemento politico nello studio del diritto lo conduce sino a considerare la vera *jurisprudencia* come un ramo della *civilis prudentia*, che è la teoria e l'arte della politica in generale, attribuendole come principale compito quello di giudicare della utilità e della inutilità delle leggi rispetto al loro fine politico, e quindi assegnandole quasi come esclusiva funzione quella della interpretazione politica. La giurisprudenza comunemente intesa, o commento del diritto positivo, egli chiama *juris peritia* e la relega, come dottrina inferiore, nel campo della filologia e della grammatica.

Il miglior commento a tale nuova forma di *interpretatio* è d'altronde un breve scritto,<sup>10</sup> in cui il Conring, nel fare oggetto della sua esegesi una legge imperiale romana, fra gli altri tipi d'interpretazione, applica, e in modo prevalente, l'interpretazione politica, chiarendo con l'esempio meglio che con ogni altra spiegazione teorica, che cosa essa sia in realtà e a quali risultati giunga. La legge commentata è una costituzione degli imperatori Valentiniano, Valente e Graziano, inserita nel *Codex Theodosianus*, tit. De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae (XIV, 9, I). In un primo tempo essa viene esaminata dal punto di vista delle tre cause, la materiale, l'efficiente e la formale, e sin qui il commento è di carattere essenzialmente storico e teleologico. Ma in un secondo tempo, in relazione all'avvertimento del Conring stesso che dopo la «interpretatio historica vel grammatica», intesa a delucidare la *mens legis*, deve intervenire, affinché l'esame della legge sia completo, l'*interpretatio politica*, quella stessa che è stata riconosciuta per la prima volta e messa in onore dallo Hopper,<sup>11</sup> entra in gioco la valutazione delle leggi, in base alla quale l'interprete stesso giudica sull'opportunità maggiore

---

*regulis juris antiqui*, Lugduni, apud Franciscum le Feure, 1589: l'ultimo capitolo dell'opera è dedicato all'interpretazione politica della legge in questione. Egli è autore anche di una *Epitome ex libris I et II elementorum juris cl. j. c. Joachimi Hopperi, nunquam prius editis*. Questa epitome è pubblicata in una raccolta di suoi scritti che porta sul frontespizio: *Ex miscellaneorum scriptoribus digestorum, codicis et institutionum juris civilis interpretatio collecta*, Paris, apud Michaellem Sonnum, 1580. Appunto dallo studio di questi libri dello Hopper, egli stesso avverte, «quos ille mihi olim Mantuae Carpetanorum legendos utendosque commodarat» «illa mostra exercitatio ad I. contractus fuit composita». Questi *Elementa juris* o come egli anche li chiama nel titolo apposito al principio dell'epitome *De principiis sive elementis juris*, che egli ritiene non mai sino allora stampati, venivano alla luce nello stesso anno 1580, dacché altro non sono che il riassunto dei libri V e VI dell'opera *In veram jurisprudentiam* sopra ricordata.

8 MEINECKE, *Die Idee der Staatsräson*, cit., pag. 174 e segg.

9 *De civili prudentia*, liber unus, 1662; *Propolitica seu brevis introductio in civilem Philosophiam*, 1663 (citati dallo STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, II, pag. 177).

10 Hermannus CONRINGIUS, *Dissertatio ad legem I Codicis Theodosiani De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolis*, Helmestadii, 1655.

11 «Quod ipsum non sine singulari quadam animi voluptate videmus jam etiam ante nos agnovisse summum virum et aeternum Frisiae nostrae decus Joachimum Hopperum, numquam satis laudandi scripti de vera Jurisprudencia lib. IV, tit. 16 e 23» (op. cit.,

o minore della legge, una volta accettati e riconosciuti i fini generali e particolari che essa vuol raggiungere. L'interpretazione politica non è dunque, come potrebbe sembrare dall'esame già esaurito delle tre cause, lo studio della quarta causa o causa finale, ma è bensì lo studio della corrispondenza della legge nella sua sostanza al fine, o, come direbbero i tedeschi, della sua *Zweckmässigkeit*: in altre parole, l'interpretazione politica, considerando la legge come uno strumento di governo, si domanda se sia uno strumento idoneo, e, se non lo sia, in quali punti debba essere emendata; in quanto tale, in quanto cioè ricerca della convenienza della legge allo Stato, spetta non tanto al dottrinario o al giudice quanto piuttosto al legislatore. Il Conring in particolare, dopo aver percorso tutta la legge con una indagine storico-grammaticale, la riprende da principio per valutarne passo passo la sua opportunità politica, quasi sempre trovando perfetta corrispondenza tra il fine proposto e i mezzi usati, e soltanto qua e là, assai raramente, come rispetto alle pene stabilite che gli paiono troppo dure, mettendone in rilievo difetti.

6. – Infine la teoria dell'interpretazione politica forma oggetto di una trattazione particolare e di un esame più particolareggiato nell'operetta del giureconsulto germanista Cristoforo Peller,<sup>12</sup> il quale, mentre vuol dare per la prima volta una sistemazione completa al problema dell'interpretazione politica, non nasconde il suo disegno principale di muovere una critica generale alla giurisprudenza romanistica; l'interpretazione politica, cioè la valutazione delle leggi in base al fine politico e in conformità quindi all'esigenze della ragion di stato, gli serve direttamente per sottoporre ad esame la prevalente tendenza della giurisprudenza ad accettare pedissequamente i principi legislativi dell'epoca imperiale senza una pregiudiziale critica storica. Già nel proemio, dando uno sguardo introduttivo alla situazione della teoria dell'interpretazione, ne mette in rilievo le due fondamentali cause di decadenza, delle quali la prima consiste appunto nella «nimia et superstitiosa quaedam veneratio juris romani», e gli permette in seguito di combattere molti dei più correnti dogmi della dottrina dell'interpretazione (cap. I, §§ 6-14),<sup>13</sup> la seconda consiste nel «neglectus studii politici in demonstrandis fundamentis et rationibus legum». Da questo secondo motivo d'errore sorge tutta la discussione più propriamente rivolta alla teoria della interpretazione politica, a cui è dedicata la seconda parte (cap. II, §§ 15-31).

---

pagina 56).

12 Christophorus Godofredus PELLERUS, *De interpretatione legum politica*, Altdorf, 1719 («Dissertatio juridica publica et sollemnis de interpretatione legum politica, quam auctoritate magnifici jectorum ordinis in illustri universitate altorfina placido eruditorum examini submittit die XXIII maji A.R.S. MDCCXIX H.L.Q.C. Christophorus Godofredus Pellerus de Schoppershof, literis magni Danielis Meyeri»). Non è da confondersi, per evidenti ragioni di tempo, con l'altro più noto Christophorus PELLERUS, autore dell'opera *Politicus sceleratus impugnatus, id est Compendium politices novum*, II ed., Norimbergae, apud Johannem Andream Endterum et Wolfgangi Jun. Haeredes, 1665.

13 Si sofferma soprattutto su tre questioni, nelle quali porta un punto di vista originale: sulla distinzione tra interpretazione autentica, usuale e dottrinale, che combatte sostenendo che l'interpretazione non può essere che dottrinale; sul concetto di interpretazione estensiva, che nega in favore della sola interpretazione dichiarativa; sulla regola «*favorabilia sint extendenda, odiosa restringenda*», che respinge considerandola come regola non generale ma propria del diritto romano e da questo non trasmissibile ad altri diritti.

La ragione principale che giustifica l'introduzione dell'interpretazione politica risiede in una considerazione di carattere generale, sulla quale non vi è dubbio che abbia agito la ormai matura teoria della politica. E infatti la legge, secondo il Peller, riposa sopra due fondamenti, la *ratio moralis* e la *ratio civilis*: «illa sese fundat in aequitate, et exinde propullutante doctrina morali; altera vero in utilitate civili seu ratione status publici, et hanc respiciente prudentia politica» (pag. 30). Ora il fatto, dice il Peller, che per lo più gli interpreti sotto l'influenza romanistica abbiano tenuto conto soltanto del primo non implica che anche il secondo non abbia il suo grande peso per la esatta valutazione delle leggi. Ed è appunto sotto questo secondo aspetto che si presenta la nuova prospettiva da cui egli si pone. Se è ufficio del giurista di esaminare le leggi di uno stato nella loro effettività per poterne dare una valutazione che riesca utile allo stato stesso, è necessario che si indaghi non soltanto se la legge sia giusta o no, ma anche, trattandosi non di leggi naturali ma di leggi positive, vigenti in un determinato stato, se sia conforme o no ai fini dello stato, cioè non solo se sia moralmente onesta, ma anche se sia politicamente opportuna. Ed ecco allora presentarsi un nuovo compito al giurista tradizionale, l'interpretazione politica, che viene definita dal Peller: «ea pars jurisprudentiae universalis, vi cuius in primis rationes legum, politicas et arcanas inquirimus, et pro convenientia aut disconvenientia earum tum maxime cum ratione status publici cum et reliquis prudentiae legislatoriae partibus, de utilitate aut noxa earum judicamus, ad veram et perfectam juris et legum prudentiam consequendam» (pag. 82). Da questa definizione si ricava dunque che compito dell'interprete è quello di scoprire le ragioni politiche di una legge al fine di poterne giudicare la sua convenienza in relazione alla ragion di stato, ovvero la sua maggiore o minore utilità: il che vuol dire innanzi tutto che il giurista può innalzarsi sopra la legge per darne un giudizio. Contro la dottrina comune dell'interprete-esegeta, fedele riproduttore del contenuto della legge, il Peller insorge energicamente osservando che soltanto negli stati dispotici non è lecito ai giuristi di scrutare le ragioni profonde delle leggi, ma che appunto in quelle condizioni i giuristi «liberalem juris scientiam in servilem leguleismum convertunt qui sterili cortici verborum inhaerendo vim ac potestatem eorum negl git» (pag. 51); e conclude che l'interpretazione politica dev'essere sommamente ammessa in quegli stati che adoperano leggi straniere, com'era appunto il caso delle leggi giustinianee nell'Europa del suo tempo, e soprattutto negli stati germanici, dato che diversissima è la natura degli stati e quello che conviene all'uno non è detto che debba convenire anche agli altri.

Il punto di riferimento per una valutazione politica della legge è la ragion di stato. In altri termini l'interpretazione politica consiste nel mettere a raffronto la *ratio legis* con la *ratio status* per commisurarne la maggiore o minore corrispondenza, da cui si ricava il giudizio sulla maggiore o minore opportunità politica o utilità della legge. Una legge che non sia conforme alla ragion di stato dev'essere sottoposta a quella stessa svalutazione a cui si sottopongono, per

lunga tradizione di critica, le leggi ingiuste o non corrispondenti alla ragion naturale: dunque accanto alla ragione naturale la ragion di stato o politica offre un nuovo criterio di valutazione critica delle leggi. Insomma si aggiunge alla tradizionale sussunzione del diritto nella morale, la nuova sussunzione del diritto nella politica. Per quanto riguarda propriamente la teoria della ragion di stato, il Peller non ha idee nuove: nella scia della copiosa letteratura tedesca sull'argomento definisce la ragion di stato: «ipsae prudentiae civilis nobilissima pars, quae modum demonstrat, quo utilitas seu finis reipublicae obtinetur» (pag. 56), e ne accoglie la solita distinzione in «generale» e «speciale», la prima comune a tutti gli stati in universale, la seconda variabile in relazione alla diversità degli stati, o meglio in relazione alla varietà delle forme di governo (fine interno) o dei desideri del principe (fine esterno). Le regole principali dell'interpretazione politica sono appunto costruite sopra queste distinzioni fondamentali della ragion di stato: vale a dire che l'utilità della legge dev'essere commisurata prima alla ragion di stato generale, poi a quella speciale, e l'interprete deve in primo luogo conoscere i fini che lo stato si propone, in secondo luogo ricorrere alle fonti della sapienza politica, per conoscere quali sono i principi dello stato in questione e alla fine soltanto soppesare ciascuna legge, per vedere se quei fini sono stati conseguiti e se quei principi sono salvi.

S'intende che tutta la trattazione teorica è fatta dal Peller col secondo fine di portare un contributo alla critica della recezione del diritto romano negli stati germanici, dei quali già il Conring, di cui il Peller segue assai da vicino le tracce, aveva detto che «cum incautius Romanorum illa monarchica justo plura admisissent, magnam pristini status jacturam fecerint» (pag. 102), mettendo in chiara luce l'importanza di un'interpretazione che vada al di là della legge per valutarne la convenienza politica. Ma ciò non toglie che anche dal punto di vista strettamente teorico e con esclusivo riguardo alla dottrina dell'interpretazione il significato di questo episodio nella storia della scienza del diritto non sia da trascurarsi, soprattutto perchè ci lascia intravedere un riflesso della dottrina tanto clamorosa della ragion di stato nella sfera assai più dimessa e inosservata della scienza giuridica.

7. – Questa nuova categoria dell'interpretazione delle leggi, come risulta da alcune testimonianze colte qua e là, dovette entrare nell'uso della scienza giuridica tedesca, perchè appunto in Germania col risvegliarsi dello spirito nazionalistico doveva sentirsi più che in ogni altro paese l'estraneità del diritto romano, e si rendeva quindi necessaria una valutazione del «Corpus Juris» non soltanto dal punto di vista del diritto naturale, ma anche da un punto di vista strettamente politico. Ma non ebbe nè gran diffusione nè lunga vita. Il Glück nel suo *Commentario* alle Pandette la ricorda ancora, osservando che, oltre all'interpretazione grammaticale e a quella logica, «molti aggiungono una terza specie, cui chiamano la interpretazione politica», e

la definisce nel modo seguente: «s'intende per essa quel modo di interpretazione, che indaga se e fino a che punto le leggi, onde noi ci serviamo, sieno adatte alla nostra odierna costituzione e alle attuali condizioni e se siano pertanto o no applicabili».<sup>14</sup> Il Glück personalmente, pur non nascondendone l'importanza, ritiene che non formi una specie particolare d'interpretazione dottrinale, e la include quindi nel vasto ambito dell'interpretazione logica.<sup>15</sup>

Quello del Glück è forse l'ultimo grande trattato che ne faccia menzione. È ormai completamente dimenticata nel Sistema del Savigny. E a cominciare dal Savigny, il quale anche nella teoria dell'interpretazione inizia una vera e propria tradizione e apre la via agli imitatori, sarà passata sotto silenzio da tutta la pandettistica successiva sino a che se ne perderà ogni traccia, tanto da apparire oggi in questa breve riesumazione come una pura curiosità storica. D'altronde questa sua scomparsa non è casuale, dato che essa nel periodo delle riforme aveva ormai esaurito il suo compito, che era stato quello di aprire il varco e di far posto alla critica delle leggi nell'ambiente tradizionalista e conservatore della scienza giuridica. Quando la critica delle leggi con l'età dell'illuminismo riformatore assunse una parte preponderante nella storia della scienza giuridica, sotto la spinta delle teorie giusnaturalistiche, quel materiale che sino allora poteva essere fatto rientrare nella dottrina dell'interpretazione ed essere quindi legittimato con l'uso dei vecchi schemi, dovette essere considerato per se stesso, data la sua importanza e le sue proporzioni, e venne costituendosi in scienza autonoma, separata dalla scienza giuridica e denominata in una delle sue più tipiche specificazioni «scienza della legislazione». Ancor oggi è rimasto l'uso di scindere la scienza giuridica propriamente detta, in cui rientra tutta la dottrina tradizionale dell'interpretazione, dalla *politica giuridica*, in cui si fa rientrare la critica delle leggi vigenti dal punto di vista degli interessi e dei fini dello Stato, ed in vista del *jus cogens*: è certo che l'interpretazione politica, se pur per lo più limitata nel suo sorgere e nel suo breve sviluppo a particolari interessi del diritto germanico, è una lontana progenitrice della cosiddetta politica giuridica, e si è formata in quella stessa atmosfera di acceso interesse per le cose pubbliche e i principi politici, di cui sono state la più chiara manifestazione le teorie della ragion di stato.

14 GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, I T., II ed., Erlangen, 1797, pag. 226 (trad. it., *Commentario alle Pandette*, Milano, 1888, I, pag. 182).

15 Il Glück tra i sostenitori della interpretazione politica cita, oltre al Peller, SCHILTER [nell'ed. italiano è scritto erroneamente Schiller (Johann Schilter, uno dei più celebri rappresentanti del diritto tedesco nel sec. XVII)], *Praxis juris romani in foro Germanico*, ex. II, § 8, nota a (la I ediz. è del 1675-1683, Jena); e HARTLEBEN, *Meditationes ad Pandectas*, spec. II, med. 3. Questa citazione non è esatta: si tratta evidentemente della nota opera di Augustin LEYSER, intitolata appunto *Meditationes ad Pandectas*, in II voll. apparsi dal 1717 al 1748, e commentati solo in parte dallo Hartleben in un'ediz. di Frankfurt del 1778-1781.

Un'ampia e più antica trattazione sull'interpretatio politica mi è stato dato di leggere nell'opera di Vincentius PLACCIUS, *De jurisconsulto perfecto, sive interpretatione legum in genere*, liber singularis, II ed., Holmiae et Hamburgi, apud Gottfried Liebezeit, 1693, cap. IV, add. IX. Pone la *interpretatio* politica nella categoria della interpretazione mentale e la definisce: «Politica interpretatio, sive statistica (hodierno loquendi more) interpretatio, est mentalis assignans rationem legi politicam, sive ex ratione status petitam» (pag. 105).

# A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E A RAZÃO DE ESTADO

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# A INTERPRETAÇÃO DAS LEIS E A RAZÃO DE ESTADO<sup>1\*</sup>

---

Norberto Bobbio

---

1. – Como se sabe, a primeira resposta à constituição da política como atividade autônoma foi de caráter moral. O princípio da razão de Estado deu origem principalmente a um problema moral e já os primeiros teóricos o atacaram armados com as categorias do bom e do mau, do honesto e do desonesto. Desde então, a discussão inicial de toda teoria política se volta para as relações, ainda que estas já tenham sido resolvidas, entre valorização política e valorização moral. Do mesmo modo, um século depois, quando o pensamento filosófico começa a distinguir a atividade jurídica da atividade moral, em princípio confusas ou numa consideração moralista da justiça ou numa consideração legalista da atividade moral, o problema da distinção entre moral e direito será alçado à ordem do dia de qualquer exposição de filosofia jurídica. As relações entre política e direito têm sido muito menos observadas e, ainda que elas sejam visíveis a todos e que todos busquem aprofundá-las, até mesmo identificando, por vezes, as duas atividades ou reduzindo toda atividade jurídica a expressão ou instrumento da atividade política, ainda não se voltou no tempo para buscar descobrir os eventuais nexos, não digo entre regime político e ordenamento legislativo, que é algo óbvio e peculiar de cada história política e jurídica, mas entre teoria política e ciência jurídica, nexos que podem precisamente iluminar historicamente o campo obscuro das relações entre as atividades política e jurídica.

É fato que as teorias da razão de Estado não foram suficientemente estudadas de um ponto de vista jurídico: ainda assim, são muitos e interessantes os problemas jurídicos que elas levantam, a começar por aquele implícito na definição de razão de Estado como “superação do direito comum para fins de utilidade pública”, que deveria ser enquadrado e, assim, aprofundado em relação ao antiquíssimo e hoje mais vivo do que nunca problema das relações entre direito público e direito privado. É certo que tais teorias representam um primeiro impulso para a formação da ciência do direito público como ramo autônomo da jurisprudência geral e é, de fato, tal ciência que está se constituindo na Alemanha no início do séc. XVII. Precisamente na Alemanha, como destacou Meinecke,<sup>2</sup> a teoria da razão de Estado, um produto genuinamente

---

1 \* Publicado originalmente em: Scritti giuridici in onore di Santi Romano. Vol. I – Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale. Pádua: CEDAM, 1939. Tradução de Antonio Roberto Sanches Jr. e Celso Naoto Kashiura Jr. Revisão de José Antonio Siqueira Pontes e Marcelo de Azevedo Granato.

2 MEINECKE, *Die Idee der Staatsräson*, München, 1925, p. 165.

italiano, acolhida desde o início com desconfiança como algo estranho e não conforme à mentalidade alemã, acaba pouco a pouco assimilada com uma redução de seu conteúdo nas formas do saber jurídico. Enquanto a razão de Estado representa, para os teóricos italianos, um “excesso da jurisprudência”, com o elemento político se sobrepondo ao elemento jurídico e, portanto, sendo por si mesma irreduzível aos esquemas do direito, para Clapmarius, um teórico alemão, ela é definida, com uma expressão destinada a tornar-se célebre, como “*jus dominationis*”; ou seja, é identificada com o direito do soberano de eliminar o “*jus commune seu ordinarium*” por interesse público e, por meio dessa identificação, torna-se aceitável e manejável para os juristas.

2. – Das variadas influências das teorias da razão de Estado sobre a ciência do direito, vamos nos limitar a recordar um pequeno aspecto, precisamente a teoria da *interpretatio politica*, desenvolvida e seguida por alguns juristas. Trata-se de um episódio pouco conhecido da história da jurisprudência, que, ainda que não seja de grande alcance, merece um exame e algumas considerações.

A ciência do direito se resolve, para os juristas medievais, na *interpretatio*, qualquer que tenha sido o modo como essa “interpretatio” foi então entendida pelas escolas e pelos destinatários diversos e, às vezes, polemicamente contrastantes, ela foi sempre entendida num sentido bem mais amplo daquele atualmente em uso, compreendendo não apenas a mera exegese do texto ou processo de esclarecimento, mas ainda a extensão da lei a casos expressamente não previstos ou processo de adaptação e, por fim, também a elaboração do sistema jurídico, aquilo que hoje chamamos própria e exclusivamente de “ciência do direito”. Mesmo nesse sentido mais amplo, a *interpretatio* representa e resume aquela atitude típica e tradicional do jurista frente à lei, isto é, a atitude de subordinação, que não consente ao jurista colocar-se acima da lei para julgá-la, mas o compele a aceitar sua autoridade e a obedecer ao seu comando, quase como se a lei fosse um dogma e ao jurista não coubesse outra função senão respeitá-lo e fazê-lo respeitar. A *interpretatio* comenta, amplifica, constrói, mas não valora; sua finalidade é o conhecimento da lei; a valoração da lei é, para ela, absolutamente estranha. No limite, se uma valoração pode ser encontrada já entre os escritores medievais, tal valoração é obra daqueles que se colocam fora do direito positivo, os filósofos, que, no entanto, resolvem toda valoração em valoração moral, não conhecendo outro critério valorativo senão aquele implícito na pergunta se a lei é justa ou injusta: da qual seguem outros e bem notórios problemas, quais seriam as leis justas, qual deveria ser o comportamento dos súditos em caso de lei injusta e daí por diante. Portanto uma valoração política das leis que integre a obra dos juristas não pode ser encontrada quer na ciência, que comenta e não valora, quer na filosofia, que não conhece outra valoração que não a valoração ética precisamente. É natural que a valoração política das leis, como função

específica e própria do jurisconsulto, não poderia surgir enquanto o pensamento humano não reconhecesse à atividade política um valor autônomo, sendo, assim, capaz de formar um critério próprio de valoração. Isso aconteceu no mesmo período ao qual comumente se atribui a tomada de consciência da distinção entre política e moral.

3. – Valorar politicamente uma lei significa emitir um juízo sobre a sua oportunidade: isto é, sopesar a sua maior ou menor conveniência aos fins políticos que o Estado propõe perseguir, colocando-se num ponto de vista que não é mais subordinado, mas superordenado à lei, o mesmo ponto de vista do legislador quando da necessidade de criar novas leis ou modificar as existentes.

A majestade das leis romanas, reforçada pela proibição de comentá-las pelo próprio imperador Justiniano, tinha colocado o jurista medieval numa situação de inferioridade perante as leis e, apesar da amplitude das visões com que algumas vezes as adaptou aos tempos, ele jamais ousou colocar-se acima daquela autoridade para emitir juízos que pudessem de qualquer modo diminuí-la ou simplesmente fazer suspeitar de sua infalibilidade. Uma atitude crítica das leis não poderia surgir senão com a afirmação da crítica histórica. Era a crítica histórica que poderia tornar perceptível o problema da conveniência política de uma lei, suscitando a exigência de considerar a lei não mais como dogma apenas, mas também como fato histórico. Esse problema surgiu e se desenvolveu na era moderna e a atitude crítica perante as leis passadas e presentes dará origem àquela nova forma de saber que é a ciência da legislação, que tem papel importante na renovação jurídica iluminista. Mas bem antes da ciência da legislação, uma crítica das leis envolvendo um juízo sobre seu valor político foi sugerida por alguns juristas alemães, no início da idade moderna, nos novos e empolgantes debates sobre a razão de Estado, que colocam no primeiro plano da discussão teórica o problema político, induzindo assim a considerar nas leis o seu valor político, ou seja, a sua oportunidade; em seguida, essa crítica foi encorajada pela situação particular em que, depois da guerra dos trinta anos, encontrava-se a ciência jurídica alemã, perplexa acerca da oportunidade da recepção do direito romano e buscando encontrar as razões e fundar os motivos de um retorno ao antigo direito germânico. Para tanto, é reconhecida, ainda que num círculo restritíssimo de juristas, uma nova forma de interpretação das leis que, dada a identificação entre ciência e interpretação, pode certamente ser considerada como um aspecto particular da ciência jurídica: essa nova forma de interpretação é uniformemente chamada de *interpretatio politica*.

4. – A *interpretação política* não aparece nas numerosas obras sobre interpretação dos juristas do direito comum: a sistematização dada por eles a esse problema foi movida por um interesse exclusivamente lógico e prático, de modo que os vários tipos de interpretação corres-

pondiam ou à argumentação lógica neles usada ou aos diferentes efeitos práticos que dela se obtinham. O interesse técnico pelo problema interpretativo naqueles juristas antigos é, contudo, ainda demonstrado pelo fato de que, dentre os vários tipos de interpretação, aquele mais particularmente estudado foi o que oferecia maior apoio a um estudo lógico e, ao mesmo tempo, maior interesse para aplicação prática, isto é, a *interpretação extensiva*.<sup>3</sup> A *interpretação política* é mencionada pela primeira vez nos escritos, em vários aspectos interessantes, sobretudo quanto ao problema interpretativo, pela amplitude das questões abordadas e pela inovação da sistematização, de Joachim Hopper. Porém, enquanto aqueles que adotam o conceito e a expressão interpretação política referem-se a Hopper, no próprio Hopper essa expressão não adquire uma importância particular, tanto que dificilmente teria assumido posteriormente aquele significado especial se outros não tivessem se encarregado de dar a ela peso e evidência.

Hopper,<sup>4</sup> com uma divisão original, distingue a interpretação em três grandes ramos: *scholastica*, *forensis* e *politica*. Segundo uma caracterização comparativa que ele mesmo propõe, a *scholastica* é aquela que “a legibus ad principia ascendit”, a *forensis* é aquela que “a legibus ad quaestiones descendit”, a *politica* é aquela que “supra utramque collocata, rem propositam ab una parte ponens, et principia justae et injustae ab altera, tamquam Janus quidem bifrons, nunc haec nunc illa spectat, et quo pacto se habeant inter se dijudicat”.<sup>5</sup> Em suma, enquanto as duas primeiras categorias coincidem aproximadamente com nossas noções de ciência e prática do direito, a terceira, isto é, a interpretação política, escapa ao campo próprio da interpretação estritamente considerada e se apresenta como valoração crítica das leis. Estudando-a em particular, Hopper atribui a ela duas tarefas específicas: em primeiro lugar, julgar “utrum leges latae recte se habeant nec ne”; em segundo lugar, um vez constatada a lei injusta, observar “ecquid mutanda sit nec ne”.<sup>6</sup> Trata-se de uma interpretação, como se pode ver, que é útil para o Estado e, como tal, requer um conhecimento particular dos assuntos públicos que só pode ser encontrado no homem formado na vida política e introduzido aos seus *arcana principis*; não pode, portanto, ser realizada pelo jurista técnico, mas apenas por aquele estudioso do direito versado na vida pública e que pode elevar-se àquela mesma visão das leis que é necessária ao legislador.<sup>7</sup>

3 Para maiores esclarecimentos, v. meu escrito *L'Analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, Parte I.

4 As obras de HOPPER a consultar sobre esse assunto são principalmente: *In veram jurisprudentiam Jsagoges ad filium*, libri octo, Coloniae, apud Maternum Cholinum, 1580; e *Seduardus sive de vera jurisprudentia ad regem*, libri duodecim, Antverpiae, in officina Plantiniana apud viduam et Joannem Moretum, 1590.

5 *In veram jurisprudentiam*, cit., l. II, tit. 36, p. 372.

6 *Seduardus*, cit., l. IV, tit. 23, p. 122. De modo diverso, na outra obra, *In veram jurisprudentiam*, distingue-se a interpretação política entre “nomotetica”, que “circa leges condendas, corrigendas, tollendas versatur”, e “dicastica”, que “circa leges conditas, interpretandas, adiuvandas, supplendas, versatur” (loc. cit.). Mas a definição sobre a qual se apoia Conring é a de *Seduardus*.

7 As distinções originais de Hopper são acolhidas por Martino Antonio DEL RIO, *Exercitatio ad l. contractus 23 D. de diversis regulis juris antiqui*, Lugduni, apud Franciscum le Feure, 1589: o último capítulo da obra é dedicado à interpretação política das leis em questão. Ele também é autor de um *Epitome ex libris I et II elementorum juris cl. j. c. Joachimi Hopperi, nunquam prius editis*. Este epitome foi publicado em uma coletânea de seus escritos que traz na página de título: *Ex miscellaneorum scriptoribus digestorum, codicis et institutionum juris civilis interpretatio collecta*, Paris, apud Michaellem Sonnum, 1580. Do estudo desses livros de Hopper,

5. – Depois de Hopper, chama atenção à interpretação política Hermann Conring, que ocupa um lugar importante tanto na história do pensamento político alemão, por ter sido um teórico da razão de Estado,<sup>8</sup> quanto na história da ciência jurídica, por ter defendido célebre doutrina acerca da origem do direito romano nos países germânicos, o que faz com que seja considerado o principal precursor do movimento pelo direito germânico. Como teórico da razão de Estado e jurista, ele estava naturalmente disposto a reconhecer a importância da valoração política das leis e, assim, a adotar e divulgar a noção hopperiana de *interpretatio politica*. Em algumas de suas obras menores de teoria jurídica, ele mostra ter derivado propriamente de Hopper as principais sugestões.<sup>9</sup> Na teoria, a importância do elemento político no estudo do direito o conduz até mesmo a considerar a verdadeira jurisprudência como um ramo da *civilis prudentia*, que é a teoria e a arte da política em geral, atribuindo-lhe como tarefa principal o juízo acerca da utilidade e da inutilidade das leis em relação ao seu fim político, e, portanto, designando a interpretação política quase como sua função exclusiva. A jurisprudência como comumente entendida, ou seja, o comentário do direito positivo, ele chama de *juris peritia*, relegando-a, como uma doutrina inferior, ao campo da filologia e da gramática.

Contudo, o melhor comentário a essa nova forma de *interpretatio* é um breve escrito<sup>10</sup> em que Conring, tomando como objeto de exegese uma lei imperial romana, aplica, de modo prevalente dentre os outros tipos de interpretação, a interpretação política, esclarecendo melhor com o exemplo do que com qualquer outra explicação teórica o que ela realmente é e quais resultados ela alcança. A lei comentada é uma constituição dos imperadores Valentiniano, Valente e Graciano inserida no *Codex Theodosianus*, tit. De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae (XIV, 9, I). A princípio, ela é examinada do ponto de vista das três causas, a material, a eficiente e a formal, e, até esse ponto, o comentário é essencialmente histórico e teleológico. Porém, a seguir, em correspondência com a advertência do próprio Conring segundo a qual, depois da “interpretatio historica vel grammatica”, voltada a elucidar a *mens legis*, deve intervir, para que o exame da lei seja completo, a *interpretatio politica*, pela primeira vez reconhecida e referida em homenagem a Hopper,<sup>11</sup> entra em jogo a valoração das leis, a partir da qual o próprio intérprete, uma vez aceitos e reconhecidos os fins gerais e particulares que

---

ele adverte “quos ille mihi olim Mantuae Carpetanorum legendos utendosque commodarat” “illa mostra exercitatio ad l. contractus fuit compósita”. Esses *Elementa juris* ou, como também os chama no título expresso no princípio do epítome, *De principiis sive elementis juris*, que ele considera até então não impressos, vieram a lume no mesmo ano de 1580, uma vez que não são nada mais do que o resumo dos livros V e VI da obra *In veram jurisprudentiam* mencionada acima.

8 MEINECKE, *Die Idee der Staatsräson*, cit., p. 174 e seg.

9 *De civili prudentia*, liber unus, 1662; *Propolitica seu brevis introductio in civilem Philosophiam*, 1663 (citado por STINTZING, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, II, p. 177).

10 Hermannus CONRINGIUS, *Dissertatio ad legem I Codicis Theodosiani De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolis*, Helmestadii, 1655.

11 “Quod ipsum non sine singulari quadam animi voluptate videmus jam etiam ante nos agnovisse summum virum et aeternum Frisiae nostrae decus Joachimum Hopperum, numquam satis laudandi scripti de vera Jurisprudentia lib. IV, tit. 16 e 23” (op. cit., p. 56).

a lei deve buscar, emite juízo sobre a sua maior ou menor oportunidade. A interpretação política não é, portanto, como poderia parecer pelo já exaurido exame das três causas, o estudo da quarta causa ou causa final, mas o estudo da correspondência da lei em sua substância ao fim, ou, como diriam os alemães, da sua *Zweckmässigkeit*: em outras palavras, a interpretação política, considerando a lei como um instrumento de governo, pergunta se é um instrumento idôneo e, em caso negativo, em que pontos deve ser modificada; como tal, uma vez que busca a conveniência da lei ao Estado, diz respeito não tanto ao doutrinador ou ao juiz, mas sobretudo ao legislador. Conring, em particular, depois de ter percorrido toda a lei com uma investigação histórico-gramatical, reinicia sua análise para valorar passo a passo a sua oportunidade política, quase sempre encontrando correspondência perfeita entre o fim proposto e os meios empregados, e só aqui e ali, muito raramente, destacando os defeitos, por exemplo no que diz respeito às penalidades estabelecidas, que lhe parecem muito duras.

6. – Por fim, a teoria da interpretação política é objeto de um tratamento particular e de um exame mais detalhado na opereta do jurista germanista Christoph Peller,<sup>12</sup> que, embora queira dar pela primeira vez uma sistematização completa ao problema da interpretação política, não esconde que seu principal projeto é mover uma crítica geral à jurisprudência romanística; a interpretação política, que é a valoração das leis de acordo com o fim político e, portanto, em conformidade com as necessidades da razão de Estado, serve diretamente para examinar a tendência predominante da jurisprudência de aceitar servilmente os princípios legislativos da era imperial sem uma crítica histórica preliminar. Já no prefácio, dando um olhar introdutório sobre a situação da teoria da interpretação, destaca as duas causas fundamentais da sua decadência, das quais a primeira consiste precisamente no “nimia et superstitiosa quaedam veneratio juris romani”, o que depois lhe permite lutar contra muitos dos dogmas mais atuais da doutrina da interpretação (cap. I, §§ 6-14),<sup>13</sup> e a segunda consiste no “neglectus studii politici in demonstrandis fundamentis et rationibus legum”. A partir desta segunda razão para o erro, surge toda a discussão mais apropriadamente dirigida à teoria da interpretação política, à qual a segunda parte é dedicada (cap. II, §§ 15-31).

A principal razão que justifica a introdução da interpretação política reside numa consi-

12 Christophorus Godofredus PELLERUS, *De interpretatione legum politica*, Altdorf, 1719 (“Dissertatio juridica publica et solemnitas de interpretatione legum politica, quam auctoritate magnifici jectorum ordinis in illustri universitate altorfina placido eruditorum examini submittit die XXIII maji A.R.S. MDCCXIX H.L.Q.C. Christophorus Godofredus Pellerus de Schoppershof, literis magni Danielis Meyeri”). Não confundir, por razões óbvias de tempo, com o outro mais conhecido Christophorus PELLERUS, autor do trabalho *Politicus sceleratus impugnatus, id est Compendium politices novum*, II ed., Norimbergae, apud Johannem Andrean Endterum et Wolfgangi Jun. Haeredes, 1665.

13 Concentrando-se acima de tudo em três questões, nas quais ele traz um ponto de vista original: sobre a distinção entre interpretação autêntica, usual e doutrinal, que ele combate argumentando que a interpretação só pode ser doutrinal; sobre o conceito de interpretação extensiva, que nega em favor da interpretação declarativa apenas; sobre a regra “*favorabilia sint extendenda, odiosa restringenda*”, que rejeita por considerá-la como uma regra não geral, mas adequada ao direito romano e não transmissível por ele a outros direitos.

deração de natureza geral, sobre a qual não há dúvida de que a teoria da política, agora madura, atuou. A lei, de acordo com Peller, repousa, de fato, sobre dois fundamentos, a *ratio moralis* e a *ratio civilis*: “illa sese fundat in aequitate, et exinde propullutante doctrina morali; altera vero in utilitate civili seu ratione status publici, et hanc respiciente prudentia politica” (p. 30). Ora, o fato, diz Peller, de que a maior parte dos intérpretes sob influência romanística só levou em conta o primeiro não implica que mesmo este último não tenha seu grande peso para a valoração exata das leis. E é precisamente sob este segundo aspecto que a nova perspectiva que ele propõe é apresentada. Se é ofício do jurista examinar as leis de um Estado em sua efetividade para poder dar uma valoração que seja útil ao próprio Estado, é necessário investigar não somente se a lei é justa ou não, mas também, tratando-se não de leis naturais, mas de leis positivas, em vigor em um dado Estado, se está em conformidade ou não com os fins do Estado, isto é, não apenas se é moralmente honesta, mas também se é politicamente oportuna. Daí vem uma nova tarefa para o jurista tradicional, a interpretação política, que é definida por Peller: “ea pars jurisprudentiae universalis, vi cuius in primis rationes legum, politicas et arcanas inquirimus, et pro convenientia aut disconvenientia earum tum maxime cum ratione status publici cum et reliquis prudentiae legislatoriae partibus, de utilitate aut noxa earum judicamus, ad veram et perfectam juris et legum prudentiam consequendam” (p. 82). A partir dessa definição, podemos deduzir que a tarefa do intérprete é descobrir as razões políticas de uma lei para poder julgar sua conveniência em relação à razão de Estado, ou sua maior ou menor utilidade: o que significa antes de tudo que o jurista pode colocar-se acima da lei para manifestar um juízo. Contra a doutrina comum do intérprete-exegeta, fiel reproduzidor do conteúdo da lei, Peller se insurge vigorosamente, observando que somente em Estados despóticos não é permitido aos juristas examinar as profundas razões das leis, mas que precisamente nessas condições os juristas “liberalem juris scientiam in servilem leguleismum convertunt qui sterili cortici verborum inhaerendo vim ac potestatem eorum negl git” (p. 51); e conclui que a interpretação política deve ser supremamente admitida naqueles Estados que usam leis estrangeiras, como foi o caso das leis justinianas na Europa de seu tempo, e especialmente nos Estados germânicos, dado que a natureza dos Estados é muito diferente e o que é conveniente para um não necessariamente convém aos outros.

O ponto de referência para uma valoração política da lei é a razão de Estado. Em outras palavras, a interpretação política consiste em confrontar a *ratio legis* e a *ratio status* para medir a sua maior ou menor correspondência, da qual advém o juízo sobre a maior ou menor oportunidade política ou utilidade da lei. Uma lei que não se conforma à razão de Estado deve ser submetida à mesma depreciação a que se submetem, por uma longa tradição de crítica, leis injustas ou leis que não correspondem à razão natural: portanto, além da razão natural, a razão de Estado ou política oferece um novo critério para a valoração crítica das leis. Em suma, à tradicional

subsunção do direito à moralidade é acrescentada a nova subsunção do direito à política. No que diz respeito à teoria da razão de Estado, Peller não tem novas ideias: na esteira da copiosa literatura alemã sobre o assunto, ele define a razão de Estado: “psae prudentiae civilis nobilissima pars, quae modum demonstrat, quo utilitas seu finis reipublicae obtinetur” (p. 56) e aceita a distinção usual em “geral” e “especial”, a primeira universalmente comum a todos os Estados, a segunda variável em relação à diversidade de Estados, ou melhor, em relação à variedade de formas de governo (fim interno) ou aos desejos do príncipe (fim externo). As principais regras da interpretação política são precisamente construídas sobre essas distinções fundamentais da razão de Estado: vale dizer, a utilidade da lei deve ser comensurada primeiro em vista da razão de Estado geral, depois da especial, e o intérprete deve, em primeiro lugar, conhecer os fins que o Estado se propõe, em segundo lugar, recorrer às fontes da sabedoria política para saber quais são os princípios do Estado em questão e, apenas ao final, sopesar cada lei para verificar se esses objetivos foram alcançados e se esses princípios estão seguros.

Entende-se que todo o tratamento teórico é feito por Peller com a segunda finalidade de dar uma contribuição à crítica da recepção do direito romano nos Estados germânicos, dos quais Conring, cujos traços Peller segue muito de perto, havia dito que “cum incautius Romanorum illa monarchica justo plura admisissent, magnam pristini status jacturam fecerint” (p. 102), ressaltando a importância de uma interpretação que vá além da lei para valorar sua conveniência política. Mas o fato é que, mesmo do ponto de vista estritamente teórico e com atenção exclusiva à doutrina da interpretação, o significado desse episódio na história da ciência do direito não deve ser negligenciado, sobretudo porque nos permite vislumbrar um reflexo da tão clamorosa doutrina da razão de Estado na esfera muito mais descuidada e inobservada da ciência jurídica.

7. – Essa nova categoria de interpretação das leis, como resulta de alguns testemunhos reunidos aqui e ali, teve que entrar em uso na ciência jurídica alemã porque precisamente na Alemanha, com o despertar do espírito nacionalista, sentiu-se a estranheza do Direito romano mais que em outros países e, assim, tornou-se necessária uma valoração do “Corpus Juris” não apenas do ponto de vista do direito natural, mas também de um ponto de vista estritamente político. Mas ela não teve grande difusão nem vida longa. Glück, em seu *Comentário das Pandectas*, ainda a recorda, notando que, além da interpretação gramatical e lógica, “muitos acrescentam uma terceira espécie, à qual chamam de interpretação política”, e a define da seguinte forma: “trata-se daquele modo de interpretação que indaga se e em que medida as leis, as quais nós usamos, são adequadas à nossa atual constituição e às condições atuais e se são, portanto, aplicáveis ou não”.<sup>14</sup> Glück, pessoalmente, apesar de não esconder sua importância, acredita

14 GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, I T., II ed., Erlangen, 1797, p. 226 (trad. it., *Commentario alle Pandette*,

que ela não forma uma espécie particular de interpretação doutrinária e, assim, a inclui no vasto âmbito da interpretação lógica.<sup>15</sup>

A menção no grande tratado de Glück é talvez a última. No sistema de Savigny, ela foi completamente esquecida. E a partir de Savigny, que também na teoria da interpretação inicia uma verdadeira tradição e abre caminho para imitadores, ela passará pelo silêncio de toda a pandectística posterior, até que se perca dela qualquer traço, a ponto de aparecer hoje nessa breve exumação como uma pura curiosidade histórica. Além disso, seu desaparecimento não é acidental, dado que durante o período de reformas ela já havia exaurido sua tarefa, que foi abrir a brecha e dar espaço para a crítica das leis no ambiente tradicionalista e conservador da ciência jurídica. Quando a crítica das leis, com a era do Iluminismo reformista, assumiu um papel preponderante na história da ciência jurídica, sob o impulso das teorias jusnaturalistas, aquele material que até então podia ser situado na doutrina da interpretação e, assim, legitimado com a utilização de antigos esquemas, teve que ser considerado por si mesmo, dada sua importância e suas proporções, e constituiu-se como ciência autônoma, separada da ciência jurídica e denominada em uma de suas especificações mais típicas: “ciência da legislação”. Mesmo hoje, permanece a separação entre a ciência jurídica propriamente dita, que inclui toda a doutrina tradicional da interpretação, e a *política jurídica*, que inclui a crítica das leis vigentes do ponto de vista dos interesses e fins do Estado, e tendo em conta o *jus condenum*: é certo que a interpretação política, embora limitada em sua origem e em seu breve desenvolvimento aos interesses particulares do direito germânico, é um ancestral distante da assim chamada política jurídica, e formou-se nessa mesma atmosfera de intenso interesse em assuntos públicos e princípios políticos da qual as teorias da razão de Estado foram a manifestação mais clara.

---

Milano, 1888, I, p. 182).

15 Glück cita entre os defensores da interpretação política, além de Peller, SCHILTER [na edição italiana está escrito erroneamente Schiller (Johann Schilter, um dos mais célebres representantes do direito alemão no século XVII)], *Praxis juris romani in foro Germanico*, ex. II, § 8, nota a (a I ed. é de 1675-1683, Jena); e HARTLEBEN, *Meditationes ad Pandectas*, spec. II, med. 3. Esta citação não é exata: trata-se evidentemente do conhecido trabalho de Augustin LEYSER, intitulado precisamente *Meditationes ad Pandectas*, em II vols., publicado entre 1717 e 1748 e apenas parcialmente comentado por Hartleben em uma edição de Frankfurt de 1778-1781. Pude ler um amplo e mais antigo tratado sobre interpretação política no trabalho de Vincentius PLACCIUS, *De jurisconsulto perfecto, sive interpretatione legum in genere, liber singularis*, II ed., Holmiae et Hamburgi, apud Gottfried Liebezeit, 1693, cap. IV, add. IX. Situa a *interpretatio politica* na categoria da interpretação mental e a define: “Politica interpretatio, sive statistica (hodierno loquendi more) interpretatio, est mentalis assignans rationem legi politicam, sive ex ratione status petitam” (p. 105).

DOSSIÊ

---

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

**THE LONG AND WINDING ROAD TO  
HARD COSMOPOLITANISM:  
once again about the case law of the  
european court of human rights**

---

A LONGA E TORMENTOSA ESTRADA PARA O COSMOPOLITISMO RÍGIDO:  
uma vez mais a jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem

# THE LONG AND WINDING ROAD TO HARD COSMOPOLITANISM: once again about the case law of the european court of human rights

## A LONGA E TORMENTOSA ESTRADA PARA O COSMOPOLITISMO RÍGIDO: uma vez mais a jurisprudência do tribunal europeu dos direitos do homem

---

**Athanasia Petropoulou**

PhD in International Law at the Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne.  
athanasia\_10@yahoo.fr

---

**Resumo:** As perspectivas política, metodológica e interpretativa duma visão cosmopolita estão na linha de ganhar cada vez mais legitimidade, também no meio específico da Carta Europeia dos Direitos Humanos. Este ensaio analisa decisões e interpretações da Corte e tenta estabelecer um paralelismo entre os princípios judiciais e os fundamentos éticos e filosóficos do pós-modernismo: sobretudo quanto às modalidades de transmissão de valores e princípios. O exemplo marcante é a construção da identidade nacional como resposta para a insegurança global. A autora desse ensaio tenta desconstruir analiticamente os fundamentos ideológicos dessa resposta regressiva.

**Palavras-chave:** véu islâmico; tolerância religiosa; laicidade; Corte Europeia de Direitos Humanos, cosmopolitismo.

**Abstract:** The political, methodological and interpretative perspectives of a cosmopolitan vision are in the process of gaining more and more legitimacy, also within the specific environment of the European Charter of Human Rights. This essay analyzes Court decisions and interpretations and attempts to establish a parallelism between the judiciary principles and the ethical and philosophical foundations of postmodernism: above all as to the modes of transmission of values and principles. The striking example is the construction of national identity as a response to global insecurity. The author of this essay attempts to analytically deconstruct the ideological underpinnings of this regressive response.

**Keywords:** Islamic veil; religious tolerance; laicism; European Court of Human Rights, cosmopolitanism.

## 1. Introduction

Drawing upon Kants' conception on a cosmopolitan society, regional mechanisms of protection of international human rights, such as the system of the European Convention of Human Rights (ECHR), participate in the shaping of what might be called "cosmopolitan constitutionalism". This vision of cosmopolitanism is central to the contemporary understanding of international law beyond the notion of State sovereignty, as a juridical legal order that would encompass non-state actors, as well as individuals. This cosmopolitan legacy of today's international human rights law regime is inherent in a human rights discourse that views cosmopolitan rights as part of a political project, whose justification rests on a moral universalism, according to which individuals are rights-bearing not only in virtue of their citizenship within States, but in the first place in virtue of their humanity. This is the basic contention of Seyla Benhabib, for whom cosmopolitanism involves "*the recognition that human beings are moral persons equally entitled to legal protection in virtue of rights that accrue them as human beings as such*"<sup>1</sup>. The author associates this universalizing effect of the cosmopolitan dimension of human rights with a communicative freedom, which enables every individual to be recognized as active member of a constituted political order.

Multilevel cosmopolitan constitutionalism results in restricting modern national, and international legal systems through "*inalienable rights of all members of the human family (as) the foundation of freedom, justice and peace in the world*", based on a "*common understanding of these rights*", as specified in the 1948 UDHR, and progressively developed through national and regional human rights law, and especially the law of the ECHR<sup>2</sup>. The emergence of the individual as an actor in the field of international law and the dethronement of unrestricted State sovereignty can be regarded as the basic tenets of such a trend that is inspired by Universalist claims concerning the ambit of the application of human rights. However, these claims, based also on the indivisible nature of human rights, as proclaimed by the Vienna Convention<sup>3</sup>, cannot always address the inherent tensions underlying the implementation of human rights in the national or regional level.

One of the challenges to contemporary notions of cosmopolitan human rights and one exacerbating the tension between the holistic and the particular is how to address issues arising from the need to accommodate the right in manifesting ones' religious beliefs in the context of secular liberal democratic regimes. The controversies surrounding the question of the nature

1 BENHABIB, S. *Dignity in Adversity, Human Rights in Toubled Times*, Polity press, 2014, p. 9.

2 PETERSMANN, Ernst-Ulrich *Human Rights Require 'Cosmopolitan Constitutionalism' and Cosmopolitan Law for Democratic Governance of Public*, European University Institute, Working Paper LAW, 2013/04, p. 4.

3 Vienna Declaration and Programme of Action, Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

and scope of the right to religious freedom as well as the possibility of the State to regulate the limits of legitimate religious expression were addressed by the European Court of Human Rights in a case of the so called “French burqa”, namely the prohibition for Muslim girls and women to wear the full face veil in the public space. The case is interesting in that it elucidates the position of the European Court in a highly contentious subject, such as the relationship between religion, personal autonomy and their expression in the public sphere. The case illustrates the ambiguities of national responses to what is conceived as a threatening reality, namely the rise of Islamism and the place of Islamic norms and practices in European secular nation-states.

Religious freedom far from being only a matter of personal belief or conscience is also a matter of symbols, group identity, rituals. Imposing a ban on religious clothing invoking the communal interest of “living together” and a vision of public morals promoting a specific understanding of communicative interaction in public raises concerns for the protection of minorities, gender equality, human dignity and ultimately the nature of the right to religious freedom and its ability in contemporary western secular democracies to embrace religious expression that challenges the predominant conception of neutrality in the public sphere. It is argued that in the *S.A.S v. France* case, the European Court of Human Rights adopted a particularly limited approach to the subject. Based on a controversial conception of public space, advocated by the Defendant State, the Court finally justified the ban relying on the wide margin of appreciation of the French legislator. The case also illustrates the difficulties faced by the Court in imagining and constructing nationally embedded notions, such as “secularism” or “*laïcité*”. Even if in terms of the European case law the right to freedom of religion is conceived primarily as a matter of personal belief and conscience, destined for a private expression, the *S.A.S* case shows that religious symbols and related practice remain an unsettling issue of shaping social and cultural identities.

The paper focuses primarily on the *S.A.S* case, associating it also with similar cases related to morals and religious issues, where a certain vulnerability and restraint of the Court can be detected. In these cases, the Court shows usually a deferential approach to State choices, relying on the doctrine of “margin of appreciation”. It is here alleged that this particular adjudicating stance can be also associated to what is called “securitization” of rights, which operates primarily on the national level and consists in legitimating and introducing limitations on the implementation of rights on the basis of perceptions of threat represented by particular individuals or groups. Even if this kind of approach is not expressly present in the argumentation of the ECtHR when adjudicating on these issues, security related preoccupations are not strange to its understanding of the legitimate aims served by the limitations introduced by national legislatures. As it has already been mentioned, this deferential approach can be also attributed to

the tendency of the Court to address similar issues, focusing on the need to safeguard nationally embedded notions, such as secularism or “*laïcité*”, as well as values central to the understanding of belonging in a constituted polity, as the concept of “living together” denotes. In the “age of subsidiarity”<sup>4</sup>, prompted by the legitimate concern of the ECtHR to pay deference to the “*reasoned and thoughtful assessment made by national authorities through the adoption of a democracy-enhancing approach*”<sup>5</sup>, it is questioned however whether the position of the Court is appeasing the tensions between, on the one side the protection of the rights of minorities and on the other side, the need to safeguard the majority’s rights and interests. In concluding, it is proposed that a return to the philosophical foundations of human rights, as well as the adoption of a “value-pluralist” approach in this field could provide a new basis for interpreting and understanding Convention’s rights and a means to embrace in a certain extent Universalist claims.

## 2. Shaping identities through (in)securitization

In recent sociological and international relationships’ oriented approaches the notion of “securitization”<sup>6</sup> is central in understanding dominant trends and discourses on issues such as immigration, security, crime, liberty and development. According to the C.A.S.E collective<sup>7</sup>, insisting on practices as forms of social interactions which are derived from objective relations following French sociology doctrines developed by authors such as P. Bourdieu and M. Foucault<sup>8</sup>, the process of (in)securitization is central to the understanding of practices, both discursive and non-discursive, drawing lines between groups and categorizing what is threat, what is fear, what is protection, what is security. In that sense, for this school of thought, the label “security” “*appears rather to work as a slogan, as a method through which a dominant group justifies and imposes a political program by assessing who needs to be protected and who can be sacrificed, who can be designated as an object of fear, control, coercion*”.

One of the subjects analyzed through the lens of this process is the one related to Islam and its place in modern western secular democratic regimes. The notion of “securitization of Islam” has acquired increasing relevance<sup>9</sup> during the last decade. The notion depicts different

4 Inspired from SPANO, R. “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, 2014, p. 1-16.

5 *Ibid.*

6 Concept taken from the banking system, WAEVER O., “Securitization and Desecuritization”, in LIPCHUTZ, R.D. (ed.), *On Security*, NY, Columbia University Press, 1995; BALZACQ, T. and CARRERA, S., *Migration, Borders and Asylum: Trends and Vulnerabilities in EU Policies*, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2005.

7 BIGO, D.; BALZACQ, T. etc, *Security Practices*, International Studies Encyclopedia Online, 2010.

8 From a different approach on security studies see the Copenhagen School of Security.

9 In that sense, MAVELLI, L. “Between Normalization and Exception: The Securitization of Islam and the Construction of the Secular Subject”, *Millennium – Journal of International Studies*, 2013.

phenomena, which relate to the increasing perception in the West that Islam, and especially Islamic radicalization represents a threat to the liberal-secular order<sup>10</sup>. Similar approaches have also been used in order to justify ban or restrictions of the use of headscarves and burqas across Europe not only in public institutions, such as schools or universities, but also in the public space. In that sense, regulating the use of religious symbols in the public sphere is directly associated with the re-essentialized understanding of these symbols and cultural difference and with the shaping of the identity and communal values in the secular western contemporary society.

It is interesting to note that authors, like Seyla Benhabib, see in cases similar to the full face case in France, the return of Schmitt's political theology. She argues that “*under conditions of globalization ‘political theology’ is deployed as a complex term, capturing a space of instability between religion and the public square, between the private and the official, between individual rights to freedom of religion versus state considerations of security and public well-being*”<sup>11</sup>. In terms of securitization, the return to political theology means that the state of exception and marginalization (as opposed to normality) is built on the idea of the Other, that is exemplified in contemporary discourse by Muslim religion and its followers, or in the headscarf case by the full veiled women's bodies.

Relying on specific representations of religious symbols and cultural practices as opposing, contradictory or even hostile to certain cultural patterns and a way of life that can be called majoritarian or dominant tells a lot not only about the process of essentialization of the first, but also about the process of constructing and shaping the second. Using a notion of Eric Hobsbawm, one can argue that in the era of migration and forced globalization, a destabilization of identities and traditions is taking place, and tradition is being “reinvented” or needs to be “reinvented”. In this regard, Mavelli shows how the securitization of Muslim minorities in Western societies is a process of construction and reproduction of secular modes of subjectivity<sup>12</sup>. For this author, the process rests on the Western/ European secular assumption that faith should be confined to the private sphere. European modernity and the modern western State are founded in fact on the division between the public and the private, between religion and politics, between theological truths and political certitudes, even though a strict divide can be difficult in practice. For the modern western thinking, Islam is perceived as a threat as it evokes the (problematic) image of an all-encompassing system of belief that conflates religion (pri-

10 MOLLER, Bjorn. “National, Societal and Human Security”, in *Security and Environment in the Mediterranean: Conceptualizing Security and Environmental Conflicts*, ed. BRAUCH, Hans Günter and SILVESTRI, S. “Public Policies towards Muslims and the Institutionalization of ‘Moderate Islam’ in Europe: Some Critical Reflections”, in *Muslims in 21<sup>st</sup> Century Europe*, CEPS CHALLENGE Research Paper n° 15, April 2009.

11 BENHABIB, Seyla. *Dignity in Adversity, Human Rights in Troubled Times*, John Wiley & Sons, 2013. p. 171.

12 MAVELLI, *op.cit.*

vate) and politics (public)<sup>13</sup>. For Mavelli, the process of securitization of Muslim subjectivities is central to upholding the primacy of secular subjectivity and to the self-understanding of the subjectivity in the West, as well as the values it represents.

### 3. SAS v. France: religion within the secular public sphere

Ideas about the distinction between the public and private sphere that were already present in Kant's work continue to be a powerful conceptual tool in the field of international human rights' doctrine. The communicative freedom associated with a particular conception of human rights cosmopolitanism insists on the right of individuals to have access to the public sphere, conceived as the space of deliberation and collective decision making, and thus to participate in the shape of the political and social order they have chosen to live. However, the place of religion in Kant's cosmopolitan vision has been a contentious issue. Whether the doctrine acknowledges that in his universe Kant places "*religion within the boundaries of mere reason*"<sup>14</sup>, it can be argued that his conception of religion is securitized, as he confines religion to the private sphere and contemplates the possibility of religion in the public sphere only if religion strengthens or does not undermine sovereign power<sup>15</sup>.

The case law of the ECtHR illustrates the inherent tensions governing the relationship between religion and the secular public order. Delimiting the notion of the public sphere and the values associated with it, can be seen as one of the central issues in the case of *S. A. S v. France*<sup>16</sup>. It is here alleged that the securitized vision of Islam and the practice of full face veil by the women of Muslim faith which culminated with the adoption by the French parliaments of the measure of the full face veil ban had a considerable implicit impact on the reasoning of the Court, which however explicitly denied attributing any symbolic meaning to the wearing of the full face veil, as suggested by the defendant government. It is also contended that the Court, in adjudicating on the proportionality of the law in question relied, implicitly at least, also on the understanding of secularism/*laïcité* as proposed by the French Government, which was mediated expressly on its reasoning by the 'neutral' principle of "*living together*" or *vivre ensemble*.

13 The divide between public and privation and the corresponding understanding of religion as a "*matter of privatized belief in a set of creedal propositions to which an autonomous individual gives assent*" (MAHMOOD, Saba. *Secularism, Sexual Difference and Religious Minorities: A Contested Genealogy*, July 2010) seems rather incompatible with a more non-Western religious traditions, such as Islamic notions of religious belonging and community, that define for many Muslims a way of life in which the individual does not own herself (SANDEL, Michael J., "Religious Liberty: Freedom of Choice or Freedom of Conscience" in BHARGAVA, Rajeev. ed. *Secularism and its Critics*. Oxford University Press, 1998).

14 See HABERMAS, J. *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*, Cambridge, Polity Press 2008; KANT, I. *Religion within the Boundaries of Mere Reason and Other Writings*, Cambridge University Press, 1998.

15 See MAVELLI, *op.cit.*, p.12.

16 *SAS v. France*, [GC], n° 43835/11, 1 July 2014.

The case was introduced by a female French national claiming that the ban was violating her right to wear the niqab in public ‘*in order to express her religious faith, culture and personal convictions*’ (§ 11) and in this sense “*feel at inner peace with herself*”. Before the Court, she observed that she accepted showing her face when requested to do so for necessary identity checks, or when undergoing a security check, at the bank or in airports (§ 13). She alleged that the ban amounted to a violation of Articles 3, 8, 9, 10 and 11, taken separately and together with Article 14 of the Convention. The applicant criticized the ban as being irrespective to the culture of minorities and reflecting a chauvinistic logic and a paternalistic conception on gender equality, as it amounted to punishing the women who chose to wear the veil on their free will, thus were supposed to be protected from patriarchal pressure (§ 78). She claimed that it is disproportional imposing criminal sanctions to prevent women from veiling their faces in public and thus not “necessary in a democratic society”.

As regards the right to respect for private life, the applicant argued that wearing the full face veil was part of her social and cultural identity and that the ban could probably result in her encountering hostility and criminal sanctions when wearing the veil in public (§ 79). According to her, the measure was discriminatory on grounds of sex, religion and ethnic origin (§ 80).

In their submissions, the Government admitted that the ban could be considered as a “*limitation within the meaning of article 9 § 2 of the Convention, on the freedom to manifest one’s religion or beliefs*” but it pursued legitimate aims and it was necessary in a democratic society for the fulfilment of those aims. According to the Government, the measure, by its general phrasing<sup>17</sup>, was intended to ensure “public safety” by allowing identification in public and to protect “*the rights and freedoms of others*” by ensuring “*respect of the minimum set of values of an open and democratic society*”. In this regard, it contended that individualization by revealing ones’ face to the public is essential for human interaction, as the face “*expresses the existence of the individual as a unique person, and reflects one’s shared humanity with the interlocutor, at the same time as otherness*”. Concealing one’s face in public spaces can thus be considered, according to the Government, as a hostile attitude consisting in rejecting the principle of “living together” (le “*vivre ensemble*”) (§ 82). It further relied on considerations regarding gender equality and dignity, as the impugned Law was designed to combat gender discrimination as a result of women being effaced from public space through the wearing of full-face veil. This ‘effacement’, according to the Government, whether desired or not, was necessarily dehumanizing and could hardly be regarded as consistent with human dignity.

As Mavelli has argued it is clear that the rendering of the burqa was postulated on a

---

17 According to the contested law, section 1: No one may in public places wear clothing that is designed to conceal the face. Section 2: For the purposes of section 1, ‘public places’, comprise the public highway and any places open to the public or assigned to a public service.

gendered construction of threat and partly mobilized through visual securitization<sup>18</sup>. This is the process whereby ‘*images constitute something or someone as threatened and in need of immediate defense or when securitizing actors argue that images ‘speak security’*’<sup>19</sup>. The visual securitization of endangered female bodies is operating in the observations through the image of ‘effaced’ women, wearing the full veil. The moral justification provided is that a national legislature has the right to save the dignity of these women, even against their will, because, the covering of their body and faces is considered de-humanizing.

Regarding the principle of ‘*living together*’ the visual securitization relies on an inverted image of the full veil women, as they are no longer the oppressed and threatened group to be saved, but the group that poses a threat to the values governing the peaceful coexistence in a democratic society. The Government succeeded in associating the defense of the principle of ‘*living together*’, based on the respect “*for the minimum sets of value in an open democratic society*”, with the legitimate aim of protecting the rights of others provided for in both articles 8 and 9 of the Convention, an operation that is was finally accepted by the Court.

Even though the Government did not rely explicitly in their observations on the notions of *laïcité* or the values of French Republic it is hard to ignore that parliamentary debates, evoked by the Government were focused on the presumed incompatibility of the full face veil with the notion of *laïcité*. Moreover, it is clear that facial interaction as an irreducible condition of human interaction and communication can be associated with a specific, rather restrictive understanding of communication and co-existence within the public realm, one that is contrary to religious practices perceived as impeding this co-existence and even considered as dehumanizing. So, it can be argued that the “*living together*” principle reflects a secularist conception of public space, in the context of which interaction is open only to those adhering to the particular values of the majority, namely those who are willing to dispose of forms of their cultural or religious identity, regarded by this majority as hostile to communication. This principle is further premised on the secularist assumption that a strict distinction can be drawn between public and private reason and practices and that religious belief need to be relegated to the private space. Imposing the ban of the full face veil, can be thus regarded as a way for the French republic to assert a particular conception of the “*République*” and affirm its’ cultural identity as opposed to the *Other*.

#### 4. “Living together” or living apart?

The Court examined the application on the grounds of articles 8 and 9, the right to respect for private life and freedom of religion, stating that “*personal choices as to an individual’s*

<sup>18</sup> MAVELLI, *op.cit*, p. 172

<sup>19</sup> HANSEN, L. “Theorizing the Image for Security Studies : Visual Securitization and the Muhammad Cartoon Crises”, *European Journal of International Relations* 17, n° 1 (2011), p. 51-74, spec. 51

*desired appearance, whether in public or private places, relate to the expression of his or her personality and fall thus within the notion of private life*” (§ 107). It is interesting to note that the Court was dismissive of the Governments’ arguments regarding the supposed gender equality aim of the measure, as it considered, paying attention to the subjective meaning of the veil for its bearers and not to the one projected by the Government, that “*a State party cannot invoke gender equality in order to ban a practice that is defended by women-such as the applicant- in the context of the rights enshrined in those provisions, unless it were to be understood that individuals could be protected on that basis from the exercise of their own fundamental rights and freedoms*” (§ 119). This is a notable and positive departure from previous case law concerning the wearing of the scarf, where the Court relied expressly on objectivized representations of the veil as a discriminatory practice against women, considered incompatible with the values underpinning the Convention<sup>20</sup>.

The Court finally accepted that the State could invoke the ‘*living together*’ principle as a legitimate aim for introducing the impugned restrictions and stated that: “*... under certain conditions the ‘respect for the minimum requirements of life in society’ referred to by the Government- or of ‘living together’, as stated in the explanatory memorandum accompanying the Bill...- can be linked to the legitimate aim of the ‘protection of the rights and freedoms of others’*” (§ 121). However, in Convention terms, the interpretation of the majority can be considered as problematic, as the same majority, had observed that articles 8 and 9 do not refer expressly to ‘*the minimum set of values*’, as legitimate grounds for restricting individual rights (§ 114). The Court further observed that “*...it can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question. The Court is therefore able to accept that the barrier raised against others by a veil concealing the face is perceived by the respondent State as breaching the right of others to live in a space of socialization which makes living together easier. That being said, in view of the flexibility of the notion of ‘living together’ and the resulting risk of abuse, the Court must engage in a careful examination of the necessity of the impugned limitation*” (§ 122).

As the Court called for careful examination, the reasoning concerning the necessity of the measure under the ‘*living together*’ principle was rather extended, even though it ultimately

---

20 See EVANS, C. “The ‘Islamic Scarf’ in the European Court of Human Rights”, *Melbourne Law Journal*, (2006) 7; *Leyla Sahin v. Turkey*, [GC], n° 44774/98, ECHR 2005-XI. In her dissent in *Sahin*, Judge Tulkens expresses concern that the majority invokes the margin of appreciation and the abstract principles of secularism and equality in Turkey as being essential in democracy in a way that reverses the usual logic of the right to freedom of religion and belief, according to each it is for the State to show that a limit is ‘necessary’ and does not impose excessive burdens. Her critic focuses, among others, on the equation by the majority of the scarf to a symbol of alienation of women.

failed to elaborate further on its meaning and interpretation. It is worth to note here that the Court opposed to another securitized vision of the veil, by dismissing on necessity grounds the public safety argument, suggested by the Government, as it had failed to link the ban with a “*general threat to public safety*” (§ 139) and the associated objective could be attained with less restrictive means. The Court finally uphold the ban relying on its proportionality and the legitimacy of the purpose of the State to guarantee conditions of ‘*living together*’, as “*it falls within the powers of the State to secure the conditions whereby individuals can live together in their diversity*” (§ 141). By relying on the broad scope of the ban, which was not expressly targeting religious practices, as it concerned all places available to the public, and considering that the “*question whether or not it should be permitted to wear the full-face veil in public places constitutes a choice of society*” (§ 153), the Court recognized that the measure was within the breadth of the wide margin of appreciation afforded to the State in this case and thus was “*necessary in a democratic society*” (§ 158).

The Court took into consideration the fact that “*little common ground (exists) amongst the member States of the Council of Europe, as to the question of the wearing of the full-face veil in public*” (§ 156) for granting to the defendant government a wide margin of appreciation. Even though it admitted that France is in a minority position actually in Europe, the absence of an European uniform conception on the subject legitimized finally the national point of view. As a result, the Court validated a national majoritarian tradition, which is shown negative towards religious diversity and pluralism<sup>21</sup>.

It is worth noting that while the majority tried to adopt a rather neutral position by adopting the “*living together*” principle, it endorsed in reality a nationally embedded understanding of public space and interaction within its context, which further shaped its conception on the limits of legitimate intervention of the State on the right to expression of religious faith and personal autonomy. As it has already been shown, the Courts’ reasoning is based also on the understanding that when someone is communicating in public, he shouldn’t manifest in any way any forms of religious expression that are conceived as impairing this interaction. Dissenting judges Nussberger and Jäderblom criticized the decision basically for “*... sacrific(ing) concrete individual rights guaranteed by the Convention to abstract principles*”<sup>22</sup> and as irrespective of the right “*not to enter in contact with others in public places-the right to be an outsider*”. It is truth that whereas the principle of ‘*living together*’ is not explicitly mentioned in the Conven-

21 AUGENSTEIN, D. “Normative Fault-lines of Transnational Human Rights Jurisprudence: National Pride and Religious Prejudice in the European Legal Space”, *Global Constitutionalism*, vol. 2, issue 3, November 2013, p. 469-497, spec. p. 479.

22 The two dissenting judges rightly stated that the concept of living together is “*far-fetched and vague*”. Even though the majority warned against the dangers of the malleable living together notion by conceding that “*in view of the flexibility of the notion of ‘living together’ and the resulting risk of abuse, the Court must engage in a careful examination of the necessity of the impugned limitation*” (§ 122).

tion and its translation into the “*protection of rights and liberties of others*” can be considered problematic<sup>23</sup>, it can be alleged that this principle, however vague and undetermined, can be linked, even though not expressly referred to by the Court on the present case, to the secularist modernist heritage of the Convention, to which the Court has referred to in many cases.

The impact of securitization discourse and of an essentialized understanding of cultural symbols and difference can thus be seen as one of the underlying rationales of the argumentation of the majority of the Grand Chamber, as suggested by the minority: “*It seems to us, however, that such fears and feelings of uneasiness are not so much caused by the veil itself- which unlike perhaps certain other dress-codes-cannot be perceived as aggressive per se, but by the philosophy that is presumed to be linked to it. Thus the recurring motives for not tolerating the full-face veil are based on interpretation of its symbolic meaning*”. It is at least disquieting that the Court endorsed such a vision and did not consider the personal vision of the applicant on the issue. In any case, as the dissident judges rightly suggested, even assuming that such “objective interpretations” of the full face veil were correct, in terms of the Convention “*there is no right not to be shocked or provoked by different models of cultural or religious identity, even those that are very distant from the tradition French and European life-style*”.

Danchin argues that the case law dealing with Muslim minorities living in European nation-states reveals more about the Court’s anxiety and prejudices toward what is perceived to be the rise of Islamic fundamentalism in Europe and beyond than about any coherent theory of religious freedom under the ECHR<sup>24</sup>. Adjudicating in a context of diffused risk was apparent also in the *SAS* case, as the Court was alarmed by the indications of third party interveners “*to the effect that certain Islamophobic remarks marked the debate which preceded the adoption of the Law of 11 October 2010*” (§ 149). Although the Court acknowledged the fact that “*a State which enters into a legislative process of this kind takes the risk of contributing to the consolidation of the stereotypes which affect certain categories of the population and of encouraging the expression of intolerance, when it has a duty, on the contrary to promote tolerance*”, it didn’t apparently sufficiently pondered the consequences of its’ own judgment upon such restrictive measures, which was criticized by part of the doctrine for validating “*assimilation policies*”<sup>25</sup> against minorities, as well as for restricting considerably the right to manifest one’s

23 As the dissenting judges observed: “*The Court’s case law is not clear as to what may constitute ‘the rights and freedoms of others’ outside the scope of rights protected by the Convention. The very general concept of living together does not fall directly under any of the rights and freedoms guaranteed within the Convention. Even if it could arguably be regarded as touching upon several rights, such as the right to respect for private life (article 8) and the right not to be discriminated against (Article 14), the concept seems far-fetched and vague*”.

24 DANCHIN, P. G. “Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 32, p. 741.

25 YUSUF, H. “*SAS v. France, Supporting Living Together or Forced Assimilation?*”, *International Human Rights Law Review*, (2014), 2.

religion within the meaning of the Convention<sup>26</sup>.

In the *SAS* case, as the Government did not allude to any concrete danger emanating from extremist fundamentalist groups, in order to justify the necessity of the ban of the full face veil, the Court did not need to take into consideration any similar argument. However, in a case concerning the wearing of hijab in Turkish universities, the Court subscribed to the arguments of the Government that the rise of extremist political movements could be invoked for justifying a ban<sup>27</sup>, accepting thus implicitly that the wearing of a veil can be regarded as a fundamentalist religious practice, contrary to the constitutional order of the secular State.

## 5. Defending secularism or restricted pluralism?

The case is indicative of the Court's position and understanding of the relation between the rights protected by the Convention that is the right to freedom of religion, the principle of gender equality and individual autonomy, understood as the central values of Western/democratic rule of law, and Muslim religion. Whereas the case of the French full veil ban should not be easily associated with other cases examined by the Court and concerning the use of religious symbols in public institutions, such as schools or universities, it is argued that a certain continuity characterizes the approach of the Court, even though its reasoning can vary, in cases involving ethnocentric conceptions of secularism and the position of Muslim culture within the secularist public sphere.

As a principle, *laïcité* and/or secularism can be understood as denoting a separation of the State from religions, so that each remains autonomous vis-à-vis the other. However, secularism can obtain different forms and contends depending on the specific historical, political or social contexts, within which is implemented<sup>28</sup>. For example, the French concept of *laïcité* can be understood as the State's "neutrality" towards all kinds of religious practices, manifested through the removal of religious symbols from the official public sphere. Nevertheless, even within the French example different trends and types of *laïcité* can be identified. It would be thus rather simplistic to attribute to secularism a unidimensional and definite meaning.

On the other hand, it has been argued that the social cohesion model promoted on the

26 BERRY, S. "SAS v. France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?", EJIL: Talk, 2<sup>nd</sup> July 2014; CHAIB, Saïla Ouald. "S. A. S v. France: Missed Opportunity to Do Full Justice to Women Wearing a Face Veil", *Strasbourg observers*, 3<sup>rd</sup> July 2014; HOWARD, E. "SAS v. France: Living Together or Increased Social Division?", *EJIL: Talk*, 7<sup>th</sup> July 2014.

27 *Leyla Sahin v. Turkey*, [GC], November 2005, (§ 115) "... The Court does not lose sight of the fact that there are extremist movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts... It has previously said that each Contracting State may, in accordance with the Convention provisions, take a stance against such political movements, based on its historical experience (see *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others*, cited above, § 124). The regulations concerned have to be viewed in that context and constitute a measure intended to achieve the legitimate aims referred to above and thereby to preserve pluralism in the university".

28 BAUBEROT, J. and MILOT, M., *Laïcités sans frontières*, Paris, Seuil, 2011.

basis of the principle of *laïcité* rests on a form of “*institutional blindness to the fact of religious and cultural diversity*”<sup>29</sup>. Still *laïcité* is difficult to be conceived as a neutral principle, as Augenstein has claimed, because ultimately it cannot be neutral between religious and secular worldviews, which often present themselves as another majoritarian doctrine, and secondly the notion was shaped under the influence of the Christian, non-muslim, tradition on the first place and its understanding of private and public divide<sup>30</sup>.

While the examination by the Court of the conformity of restrictive measures on the exercise of the rights and freedom guaranteed by the Convention need not to rely on the compatibility of “secularism” invoked by the defendant State, the Court in the case of *Leyla Sahin v. Turkey*, relied considerably on the conception of secularism promoted and defended by the Turkish government. The Court argued that: “*the notion of secularism appears to ... be consistent with the values underpinning the Convention and it accepts that upholding that principle may be regarded as necessary for the protection of the democratic system in Turkey*” (§ 114). In this case, the applicant, a fifth-year medical student, had been denied access to lectures, examinations and enrolment in a Turkish university, and was eventually suspended, because she was wearing a *hidjab*. Acknowledging the conformity of such restrictions, as legitimate measures adopted by the Government in order to defend secularism in a country where the majority of the population adheres to the Islamic faith, the Court also endorsed an essentialized representation of Muslim culture and faith, according to which the wearing of the headscarf is contrary to gender equality and can ultimately be equated, as already shown, with political extremism (§ 115).

The Court followed a similar reasoning in a series of cases, which were rejected as manifestly ill-founded or no violation was found on merits<sup>31</sup>. In these cases, the basic tenet of the reasoning of the Court was that “*In France, as in Turkey or Switzerland secularism (laïcité) is a constitutional principle that is supported by the whole population and its protection is of paramount importance*” (*Kervanci v. France*, §72). Even though the Court in *SAS* pursued, according to the dissenting judges, a “*balanced approach*”, trying to distance itself from its previous jurisprudence concerning namely the signification of wearing a headscarf or a burqa in terms of gender equality, the implied rationale of the judgment seems though to follow such a path, as it justifies a total ban of a basically cultural practice performed by a women of Muslim faith,

29 AUGENSTEIN, D. “Normative Fault-lines of Transnational Human Rights Jurisprudence: National Pride and Religious Prejudice in the European Legal Space”, *Global Constitutionalism*, vol. 2, issue 3, November 2013, p. 469-497, spec. p. 455.

30 AUGENSTEIN, *op. cit.*, p. 456.

31 Already four years before the *Sahin* judgment the Court in *Dahlab v. Switzerland* (n° 42393/98, ECHR 2001-V), dismissed the application brought by a primary school teacher, who had been fired for wearing a headscarf, as manifestly ill-founded” In *Kurtulmus v. Turkey* (n° 65500/01, 24 January 2006), the applicant, a university lecturer, had been sanctioned, and then fired for wearing a headscarf, in *Dogru v. France* and *Kervanci v. France* (n° 31645/04, 4 December 2008), the Court found no violation of Article 9 in the fact that the applicant, a pupil in a French public school, had been expelled for wearing a headscarf in a gymnastics class.

which can be interpreted as “*a sign of selective pluralism and restricted tolerance*”, according to the dissenting judges.

## 5. Conclusion: the way to embracing pluralism

The case law of the Court is revealing of the tensions underlying the efforts of Western Nation-States to find new forms of coexistence with diverse groups which do not share necessarily the same values. The difficulty of the Court to dissociate itself from the majoritarian perspective, in cases concerning the right to freedom of religion within the public sphere, is indicative of its reluctance to construe an autonomous understanding of the notion of secularism and delineate the proper limits of what can be regarded as interaction within the public sphere. By adopting ethnocentric and vague notions, such as the “*living together*” principle as legitimate grounds for restricting the right to freedom of religion and the right to personal autonomy and at the same time by granting States a wide margin of appreciation to accommodate majoritarian religious sensibilities, the Court renounces its role as the protector of small minorities against disproportionate interferences of the majoritarian rule and the guarantor of pluralism within a democratic society.

It has already been argued that within a cosmopolitan understanding of human rights, communicative freedom is central to the recognition of individuals as members of the specific political order they have chosen to live. Restricting the right of individuals to accede to the public space within this political order, because they seem to be hostile to communication, runs counter to this cosmopolitan understanding and results in exclusions and marginalization, amounting ultimately in negating their quality as human beings. The Court could have opted for a more integrationist approach, promoting “*pluralism, tolerance and broadmindedness, all hallmarks of a ‘democratic society’*”. As it has been shown by the dissenting judges, the Court has elaborated on the State’s duty to ensure mutual tolerance between opposing groups and has affirmed that “*the role of the authorities ... is not to remove the cause of tension by eliminating pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other*” (see *Serif v. Greece*, n° 38178/97, § 53, ECHR 1999-IX). Eliminating a cause of tension, the full face veil, cannot be seen, as these judges argued, as an attempt to ensure tolerance between the vast majority and the small minority.

It is suggested that the Court need to further reflect on the premises on its’ jurisprudence on the right to freedom of religion and better understand the historical, political and social contexts of secularism and its’ evolving forms. As it is suggested by Danchin, “*the right to religious freedom is not a singular, stable principle existing outside of culture, spatial geographies, or power, but is a contested, polyvalent concept existing and unfolding within the histories of con-*

*crete political orders*”<sup>32</sup>. It has been also claimed that the Court needs to challenge the nationally advocated idea of the suppression of religious diversity as a necessary factor for assuring social peace and cohesion and embrace the vision of western civilization and secularisation as the product of a conflictive and diverse process, rather than that of a peaceful evolution<sup>33</sup>.

The Court needs further to rely on the principles it has already elaborated in its case law and opt for a more integrated approach to pluralism, which can be called “*value pluralism*”. According to Danchin *value pluralism* is best perceived as “*an attempt to reach political settlements and forms of reconciliation between the claims, values and practices of diverse religious and cultural communities*”<sup>34</sup>. In this respect, as this author argues, “*a genuinely pluralist “culture of justification” adopts an ethos of cultivation animated not by a comprehensive moral theory governing all ways of life, but rather by the search for a peaceful coexistence between different ways of life*”. This approach is in conformity with the principles underpinning the case law of the European Court, consisting in protecting the interests of antagonistic groups within a democratic society and attributing specific regard to the protection of rights of minorities from majoritarian encroachments<sup>35</sup>. Pluralism is founded, according to an inclusive approach, on the coexistence of rival cultural forms and ways of life, and not on the uniformisation of religious and cultural practices in conformity with a majoritarian vision or the exclusion of ‘dissenting’ ways of life<sup>36</sup>.

In recent years, human rights activists and European Muslims groups are trying to resist the pressure of essentialized representations of the Muslim faith and the wearing of religious symbols circulating by the dominant political discourses and measures questioning their right in equal citizenship by increasingly asserting human rights. As Edmunds has shown, even though the phenomenon is not entirely new, what distinguishes this new activism is that European Muslims associations are pitching their religious rights within universalistic principles of equality, freedom and individual rights<sup>37</sup>. This trend has been held by some authors as evidence of ‘*a recasting of national citizenship rights as human rights facilitated by transnational connec-*

32 DANCHIN, *op.cit.*, p. 746.

33 AUGENSTEIN, *op.cit.*, p. 488.

34 DANCHIN, *op.cit.*, p. 742.

35 *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, (§63) “*Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position*”.

36 On the question of the relationship between pluralism and human rights from a philosophical perspective, see the very interesting article of CORRADETTI, C. “What does Cultural Difference Require of Human Rights?”, in *Human Rights, the Hard Questions*, HOLDER, C. and REID, C. (eds), 2013, p. 136-150.

37 EDMUNDS, J. “The New Barbarians: Governmentality, Securitization and Islam in Western Europe”, *Contemporary Islam* (2012), p. 67-84, spec. p.79.

tions”<sup>38</sup>. They thus seem to be re-appropriating the revolutionary heritage of human rights and its’ emancipatory dynamics, an aspect that is being neglected or even contradicted by national bureaucracies and parliamentary debates in the national fora. It is in that respect telling, that before the European Court the defendant State, was rather disrespectful and even ironic of the claims of the applicant- it even alleged that the applicant was used as a cover (§ 64) , submitting a preliminary objection to the effect that the application should be regarded as abusive<sup>39</sup>- and expressed its surprise at the applicant’s statements consisting in considering the practice of full face veil as an emancipatory practice, and even tried to contest the scientific credibility of reports and studies submitted by the applicant in supporting her claims.

This appropriation of human rights as an instrument for winning religious rights is being illustrated by the rise of litigation on similar cases before the ECtHR. It is thus important that these questions are transferred from the local level to the international human rights litigation arena, where they can be judged by a cosmopolitan-rather than local-cultural standard<sup>40</sup>. It is however quite disappointing and controversial that the ECtHR fails, in a way, to preserve religious freedoms by upholding national bans on the hijab in public institutions and on the full face veil in the public domain. As it has been argued it is, paradoxically, hindering the groups that are making these claims. It is hoped that the ECtHR could reconsider its position as new cases on the subject are already pending before it<sup>41</sup>, so as to embrace universalist claims and promote a truly pluralist vision of democratic liberal society.

## References.

- AUGENSTEIN, D. “Normative Fault-lines of Transnational Human Rights Jurisprudence: National Pride and Religious Prejudice in the European Legal Space”, *Global Constitutionalism*, vol. 2, issue 3, November 2013, p. 469-497, spec. p. 479.
- BALZACQ, T. and CARRERA, S., *Migration, Borders and Asylum: Trends and Vulnerabilities in EU Policies*, Brussels, Centre for European Policy Studies, 2005.
- BAUBEROT, J. and MILOT, M., *Laïcités sans frontières*, Paris, Seuil, 2011.
- BENHABIB, Seyla. *Dignity in Adversity, Human Rights in Troubled Times*, John Wiley & Sons, 2013. p. 171.

38 SOYSAL, Y.N. “Changing Parameters of citizenship and claims-making: Organized Islam in European public spheres”, in *Theory and Society*, 1997, 26 (4), 509-527.

39 *SAS v. France*, loc.cit, (§ 62) “They described the application as containing ‘a totally disembodied argument, lodged on the very day of the prohibition on concealing the face... and of whom nothing was known’”.

40 EDMUNDS, J. *op.cit.*

41 *Belkacemi and Oussar v. Belgium*, n° 37798/13, the applicants complain about the ban in Belgian law on wearing the full-face veil, cases pending.

- BENHABIB, S. *Dignity in Adversity, Human Rights in Toubled Times*, Polity press, 2014.
- BERRY, S. "SAS v. France: Does Anything Remain of the Right to Manifest Religion?", *EJIL: Talk*, 2<sup>nd</sup> July 2014.
- BIGO, D.; BALZACQ, T. etc, *Security Practices*, International Studies Encyclopedia Online, 2010.
- CHAIB, Saila Ouald. "S. A. S v. France: Missed Opportunity to Do Full Justice to Women Wearing a Face Veil", *Strasbourg observers*, 3<sup>rd</sup> July 2014.
- CORRADETTI, C. "What does Cultural Difference Require of Human Rights?", in HOLDER, C. and REIDY, C. (eds). *Human Rights, the Hard Questions*, Cambridge University Press, 2013.
- DANCHIN, P. G. "Islam in the Secular Nomos of the European Court of Human Rights", *Michigan Journal of International Law*, vol. 32.
- ECHR (Eur. Ct. H.R.) *Belkacemi and Oussar v. Belgium*, n° 37798/13.
- ECHR (Eur. Ct. H.R.). *Dahlab v. Switzerland* (n° 42393/98, ECHR 2001-V)
- ECHR (Eur. Ct. H.R.). *Dogru v. France* and *Kervanci v. France* (n° 31645/04, 4 December 2008);
- ECHR (Eur. Ct. H.R.). *Kurtulmus v. Turkey* (n° 65500/01, 24 January 2006),
- ECHR (Eur. Ct. H.R.). *Leyla Sahin v. Turkey*, [GC], n° 44774/98, ECHR 2005-XI.
- ECHR (Eur. Ct. H.R.) *SAS v. France*. [GC], n° 43835/11, 1 July 2014.
- ECHR (Eur. Ct. H.R.). *Young, James and Webster v. the United Kingdom*, 13 August 1981, (§63).
- EDMUNDS, J. "The New Barbarians: Governmentality, Securitization and Islam in Western Europe", *Contemporary Islam* (2012).
- EVANS, C. "The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights", *Melbourne Law Journal*, (2006) 7;
- HABERMAS, J. *Between Naturalism and Religion: Philosophical Essays*, Cambridge, Polity Press 2008.
- HANSEN, L. "Theorizing the Image for Security Studies : Visual Securitization and the Muhammad Cartoon Crises", *European Journal of International Relations* 17, n° 1 (2011).
- HOWARD, E. "SAS v. France: Living Together or Increased Social Division?", *EJIL: Talk*, 7<sup>th</sup> July 2014.
- KANT, I. *Religion within the Boundaries of Mere Reason and Other Writings*, Cambridge University Press, 1998.
- MAHMOOD, Saba. *Secularism, Sexual Difference, and Religious Minorities: A Contested Genealogy* 2 (July 6, 2010) (unpublished paper).
- MAVELLI, L. "Between Normalization and Exception: The Securitization of Islam and the Construction of the Secular Subject", *Millennium – Journal of International Studies*, 2013.
- MOLLER, Bjorn. "National , Societal and Human Security", in: LIOTTA, P. H., et al. *Security and Environment in the Mediterranean: conceptualising security and environmental conflicts*. Springer Science & Business Media, 2003.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich *Human Rights Require 'Cosmopolitan Constitutionalism' and Cosmopolitan Law for Democratic Governance of Public*, European University Institute, Working Paper LAW, 2013/04.

SANDEL, Michael J., “Religious Liberty: Freedom of Choice or Freedom of Conscience” in BHARGAVA, Rajeev. ed. *Secularism and its Critics*. Oxford University Press, 1998.

SILVESTRI, S. “Public Policies towards Muslims and the Institutionalization of ‘Moderate Islam’ in Europe: Some Critical Reflections”, in *Muslims in 21<sup>st</sup> Century Europe*, CEPS CHALLENGE Research Paper n° 15, April 2009.

SOYSAL, Y.N. “Changing Parameters of citizenship and claims-making: Organized Islam in European public spheres”, in *Theory and Society*, 1997, 26 (4), 509-527.

SPANO, R. “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, 2014.

U.N. GAOR, Vienna Declaration and Programme of Action, World Conference on Human Rights. 48th Sess., 22d plen. mtg., part I, U.N. Doc. A/CONF.157/24 Vienna. (1993)

WAEVER O., “Securitization and Desecuritization”, in LIPCHUTZ, R.D. (ed.), *On Security*, NY, Columbia University Press, 1995;

YUSUF, H. “SAS v. France, Supporting Living Together or Forced Assimilation?”, *International Human Rights Law Review*, (2014), 2.

## SOBRE A AUTORA:

### Athanasia Petropoulou

Holds a PhD in International Law from the University of Paris 1 Panthéon-Sorbonne and the University of Athens. She has taught International law, European Law and Constitutional Law in the University of Lille II, Law and Health, France and has been working as a lawyer at the Registry of the European Court of Human Rights, in Strasbourg, France. She is the author of many articles on international law, human rights law, European law, migration and asylum law.

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# **COSTITUZIONALISMO E GOVERNAMENTALISMO** **Genealogia della governance**

---

CONSTITUTIONALISM AND GOVERNAMENTALISM  
Genealogy of governance

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# COSTITUZIONALISMO E GOVERNAMENTALISMO

## Genealogia della governance

# CONSTITUTIONALISM AND GOVERNAMENTALISM

## Genealogy of governance

---

**Francesco Rubino**

Università di Salerno  
francescorubino.brasil@gmail.com  
lattes.cnpq.br/9101785485781699

---

**Riassunto:** Questo saggio analizza le origini della definizione di governance e tenta di stabilire le linee di sviluppo e applicazione del stesso concetto. La dialettica tra costituzionalismo (visione, interpretazione, prospettive delle regole del gioco politico-legale) e governamentalismo (tentativo di semplificare la complessità delle democrazie contemporanee) è alla base della teoria del governo come forma specifica e imperfetta di governance (sopra) dell'economia.

**Parole-chiavi:** Governance, costituzionalismo, governamentalismo.

**Abstract:** This essay analyzes the origins of the definition of governance and attempts to establish the lines of development and application of the concept itself. The dialectic between constitutionalism (view, interpretation, perspectives of the rules of the political-legal game) and governmentalism (attempt to simplify the complexity of contemporary democracies) underlies the theory of governance as a specific and imperfect form of government of (over) the economy.

**Keywords:** Governance, constitutionalism, governmentalism.

Ho intenzione di dividere in due parti la mia ricostruzione di quel fenomeno generale – che è stato rilevato più compiutamente nelle scienze politiche e nel diritto pubblico, e in maniera soltanto definitoria nella sociologia e nel diritto comparato – che è appunto la *governance*. Nella prima parte mi soffermerò sul carattere *teorico*-metodologico della definizione, e nella seconda parte – più concentrata sugli aspetti *storico*-metodologici – tenterò di analizzare una versione critica del fenomeno. In altri termini: esporrò la questione della nascita della definizione sul piano scientifico, e descriverò le fasi della sua diffusione nelle sfere della scienza politica, del diritto pubblico, dell'amministrazione e dei diritti fondamentali, individuali e collettivi.

## Parte prima

### (1)

Per quanto riguarda la questione teorica, comincerò con il dire che il tema della *governance* è davvero una sorta di precipitato, di condensato, delle questioni che hanno caratterizzato la crisi del welfare-state, e lo è sia sul piano storico, sia sul piano stesso della elaborazione teorica del concetto, e della stessa formazione di un nucleo tematico complesso come quello della *governance*, in un contesto generale di riferimento spesso così vasto da diventare generico ed inutilizzabile scientificamente che la inserisce in grandi schemi universali quali quello di globalizzazione o quello di postmoder(nism)o.

Le definizioni di *governance* non mancano, e vengono dall'economia politica, dall'organizzazione aziendale, dalla scienza delle finanze, dalla teoria della burocrazia e delle amministrazioni pubbliche, dalla dottrina dello stato<sup>1</sup>, dal diritto comparato, dal diritto pubblico e costituzionale, finanche dal diritto notarile, oltre che, ovviamente, dal diritto commerciale e da quello societario, bancario e industriale.

Personalmente, ho avuto l'opportunità di cominciare a occuparmi di *governance* fin dalla fine del 1999, commentando occasionalmente un documento strategico dell'Unione europea intitolato "Europe 2020" e coordinato da un esperto delle Comunità come Jorg Monar. Vi si descriveva un passaggio epocale, quello dal *government* alla *governance*, e se ne evidenziavano gli aspetti problematici per le istituzioni statali, compresse e messe in crisi sia dall'alto, in conseguenza dell'ampliamento dei poteri e delle competenze delle organizzazioni sovranazionali quali l'Unione europea e l'Organizzazione mondiale del commercio, sia dal basso, a causa della frammentazione dell'unità ordinamentale nazionale e della moltiplicazione dei centri decisionali substatali (e non soltanto pubblici).

Nulla di nuovo, è chiaro. Anche Hardt e Negri, ad esempio, hanno ripreso in *Empire*

---

1 Per una precisa scelta ideologica e politica, a dispetto della correttezza grammaticale, ma a tutto vantaggio peraltro di quella scientifica, ho deciso di trascrivere sempre con l'iniziale minuscola la parola "stato".

[2000] la nota formula della “*governance without government*” per applicarla alla loro analisi della crisi della sovranità statale. E, se sfogliaste un quotidiano quale *Il Sole 24ore* vedreste che questa contrapposizione-concorrenza tra erosione dal basso ed erosione dall’alto delle competenze statali-nazionali è ormai un tema ricorrente delle analisi, come quello peraltro di una *governante* intesa come forma concreta di regolamento degli interessi in gioco (in conflitto, in competizione, in concorrenza, ecc.).

Dirò sin d’ora che questa contrapposizione tra *governance* e *government*, che pure è uno dei temi più consolidati nella letteratura giuridica, politologica e sociologica, e finanche dell’analisi giornalistica, non è soddisfacente, e forse è tautologica. Solo la decisione che non governa, si dice, può “governamentare”, o “governalizzare”. Fare *governance* insomma. Ma quando chiediamo perché questa decisione non governi, e cioè se non possa o non debba governare, ci viene risposto: perché governa...menta!

Tuttavia, tornando alla fine del 1999, dovete considerare che, fino a dieci anni fa, in Italia c’erano pochissimi testi sulla *governance*. I saggi e gli studi specifici avevano un carattere molto limitato, e si concentravano prevalentemente sulle questioni sollevate nel nostro ordinamento pubblico-economico dalla *corporate governance*. Si trattava di una visione di derivazione essenzialmente nord-americana, o comunque anglosassone, che risentiva ancora di un contesto metodologico fortemente ‘disciplinato’ e rigido come quello della finanza pubblica, da un lato, e della teoria dell’impresa, dall’altro, nel contesto più generale di quella grande ipotesi politica che è lo *stato regolatore*.

Avendo avuto l’opportunità di occuparmi di *governance* quando, dunque, la definizione non era ancora consolidata, ho potuto nel tempo selezionare una certa linea d’indagine tra le varie che si sarebbero poi sviluppate, quasi a ragnatela, a partire da una serie di standard metodologici confusi e poco precisi sul piano scientifico.

Per avere un’idea di quanto fosse ‘aperto’ e confuso il dibattito, potete considerare che nel luglio del 2001, ad esempio, quando la Commissione europea licenziò il ben noto *Libro bianco* sulla *governance* europea, che era stato preceduto da un vastissimo confronto, soprattutto giuridico e politico-istituzionale, tra i vari *partners* dell’Unione europea, per *governance* si intendeva ancora soltanto “sistema di governo” (e, infatti, la traduzione tedesca del titolo di quel documento diceva semplicemente *Regierung*, cioè... sistema di governo). Tanto che veniva da chiedersi: perché si parla tanto di *governance* quando si tratta, in effetti, più semplicemente, di trasformazioni (come ce ne sono sempre state) nel *governo* dell’Europa?

Forse che il governo di un’unità politico-giuridico-istituzionale, accompagnata da un progetto culturale e sociale, non possa cambiare nel tempo senza diventare qualcosa di diverso da sé?

Come vedete, quest’idea del cambiamento del governo, portata dalla parola-formula

*governance*, finiva per presupporre un'idea di governo abbastanza rigida, quasi statica, che contrastava fortemente con quanto venivamo a conoscere della governamentalità, della biopolitica, delle società del controllo, dei processi di disciplinamento, ecc.

Lo stesso *welfare state* – di origine anglosassone e di successiva applicazione nordeuropea, italiana, francese, e tedesca – così come si era *costituzionalizzato* in forma rigida, ad esempio, in Italia o in Germania federale prevedeva in effetti aree di competizione molto vaste tra regolazione pubblica e iniziativa privata, oltre che tra i diversi livelli nazionali, sovranazionali e subnazionali. Insomma, a vederla in termini attualizzati, questa configurazione costituzionale stabiliva già dei meccanismi di *governance*!

Quanto alla pretesa *gerarchia* rigida delle fonti di regolamentazione, basterà dire che il sistema italiano delle partecipazioni statali, adattato successivamente in Germania e in altri paesi europei, garantiva una vasta flessibilità nell'iniziativa economica e un'amplissima possibilità di negoziazione tra soggetti pubblici e privati, e finanche di privatizzazione. Lo scenario europeo è ben descritto nel noto volume di Amoroso e Olsen, *Lo stato imprenditore* (pubblicato in Italia da Laterza nel 1978).

E questo equilibrio tenne senza grandi scossoni anche dopo la svolta dell'89 e dopo la nascita dell'Unione europea nel '92 con Maastricht. Le privatizzazioni in Italia, come è noto, si effettuarono in un contesto che era ancora dominato dalle partecipazioni statali (l'Alfa Romeo era stata, sciaguratamente!, venduta alla Fiat nel 1986, ad esempio, e, altrettanto sciaguratamente!, il polo agro-alimentare dell'Iri era stato smembrato e privatizzato nel 1985).<sup>2</sup>

Eppure, dunque, nonostante questa incontestabile quanto dannosa flessibilità che ha sempre caratterizzato il sistema delle partecipazioni statali (si vedano su questo gli studi interessantissimi di Nico Perrone), l'indagine retrospettiva della fine degli anni '90 ne evidenzia invece una inesistente "rigidità".

E infatti, a confermare quest'impostazione rigida dell'idea di governo (o, almeno, di governo dell'economia), i commenti al *Libro bianco* del 2001, soprattutto quelli che lo accoglievano come un autentico documento strategico per il futuro dell'Unione europea, ne enfatizzavano il processo di accantonamento progressivo del modello gerarchico in favore di una serie di passaggi tecnici e politici tendenti alla *formalizzazione* e alla progressiva (ma rapida, e quanto!) *istituzionalizzazione* su scala sovranazionale del modello "a rete".

La *rete* è un'ipotesi che anche i giuristi cominciano ad utilizzare proprio a ridosso del 2000. C'era già stato Castells, certo più noto dell'olandese Van Dijk, con la grande trilogia della *network society*, ma è innegabile che i giuristi, i pubblicisti soprattutto, ma anche gli interna-

2 Mi sono occupato delle privatizzazioni in Italia – soprattutto della ricorrenza del modello Enimont a proposito della SME e del polo agro-alimentare – in un saggio del 1993 pubblicato sul secondo numero di *Alternative* (1994).

zionalisti e i comparativisti, comincino a considerare l'ipotesi interpretativa della *rete* soltanto quando la Commissione europea, nel luglio del 2001, 'legittima' una forma più articolata di poteri e competenze, e la definisce semplicemente (e ambigualmente) *governance*.

Qui vorrei soltanto aggiungere due brevissime considerazioni, a proposito dell'ambiguità del termine.

La prima è che la *rete* non è necessariamente un'ipotesi incompatibile col modello gerarchico. Anche in una rete, infatti, può esservi gerarchia, sebbene in maniera più frammentata e discontinua. Quando si parla, dunque, di un passaggio "dalla gerarchia alla rete", *de la pyramide au reseau* (per citare il citatissimo titolo che due giuristi belgi, Ost e Van De Kerkove, hanno dato al loro bestseller interdisciplinare del 2002, che seguiva altri loro lavori sul diritto *entre ordre et desordre*), non si tratteggia poi così bene il processo fondamentale che si sta svolgendo in Europa.

La seconda è che la *governance* si presenta come un concetto a *doppio aggancio teorico*: da un lato non segna una rottura irreversibile con il passato e con altre forme di governo, dall'altro suggerisce invece che sarebbe comunque meglio accantonare, ridimensionare o al limite "svecchiare" alcuni modelli di decisione politica che non sono (non sarebbero?) più compatibili con le mutate esigenze sociali.

Che cos'altro è, ad esempio, l'Unione europea, se non un super-stato che ha sì elementi di grande dipendenza dagli stati nazionali (soprattutto quelli più forti) che lo compongono, e quindi dai loro governi e dalle maggioranze politiche che li sostengono, e però anche elementi di grande autonomia che funzionalizzano obiettivi e strategie propri dell'unione e spesso in contrasto con quelli dei governi nazionali?

## (2)

Torniamo ancora al modello. Questa legittimazione che l'Unione europea porta alla formula ambigua della *governance* non interessa soltanto alcune ipotesi interpretative come quella di "rete", che si richiama peraltro a quella categoria più generale che identifichiamo come "complessità" (e senza entrare nel merito, ovviamente, delle grandi inesattezze che questo processo di legittimazione e formalizzazione porta proprio in danno della spendibilità scientifica di un'ipotesi così affascinante come quella di *rete*, che è anche rilevazione e critica dei *circuiti* sociali di esclusione e inclusione, e soprattutto *griglia* delle relazioni auto-comprese tra i soggetti e *limite* strutturale all'attività libera e autodeterminata dei soggetti stessi).

Il processo di legittimazione nel diritto si riferisce, infatti, anche ad interi corpi di teorie e pratiche filosofiche e politiche.

Alla griglia interpretativa della *governance* viene attratta, ad esempio, e quasi assimilata, la più risalente (ma non di molto) tradizione filosofica della *governamentalità* foucaultiana.

E infatti anche la filosofia politica comincia ad interessarsi alla *governance*, così come il diritto pubblico si interessa alla governamentalità. Certo, sono influenze reciproche che spesso si limitano a semplici assonanze, e i temi si affiancano e si sommano, più che incontrarsi e sovrapporsi... e anche i testi pubblicati sul tema sono spesso confusi, contraddittori, insufficienti, sia dalla parte dei giuristi, sia da quella dei filosofi e dei sociologi.

Ad esempio, alcuni costituzionalisti di grande esperienza, e sicuramente progressisti – come Umberto Allegretti, Carlo Amirante, Gaetano Azzariti, Gianni Ferrara, Massimo Luciani, Antonio Negri, Cesare Pinelli, Gustavo Zagrebelsky, in Italia, o giuristi come Armin Bogdandy, François Ost, Ingolf Pernice, Fritz Sharpf, Philip Schmitter, Joseph Weiler, in Europa – hanno spesso utilizzato in maniera troppo veloce categorie sviluppate fuori della scienza giuridica, e non sempre adeguate sul piano descrittivo, con l'effetto paradossale di *presupporre come processo compiuto proprio quello di cui vorrebbero contestare gli effetti* antisociali e le ricadute paralizzanti sul sistema dei diritti fondamentali: la globalizzazione, per tutte.

Ma anche il concetto di “crisi” o quello di “post-democrazia”, o formule epocali quali “declino dello stato”, “crisi degli stati nazionali”, “stato globalizzato”, o contrapposizioni dialettiche come quelle tra democrazia e mercato, tra politica ed economia, tra stato e mercato... sono entrati nelle analisi e nelle teorie come un dato di fatto, come un'osservazione, meglio: una (tragica) rilevazione, del fatto compiuto.

Almeno cinque di quei giuristi italiani, poi, utilizzano i termini di “rete”, “frattale”, “circuitto”, “sistema”, in maniera generica, non precisa e, anche in questo caso, contraria alle intenzioni. Infatti, parlare di “stato a rete” nel contesto dell'analisi della crisi del sistema gerarchico delle fonti (e, ovviamente, di crisi di quella fonte suprema che è la Costituzione), o parlare di “modello frattale” del sistema dei diritti fondamentali, non soltanto affianca processi e modelli che tra di loro potrebbero non avere alcuna sovrapposizione, ma *induce un'ipotesi metodologica a partire da una valutazione di merito*.

O, peggio, rischia di rendere soltanto ideologica, e idealistica, la critica dei modelli di globalizzazione, e dei sotto-modelli che ne derivano (come quello di *governance*, con le sue caratteristiche di modello frammentato, intermedio e incompleto).

Non voglio evidenziare le corrispondenti contraddizioni e inesattezze in cui inciampano, a loro volta, i filosofi e i sociologi, a partire dall'utilizzo confuso e residuale, fino a non essere più spendibile a fini scientifici, di quella categoria generale, e davvero troppo flessibile, che è la *norma* come portatrice sana di un dover-essere.

Dirò solo che confondere la norma giuridica con *la* norma, o, in maniera opposta, identificare la norma giuridica con le altre norme sociali e culturali (e con la norma in generale, senza ad esempio considerarne l'origine storica), porta all'elaborazione di un sistema di diritti

fondamentali che si radica ora nello stato, repubblica o impero (diritto positivo), ora nello stato di natura (diritto naturale), ora nella società (contratto), ora in ordinamenti particolari (chiesa, partito, famiglia, impresa), ora finanche soltanto nel linguaggio. E così si finisce per dimenticare che, ad esempio, *il padre* è figura normativa sia religiosa, sia sociale (familiare), sia giuridica. E questo significa che è composta di elementi che vengono dalla storia del diritto, dalla storia sociale, dalla storia della religione, combinati tra di loro, in maniera non sempre (anzi: forse mai) comprensibile per il soggetto che li porta e li subisce, e che vi aggiunge anche elementi della propria storia personale, tratti ovviamente dalla comprensione che ne abbia.

Se aggiungiamo poi che “padre” è anche fenomeno normativo di natura (socio)linguistica, e che dunque, ad esempio, può non essere legato al fenomeno familiare o a quello genitoriale, è può finanche essere quasi contrapposto al fenomeno (socio)linguistico chiamato “papà”, comprendiamo che, per parlare di *norme giuridiche*, bisogna ridimensionare la portata dell’analisi, e chiarire ad ogni passaggio che ci stiamo occupando soltanto di un fenomeno particolare e limitato. Oppure chiarire che ci stiamo occupando ‘soltanto’ degli *effetti*, vasti, imprevedibili, diffusi e caotici, di quel fenomeno particolare, che si è chiamato storicamente “norma giuridica”, e che però dobbiamo per “forza” presupporre come immutabile nel tempo e nello spazio.

Faccio un esempio, quanto alla *governamentalità*. La traduzione dei corsi di Foucault al *Collège de France*, quelli cioè in cui elabora, a partire dal 1973, e soprattutto dopo il 1975, la dimensione generale della categoria – e che, ovviamente, aveva già introdotto in monografie quali *Sorvegliare e punire*, dello stesso 1975, o in *Nascita della clinica*, apparsa in italiano solo nel 1969, appoggiandosi sulle categorie strumentali di potere, disciplina, controllo, e sulle figure del medico, del padre, del sovrano, del poliziotto, del malato, ecc. – comincia in Italia soltanto nei primi anni ’90, e si diffonde soltanto alla fine dei ’90... e non è ancora completata oggi, con le brutte traduzioni Feltrinelli del 2005.

Dunque, a mio parere, se già i filosofi e i sociologi possono avere avuto difficoltà a sistematizzare una categoria così ricca di agganci al passato e di ponti verso il futuro, immagino che per i giuristi sia stato pressoché impossibile assumere in un tempo così rapido le dimensioni normative della governamentalità e della teoria della biopolitica, e abbinarle alla contemporanea ricezione dei fenomeni della crisi dello stato-nazione, dello sconvolgimento delle gerarchie delle fonti, della sovranazionalizzazione del diritto e dell’economia, della mondializzazione *reale* dei mercati, ecc., collocando peraltro questi fenomeni così complessi su uno sfondo geopolitico altrettanto complesso, dominato dall’implosione del blocco socialista (almeno di quello europeo) e dallo sviluppo economico inarrestabile della Cina.

Insomma, l’abbinamento, nelle analisi, di *governance* e governamentalità non ha sempre migliorato la qualità scientifica dell’investigazione sociale, e ha anzi contribuito a confondere e

rarefare la nozione di norma giuridica, denunciandone spesso la sola inefficacia di fronte a trasformazioni sociali di velocità variabile ma inarrestabili.

E tuttavia ritengo che questa contaminazione sia il processo più rilevante nella scienza giuridica degli ultimi 25 anni, dopo una breve stagione in cui la teoria sistemica sembrava potere introdurre temi nuovi ed ampi quali la complessità, l'interdipendenza, il caos, e dunque ammettere una critica radicale dello spazio normativo della libertà personale e collettiva, mistificata invece dalla sola e tradizionale "teoria standard" dei diritti fondamentali nata dopo la seconda guerra mondiale.

### (3)

Per comprendere meglio, stabiliamo una tempistica generale. Partiamo allora dal 1998, anno dei primi commenti al Trattato di Amsterdam, prima svolta strategica e politica dell'Europa di Maastricht. Diamo 2 o 3 anni ai dottorandi per fotocopiare alcuni saggi di derivazione nordamericana inseriti tra i *Problemi dell'amministrazione pubblica*, la rivista del Fornez diretta da Sabino Cassese. Diamo ancora 1 altro anno ai giuristi per infiltrare le traduzioni di Schmitter, Sharpf e Weiler tra le rassegne ingiallite di giurisprudenza... ed ecco che la diffusione della *governance* (legittimata nel 2001 con il *Libro bianco*) subisce un'accelerazione improvvisa a partire dal 2003, da quando cioè, all'improvviso, si passa dai commenti alla Carta europea di Nizza sui diritti fondamentali alla tecnica generale della programmazione negoziata.

Riusciranno i giuristi in generale, inclusi i privatisti, e in particolare i giuslaburisti, e gli internazionalisti, assieme ai sociologi della politica e ai filosofi della politica, a capire anche che cosa si agitava dietro l'eclettismo teorico, metodologico e politico degli anni precedenti?

Probabilmente molti lo facevano già da decenni, e non vorrei che dimenticassimo che la prima teoria sistemica, dell'Ottocento, fu lo strutturalismo.

Ma è un fatto abbastanza evidente che, da quando i giuristi sono entrati nel dibattito sulla "globalizzazione", la questione della *governance* abbia preso una vera e propria deviazione, sia in positivo sia in negativo. Una deviazione di carattere interpretativo, di carattere certamente teorico, ma anche una deviazione fortemente metodologica, finanche di comprensione dello statuto epistemologico del linguaggio stesso che si utilizzava nelle analisi e nelle proposte interpretative, della quale poi le ricadute negative si sono manifestate nel dibattito che ha saldato *governance* e crisi del welfare state, a partire dalle trasformazioni dello stato, o, meglio, a partire dalla crisi del ruolo dello stato e, su un livello più generale, a partire dalla crisi dello stato e della politica come questione teorica, al di là di quello che si possa comunque pensare sull'argomento.

### (4)

A questo punto, a proposito ancora di *autori*, devo ammettere che sono due quelli che

prediligo, e che, meglio di chiunque altro, a mio parere, hanno sviluppato le questioni della *governance*, fino a diventare una fonte ineludibile sul tema. Gli studenti rimangono sempre un po' perplessi, ma anche divertiti e interessati, quando ne parlo. E, di recente, in una lezione proprio sulla mia teoria della *governante* all'università di Lecce, davanti a studenti di dottorato, e con colleghi come Carlo Amirante e Roberto Martucci, devo confessarvi che ho ricevuto molte critiche, temperate dal fatto che ho furbamente citato anche la logica dell'incerto di Bruno De Finetti, scrivendo anche alcune equazioni matematiche alla lavagna (un mio cavallo di battaglia quando avverto che il consenso cala drasticamente!). Insomma, ecco i miei maestri. Sono loro:



O, meglio, sono loro nella foto che segue:



Guardate come ridono al vigile che li sta multando! E fate anche attenzione al vigile: guarda noi. Come ad ammonirci: “state dalla loro parte, o dalla mia?”

Penso che nessuno meglio di Laurel e Hardy abbia impostato il tema della *governance* e lo abbia saldato alla sua radice più autentica, cioè quella che ne fa in primo luogo un discorso sulla decisione politica. Nessun atteggiamento è migliore dell’incertezza, della frammentarietà, del rinvio, dell’insicurezza, della segmentarietà, che Laurel & Hardy hanno espresso in maniera perfetta, anche dal punto di vista scientifico.

Ci sarebbe da studiare come abbiano elaborato la teoria dei giochi, vent’anni prima delle versioni classiche di Nash e di Braitwhite, e come siano riusciti a rintracciare e calibrare gli equilibri tra i partecipanti al gioco decisionale (fondamento della versione classica dei giochi, di Nash e Braithwhite). Certo, ci sono ingenuità e approssimazioni, e alcune pellicole non hanno uno studio psicologico all’altezza delle altre, e sono semplicemente anarchiche e libertarie (come *Ifanciulli del West*, dove pure ci sono interessantissime osservazioni su quello che Bourdieu chiamerebbe *habitus* linguistico dei soggetti, e che è un discorso normativo del linguaggio, della sua “accettabilità”).

Altre pellicole, invece, sono a mio parere dei saggi scientifici in forma (molto più complessa e raffinata) di cinema. *I figli del deserto*, ad esempio, è un capolavoro. Durante i miei corsi lo analizziamo sempre, perché a mio parere è un saggio completo sulla teoria della decisione. Finanche l’ultimo film della coppia, *Atollo K* (del 1951), con uno straziante Stan Laurel che stava già male durante le riprese, è una riflessione avanzata sulla frammentazione della decisione e, direi, sull’equilibrio, sull’organizzazione, che si raggiunge ai confini del caos.

Mi ricordano quel rigore etico e scientifico che potevano avere, su piani diversi, Lewis Carroll e Bruno De Finetti: c’è logica nell’incerto.

Ecco: niente meglio di questa incertezza riesce a caratterizzare che cos’è la decisione politica nell’era della *governance*. E io direi che è una decisione che viene da attori che sono *fuori*, intenzionalmente, volontariamente, fuori dal gioco stesso della politica, verso un’opinione pubblica che non ha ancora generato una sfera pubblica politica come rappresentazione-rappresentanza, come dimensione ideologica degli equilibri di potere e di classe.

Non vorrei che questo sembri un controsenso: come si può partecipare al gioco decisionale, pur restandone fuori?

La questione, in effetti, è facilmente comprensibile, sia storicamente sia logicamente.

Si tratta intanto di soggetti storicamente nuovi, e di soggetti che, pur essendo consolidati a livello economico, a livello politico, a livello istituzionale, ma anche a livello giuridico-normativo – potremmo dire: anche con una certa rigidità nello svolgimento delle proprie funzioni – comunque sono soggetti che *improvvisamente* assumono una funzione nuova.

Quindi abbiamo, per certi versi, una rigidità della forma che si accompagna però, nel contesto della *governance*, ad un'estrema frammentarietà della funzione.

Mai come nel dibattito sulla *governance* forma e funzione sono separate le une dalle altre. Basti pensare alla forma dell'impresa, dove rileviamo l'esistenza di un *government*, cioè un governo classico dell'impresa, che ci viene dalla scienza economica, ma anche dalla scienza della politica. E poi pensiamo invece alla sua funzione, che non le corrisponde, non corrisponde al governo interno dell'impresa, ma è tutt'altra cosa, e ha altre fonti e altre regole (anche familiari, familiste, criminali, corruttive e clientelari, perché no?) concorrenti e sovrapponibili alle prime.

Da questo capiamo anche – poi cercherò di ricostruire brevemente come storicamente si sia determinato questo – che ci sono alcuni importanti nuclei concettuali, per esempio il nucleo *stato*, il nucleo *pubblico*, il nucleo *sfera privata* e quello, parallelo, di *iniziativa economica privata*, insomma alcuni nuclei concettuali che, a partire da una certa fase, si presentano come 'distorti', 'distratti', non soltanto nella loro spendibilità sul piano dell'interpretazione, ma proprio invece con riguardo alla stessa analisi giuridica, a quella astrattamente normativa, oltre che nell'analisi metodologica e nel processo di elaborazione delle categorie generali.

## (5)

Ritorniamo velocemente a che cosa si può dire su questo dibattito. Per questioni di raccordo con i relatori che mi hanno preceduto partirò da una certa data, quella degli anni Settanta, e da un certo luogo, l'Inghilterra, per rintracciarvi uno spartiacque all'interno della scienza della politica tra una possibile interpretazione degli attori politici e un'altra.

La questione delle politiche anti-sociali della signora Thatcher, ad esempio, è una questione che ha una doppia spendibilità.

Da un lato, come tutti quanti noi abbiamo più o meno studiato e analizzato, c'è l'impatto forte sulla tenuta di alcune garanzie sociali, che peraltro avevano anche una loro forma giuridica ben consolidata in Inghilterra e nel Regno Unito.

Dall'altro, poi, c'è un'altra serie, improvvisa, rapida e violenta, di collisioni, e ovviamente una serie di ricadute e aggiustamenti, che sono stati più o meno modellizzati.

Ad esempio, con i governi conservatori, per una serie di circostanze che non possiamo neanche riassumere, cambia l'atteggiamento del governo nei confronti delle questioni sociali e, soprattutto, attraverso una trasformazione decisiva delle funzioni amministrative (io chiaramente parlo in un senso strettamente modellistico, e vi prego di perdonarmi se qualche volta brutalizzo alcuni passaggi).

Come è stato rilevato da alcuni costituzionalisti (ad esempio da Mückenberger), la politica economica della Gran Bretagna, almeno fino agli inizi degli anni Settanta, è stata caratterizzata

dal principio d'intervento dello Stato nell'economia. Non il keynesismo (anche perché erano diversi i termini della crisi inglese), ma la *mediazione* attiva tra le parti sociali. Verso la metà degli anni Settanta, e fino ai primi anni Ottanta (nel breve arco temporale che copre le legislature dal '76 all'81), si compie un passaggio verso un principio definito di “astensione”, in base al quale lo stato non stabilisce più le regole del gioco, ma si limita a fissare alcune garanzie fondamentali (ecco perché principio astensionista e *principio garantista* spesso convergono, con piena soddisfazione dei liberali), lasciando gli attori del gioco sociale formalmente liberi.

Forse questo non è ancora lo “Stato regolatore”, ma un altro modello che poi, a mio parere, diventa da lì a qualche anno lo stato nella/della *governance*. Si tratta di uno stato che rinuncia, per certi versi, ad una serie di attività e funzioni economiche e si trasforma, si modella diversamente per rispondere ad altre esigenze strategiche.

E poi, a mio parere, questo processo prosegue in maniera sotterranea, carsica, in Inghilterra e altrove, per riemergere alla fine degli anni Novanta e nei primi anni Duemila nel nuovo assetto dell'Unione Europea, che poi ha assunto anche una forma ben precisa che è quella della *governance* comunitaria, successivamente fissata in alcuni documenti essenziali, come il “*Libro bianco sulla governance*” del 2001, su cui ci siamo già brevemente soffermati.

Quello che succede in Inghilterra in quegli anni risente, probabilmente, non soltanto di una serie di condizioni strutturali, ma anche di una serie di vere e proprie *circostanze*. Ad esempio, due processi fondamentali che si stavano sviluppando nell'Inghilterra di quegli anni ad un certo punto si sovrappongono, nel momento in cui, mentre al governo c'è la signora Thatcher, ai governi locali ci sono i laburisti.

In altri termini, cioè, *il processo di decentramento e il processo di deregolamentazione finiscono per sovrapporsi*, verso la metà-fine degli anni Settanta.

Questo consente di spiegare come la sovrapposizione di questi due processi, quello di deregolamentazione da un lato, e quello di decentramento dall'altro, abbia potuto poi diventare anche un modello, almeno nel senso in cui ha dimostrato una tenuta per alcuni anni (anni di guerre internazionali, di lotte sociali, e anche di grandi negoziati politici).

Riguardo a questa tenuta negli anni, bisogna dire che, non soltanto ha avuto un *carattere negoziato*, perché si è negoziato un certo livello di prestazioni pubbliche tra il governo centrale (conservatore) e il governo locale (in grande maggioranza laburista), ma anche che si tratta di una negoziazione (peggiorativa) che ha avuto, quasi paradossalmente, anche una sua *legittimazione sociale*, perché i servizi locali inglesi di quegli anni comunque migliorarono le loro prestazioni pubbliche.

Quindi, ad un peggioramento complessivo del welfare centrale, ad una sua innegabile contrazione quantitativa, è corrisposto, secondo alcuni indicatori, un miglioramento del welfa-

re locale. Questo avvenne grazie anche ad una strategia di negoziazione del governo centrale, delle amministrazioni conservatrici, che istituivano fondi speciali articolati per obiettivi e per progetti, chiamati “*Challenge Funds*”, e questi fondi (per i tempi) garantivano un’enorme solvibilità delle prestazioni pubbliche a livello locale (proprio come, detto incidentalmente, accade ora in Europa con i finanziamenti della Comunità).

Abbiamo detto: peggioramento del welfare centrale, e miglioramento del welfare locale... Tuttavia, per essere più precisi, dovremmo parlare di un peggioramento che era sì progressivo, ma con tempi più lenti, a fronte di un miglioramento che era sì, questo, progressivo e limitato, ma con tempi più rapidi.

E’ anche la questione delle differenti velocità dei processi (questione realmente strategica, ma dimenticata *sempre* nelle analisi politiche e giuridiche) che ha fatto sì che il modello di sovrapposizione tra decentramento e deregolamentazione si consolidasse e si confermasse, fino a poter diventare un modello esportabile.

Considereremo, ora, nella seconda parte della mia ricerca, proprio questo processo di diffusione che, sul piano dei modelli economici e sociali, si rivela come perfettamente sovrapponibile a quello della mondializzazione (o, più precisamente, della *glocalizzazione*) dei mercati.

Tenetevi forte, cari amici e colleghi, e rifornitevi di taurina o altri integratori, perché non intendo essere breve!

## Parte seconda

### (6)

Passando dunque alla diffusione intercontinentale della *governance*, va detto che questa esportazione del modello, come avviene di solito, non è mai diretta, non è mai precisamente rintracciabile, e però sono visibili alcuni indicatori che ci aiutano a capire quali siano le traiettorie.

Una traiettoria è quella del recupero, nella letteratura giuridica di quegli anni, del *neo-istituzionalismo* nord-americano.

Questo è un fenomeno particolare, perché, ad esempio, viene qui ripresa la questione della *governance* (cioè, letteralmente, del sistema di governo) di alcuni particolari servizi locali quali la gestione degli asili nido, la gestione del sistema di trasporti a livello locale e, parallelamente, alcune questioni di rilievo nazionale, sebbene di limitato significato economico diretto, come la gestione dei musei e dei centri di ricerca storica.

E in alcuni articoli e ricerche empiriche di sociologi neo-istituzionalisti (DiMaggio), succede che la parola “governance”, già alla fine degli anni Settanta, entri direttamente nel dibattito.

Ancora, una seconda traiettoria: i riferimenti giuridici sono di natura strettamente finanziari e commerciali, perché si parla ancora di *corporate governance*.

Quindi le “cose”, quando arrivano poi in Europa verso la metà degli anni Ottanta, sono ancora confuse, e sono ancora sovrapposte.

C’è, infatti, una *governance* che ancora non viene definita così, e che nasce però nei fatti nell’Inghilterra della fine degli anni Settanta e che nasce dalla sovrapposizione dei processi di decentramento e di deregolamentazione.

Poi c’è un’altra *governance* che viene invece ‘classicamente’ dalla teoria della forma dell’impresa (nata come norma nel diritto notarile societario).

E poi c’è una terza *governance* che viene invece dal recupero della teoria neo-istituzionale.

Per cui, anche a livello disciplinare, vi è una confusione di piani che probabilmente nasconde una portata precisa della *governance* che è quella di tendere ad una contrazione drastica del ruolo dello stato e di tendere ad una contrazione drastica di quella particolare funzione dello stato nel dopoguerra che è la garanzia del benessere dei cittadini, a partire proprio dalla patria del benessere, legittimata anche storicamente, che è l’Inghilterra del *welfare state*.

## (7)

Che cosa succede – perdonatemi ancora se brutalizzo certi passaggi per tracciare alcune traiettorie –, poi, dalla metà degli anni Ottanta in Europa?

È chiaro che le questioni strutturali (tanto le crisi, e la loro ricorsività, quanto la brutalità delle multinazionali) possiamo per certi versi darle per scontate e, per non rischiare di essere necessariamente generici, non le mettiamo qui in analisi. Però vediamo che cosa succede sul piano della ricezione del concetto di *governance*.

Succede che si apre, nel frattempo, una grandissima crisi della forma d’impresa sul Continente, che rende il concetto di *governance* poco applicabile alla forma imprenditoriale che si stava sviluppando e consolidando nei paesi fondatori dell’Unione europea e che si assoggettarono alle limitazioni dell’accordo di Maastricht (dal 1992 in poi).

La trasformazione dell’impresa in Europa, meglio: la crisi dell’impresa in Europa, introduce un altro fenomeno forte, fortissimo, che è quello della privatizzazione delle aziende pubbliche, caratterizzato qui come un processo a fase doppia (e non, si badi, a due fasi), la *doppia fase delle privatizzazioni*.

Si apre, con le privatizzazioni dei servizi pubblici e delle risorse statali, una nuova, complessa, difficile, fase nella storia del capitale monopolistico occidentale.

Da noi, in Italia non arriva subito, a causa della presenza economica dello stato, nella forma mista delle partecipazioni statali (che, anche se dismessa a seguito di referendum abro-

gativo nel 1993, si protrae fino al 1999 per i settori strategici del credito, dei trasporti e delle telecomunicazioni).

Però l'ondata delle privatizzazioni arriva, ad esempio, verso la fine degli anni Ottanta, in Francia, dove la formula delle partecipazioni stava entrando già in crisi (sebbene non ancora economica, ma istituzionale, con la difficile transizione del dopo-Mitterand).

Non arriva ancora in Germania, ma non perché la forma d'impresa non sia in crisi, quanto perché i vantaggi competitivi che lo stato garantisce, e la particolare organizzazione del welfare tedesco su base federale, impedisce che si avverta quel tipo di crisi *appena si manifesti*. Gli effetti della crisi, in altri termini, sono differiti, e, a mio parere si manifesteranno in modo più compiuto e massiccio tra una decina d'anni anche quelli legati alla ristrutturazione economica europea dovuta alle fasi ulteriori dell'allargamento (2010-2015).

Ora, restando ai tempi nostri, come non vedere nella griglia delle combinazioni possibili tra pubblico e privato, tra politico ed economico, tra amministrativo e istituzionale, una prima versione, immatura e fragile, del futuro modello di *governance* europea?

E quindi, mentre alcuni processi di enorme portata politica ed economica (deregolamentazione, decentramento, privatizzazione) slittano verso la fine degli anni Ottanta, in Francia, e gli inizi degli anni Novanta, in Germania e in Italia, fa rapida irruzione contro i sistemi nazionali il grandissimo tema politico della Comunità dei popoli, della costruzione dell'Unione europea, del progetto unitario sovranazionale, autentico *doppio* (sempre più complementare e interdipendente) della transizione dell'Est.

## (8)

L'irruzione del tema "Europa", sconvolge, non soltanto le economie nazionali, ma anche il modo in cui le economie nazionali si dotano degli strumenti per fronteggiare e superare le crisi.

Vorrei solo ricordare che nell'ottobre del 1993 viene convocato un vertice straordinario dei Dodici a Bruxelles, per tentare di superare i problemi monetari ed economici che i parametri di Maastricht ponevano anche alle nazioni forti. C'erano state ondate speculative che avevano imposto una politica alterna dei tassi d'interesse nazionali, e c'era stata anche una specie di guerriglia tra le banche centrali di Francia e Germania. Ma, soprattutto, insorgevano questioni sociali che nascevano direttamente dai parametri di Maastricht: non solo la spirale inflattiva (certo, anche inflazionistica) che gravava sui ceti medi, ma anche il costo sociale di tutti quei provvedimenti legislativi che nascevano dalla necessità, ovviamente assurda e irrealizzabile, di ridimensionare il debito pubblico al solo scopo di rispettare le regole comunitarie, e che vanno, in Italia, dall'abolizione della scala mobile all'abrogazione dell'equo canone nelle locazioni abitative... Insomma, a quel vertice di crisi dell'ottobre '93, il governo italiano di "emergenza",

presieduto dall'ex governatore della Banca d'Italia, Carlo Azeglio Ciampi, è dell'avviso che “per l'Europa” sarebbe necessario adottare “moduli associativi e istituzionali articolati, flessibili nello spazio e nel tempo”.

Allora è chiaro che, da questo punto di vista così incapace di affrontare i drammatici problemi sociali, politici ed economici che il processo di unificazione europea pone, concetti neutri, concetti soft, concetti morbidi – e tra questi rientra indubbiamente anche il concetto generale e ‘multifunzione’ di *governance* –, diventano sempre più spendibili.

Sono dei concetti, infatti, che servono in primo luogo per indurre la prospettiva di una (improbabile) costruzione dal basso della democrazia che punti su partecipazione, trasparenza, controllo, informazione, ecc. È tutto quanto il grande tema della “*governance* dal basso”, che molti scienziati della politica tengono presente, da molto tempo ormai, pur senza avere registrato dei successi confrontabili (se si esclude il tema del bilancio partecipato, di derivazione sudamericana, a cui corrisponde, peraltro, una pratica del tutto inadeguata e insoddisfacente sul piano economico e sociale).

Nello stesso tempo, tuttavia, si tratta di concetti generali che permettono un immediato aggancio con la letteratura economica, con la letteratura della scienza delle finanze e, paradossalmente, con la letteratura della teoria dell'impresa e per certi versi anche con una letteratura che consenta di recuperare alcune intuizioni estremamente feconde, sul piano filosofico. E penso ancora a quella affascinante (e recente) tradizione che si è sviluppata a partire dalla pubblicazione dei corsi di Foucault sulla governamentalità e la biopolitica.

Si saldano i piani, e per certi versi si confondono.

Però, prima di definire che cosa stia succedendo, dobbiamo notare che c'è una sovrapposizione, comunque feconda (al di là di qualsiasi giudizio di merito), tra i piani stessi. La questione della governamentalità diventa *tout-court* questione della *governance*. La questione della *governance* dal basso diventa *tout-court* questione della partecipazione, della trasparenza e della democrazia.

E quindi la questione della *democrazia* diventa questione sempre più formale e procedurale. La questione della democrazia, in quanto sempre più formale e procedurale, diventa questione relativa agli attori che prendono parte al gioco decisionale e quindi, visto che gli attori sono sempre più paritari in questo contesto (mistificato e astratto, che non è neanche un vero e proprio modello), paradossalmente succede che stato, impresa, banche private, terzo settore, settore pubblico o privato, finanche opinione pubblica e sfera pubblica politica... diventano tutti quanti attori sullo stesso palcoscenico, o spettatori nella stessa platea. Come in uno stadio di calcio: i posti degli spettatori sono numerati, e ce ne sono di migliori e di peggiori (ovviamente!), e anche le magliette dei giocatori sono colorate e numerate, ma non c'è gerarchia, né tra i tifosi, né tra i calciatori.

È la “sfera pubblica” di Habermas, del 1966, figlia o sorella della più matura “società civile” di Gramsci (che la pensava in effetti anche in maniera *organica*, o organicamente *intellettuale*, o finanche come un’orchestra, e comunque, per quello che interessa il nostro discorso, senza gerarchie).

La *sfera pubblica*, di cui si comincia a (ri)parlare dai primi anni Duemila, dopo che l’irreversibile ricerca habermasiana era rimasta in letargo formale per tre decenni, è un po’ questa platea-scena dove gli attori si equivalgono, dove le banche e gli stati si equivalgono.

Questi attori hanno paradossalmente, in un sistema giuridico dominato dall’ipotesi interpretativa della *governance*, la stessa spendibilità, su un piano del diritto che risulta sempre più mistificato, e che è quello della garanzia di alcuni diritti fondamentali del cittadino.

Se il diritto si conferma sempre più come un *linguaggio*, ebbene la *governance* vi corrisponde in maniera tanto funzionale quanto strutturale, sia dunque conferendo unità di obiettivi tecnici e politici alle norme astratte (cioè che, in astratto, si limiterebbero a *regolare*) – meglio: facendo di obiettivi tecnici, obiettivi politici, e reciprocamente –, sia imponendo la forma-struttura linguistica, comunicativa, informativa, informazionale e informatica, formalmente neutra(lizzata) al comando del soggetto dominante.

E, naturalmente, se questo accade al comando dominante (cioè di essere come “neutralizzato” nella forma tecnica della norma), possiamo ben immaginare quali chance possano avere in questo contesto le opposizioni al comando stesso! E, anche qui, non voglio fare una valutazione di merito. Quanto, piuttosto, limitarmi a censire la trasformazione, augurandomi di riuscire a illustrarvene la portata.

Ma non è “solo” questo. Vediamo meglio.

## (9)

Perdonatemi ancora per la brutalità con cui traccio le linee del ragionamento. Che cosa è oggi *governance*?

È, intanto, un discorso (uso il termine anche nel senso althusseriano di “potere che parla”) sulla teoria della decisione. Non vi sono molti dubbi che, al livello della sua progressiva costruzione storica, la *governance* sia questo.

Però, allo stesso tempo, la *governance* è una grande tecnica di decentramento del potere. Non è solamente una questione di distribuzione o riallocazione, ma è proprio di decentramento che si tratta: perché, se c’è una tecnica che sposta il potere, che lo frammenta in senso orizzontale, questa è la tecnica della *governance*.

Anche l’idea del multilivello (sempre più diffusa), alla quale io preferisco senza dubbio l’ipotesi *plurilineare* o *plurilivello*, presenta un modello impreciso e mistificante, perché induce

a credere che vi siano più livelli, e quindi che ci sia comunque una verticalità, cioè una certa razionalità ascendente-discendente dei procedimenti decisionali. E non dimentichiamo che la linea ascendente-discendente implica anche una possibilità di controllo (dall'alto o dal basso) della decisione, e potrebbe prevedere istituzionalmente finanche fenomeni di induzione e (nei casi più democratici) di deduzione della decisione.

Denunciare la crisi di sistema, e collocarla tuttavia, sulla linea (a soglie, o a scaloni, o a gradoni piramidali) della direzione ascendente-discendente, si traduce spesso nella semplice denuncia della debolezza, o della fragilità, di uno dei livelli o di uno dei gradoni della piramide, per quanto 'retificata' possa essere. E dunque significa denunciare la crisi della democrazia come una crisi di trasparenza e di controllo (a volte un semplice *deficit*, come viene chiamato in Europa), e conseguentemente orienta il rilancio della democrazia (deficitaria) proprio a partire da un ampliamento delle sedi decisionali, e da un rafforzamento delle procedure di consultazione e delle tecniche di controllo.

Ecco, questo modello di democrazia non è reale.

Non c'è una verticalità che possa anche garantire i diritti soggettivi, perché la verticalità che, per esempio, manteneva il ruolo dello stato, che richiedeva l'intervento dello stato non c'è più, o meglio tendenzialmente non c'è più, e comunque si tratta di una *orizzontalità diffusa*.

Questa orizzontalità diffusa richiede anche una tecnica di decisione diversa. Non è più la questione di una legge rigida, quella che si chiamava *hard law*, ma la questione di una legge morbida, di una regolazione che tenga conto delle eterogenee esigenze e posizioni di tutti quanti i soggetti coinvolti. La regolazione che era *hard* – la regolazione per principi, per capirci – è una regolazione che diventa sempre più *soft*. E questa regolazione morbida, non è morbida perché non sia cogente e vigente, perché non sia efficace... E' invece efficace, ma è efficace nella misura in cui è particolareggiata, e particolaristica, è iper-privatistica, tanto da diventare... pubblica.

Pubblica, in una parola, perché *amministrabile*.

Da questo punto di vista c'è un'iper-privatizzazione delle questioni sociali che diventano questioni amministrabili a livelli sempre più bassi, sempre più decentrati e locali.

Lo spazio iper-privato è... pubblico!

## (10)

Ecco come dal paradosso si riesce a conciliare in maniera quasi assurda la democrazia dal basso e le esigenze fondamentali come la trasparenza, l'informazione e la partecipazione in luogo di una frammentazione degli interessi e delle esigenze che impedisce quasi di proteggere quegli stessi interessi e quelle stesse esigenze.

È chiaro che da questo punto di vista si andrà necessariamente ad un confronto duro su alcune questioni.

Ad esempio, visto in quest'ottica, lo stato sociale è anche uno stato fortemente autoritario, che corrisponde ad una società tanto di disciplina quanto di controllo.

Mi piace l'idea, nel titolo che mi avete assegnato, di “contrattazione dello stato sociale”<sup>3</sup>, perché mi ricorda quella prospettiva che Lyotard rintracciava nelle faglie del pensiero sistemico, e che per lui poteva definirsi semplicemente *condizione postmoderna*, a partire dalla quale la contrattazione continua, la costante messa in crisi dei presupposti, l'avanzamento della critica, erano i resti di una sorta di frammentazione della vecchia idea di *rivoluzione* in una pratica decentrata e diffusa, così diffusa da diventare singolare e universale nello stesso tempo.

Però l'osservazione su cui mi piacerebbe concludere è di carattere storico, e direi “occidentale”. Ed è che la *governance* deve essere confrontata con una serie di garanzie delle democrazie costituzionali così come le avevamo conosciute nel Novecento, una lunghissima esperienza in questo secolo brevissimo!

Specchiandosi in quelle garanzie costituzionali, in quel sistema di principi che nascevano direttamente dalle guerre di liberazione nazionali o dall'uscita dalle dittature, è chiaro che la *governance* riveli tutta la sua portata autoritaria. E non penso, francamente, che ci siano opzioni spendibili contro questa tesi.

La *governance* è autoritaria, nei fatti, ed è anche tendenzialmente autoritaria, ed è finanche nel modello stesso autoritaria.

Il fatto che – a causa di un decentramento negoziato male, di una deregolamentazione antisociale, di una privatizzazione in veste di dismissione – non garantisca l'efficacia, non garantisca l'efficienza, e neanche promuova un miglioramento delle condizioni economiche generali, può essere davvero una distorsione secondaria.

Ma la vera distorsione con cui si presenta questo modello è il fatto che sia un modello autoritario, sostanzialmente e intimamente autoritario.

Apparentemente, in maniera mistificata, è un modello paritario ed orizzontale, e tutto sommato, invece, è *necessariamente* autoritario, anche se non più verticale.

Concludendo, sul piano della democrazia, devo ovviamente esporre brevemente che cosa io intenda per “autoritario”. Dico che la *governance* è un modello autoritario perché riduce il conflitto sociale, lo comprime, e, rendendo paritarie le esigenze di tutti quanti gli attori, limita inevitabilmente la possibilità di uno svolgimento libero del conflitto sociale. Per certi versi ricorda i governi dei paesi socialisti, dove la burocrazia aveva una natura immediatamente politica, e viceversa.

Riducendo il conflitto sociale, si riduce la complessità del sistema, che apparentemente invece aumenta, ed è invece un aumento formale, come ben possiamo notare. Le forme allora

---

3 Il titolo originale della conferenza è *Governance e contrattazione del Welfare State*. La trascrizione è apparsa dapprima come

(che non corrispondono più alla realtà economica e sociale) si frammentano e si diffondono. Le funzioni, a loro volta, si irrigidiscono e si sclerotizzano.

Riducendosi la complessità reale del sistema a favore della complessità formale, si riduce anche lo spazio per la forma e la funzione della democrazia così come eravamo abituati a conoscerla, o comunque ad insegnarla, ad apprendere e a desiderarla.

### Opere principali a cui si fa riferimento nel testo

*Monografie, saggi, raccolte di saggi*

ALTHUSSER, L. Idéologie et appareils idéologiques d'État. *La pensée*, n. 151, 1970.

BOURDIEU, P. *Langage et pouvoir symbolique*. Paris: Seuil, 2001.

BOURDIEU, P.; PASSERON, J.-C. *La reproduction. Éléments d'une théorie du système d'enseignement*. Paris: Minuit, 1988.

CASTELLS, M. *The rise of the network society. The information age*. Vol. I. Oxford – Cambridge: Blackwell, 1996.

\_\_\_\_\_. *The informational city. Information, technology, economic restructuring, and the urban regional process*. Oxford – Cambridge: Blackwell, 1989.

DE FINETTI, B. *L'invenzione della verità*. Milano: Cortina, 2006.

\_\_\_\_\_. *La logica dell'incerto*. Milano: Il Saggiatore, 1989.

FOUCAULT, M. *Dits et écrits*. 2 vol. Paris: Gallimard, 2007.

\_\_\_\_\_. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1999.

HABERMAS, J. *Storia e critica dell'opinione pubblica*. Roma-Bari: Laterza, 1990.

HARDT, M.; NEGRI, A. *Empire*. Harvard: Harvard, 2000.

LYOTARD, J.-F. *La condition postmoderne*. Paris: Minuit, 1979.

MÜCKENBERGER, U. Un'Europa senza regolazione sociale? Il dialogo sociale e l'importanza crescente della sfera procedurale. In: FRIESE, H.; NEGRI, A.; WAGNER, P. (orgs.). *Europa politica. Ragioni di una necessità*. Roma: Manifestolibri, 2002.

NEGRI, A. *Guide. Cinque lezioni su impero e dintorni*. Milano: Cortina, 2003.

OST, F.; VAN DE KERCHOVE, M. *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Fac. Univ. Saint-Louis, 2002.

POWELL, W.W.; DI MAGGIO, P.J. (eds.). *Il neoistituzionalismo nell'analisi organizzativa*. Milano: Comunità, 2000.

### Film

“Atollo K” (*Atoll K*, Fra/Ita 1951, di L. Joannon e J. Berry, con S. Laurel e O. Hardy)

“I fanciulli del West” (*Way out West*, Usa 1937, di J. W. Horne, con S. Laurel e O. Hardy)

“I figli del deserto” (*Sons of desert*, Usa 1933, di H. Roach, con S. Laurel e O. Hardy)

---

appendice al mio volume *Per la critica del modello europeo* (Trento, 2008).

## **SOBRE O AUTOR:**

### **Francesco Rubino**

Representante nacional italiano no Programa da União Europeia sobre Bioética e Biomedicina (“Biomed II”, 1994-1998), jurista redator do Tratado de Oviedo e da Declaração de Barcelona (1998); Doutor em Direito (Direito constitucional) pela Universidade “Federico II” de Nápoles (2002), professor de Direito público (Università della Calabria, 2003-2007), de Direito constitucional (Université de Paris Est – Créteil, 2012-2013, Paris Ouest – Nanterre 2013-2016), professor da PPGD em Direito (Université “Federico II” de Naples, 2013-2017), professor visitante da UFRGS (Projeto CNPq “Violência sistêmica”, coord. profa. Claudia Lima Marques – profa. Sandra Regina Martini, 2018-2019). Autor de “La procreazione alternativa” (Salerno 1995), “On dignity” (Copenhagen 1998), “Multilevel constitutionalism and multilevel governance” (Stuttgart 2004), “Governance” (com G. Borrelli 2004), “Questione meridionale e criminalità organizzata” (com C. Amirante, Napoli 2006), “Per la critica del modello europeo” (Trento 2008), “Peggio. La violenza, il Reale” (com A. J. Magliacane, Trento 2013), “La maledizione dello scorpione di giada e altre formule magiche del diritto” (Firenze 2015), “Le mani in tasca. Corruzione, alienazione e autonomia del politico” (com A. J. Magliacane e S. R. Martini, Firenze 2018).

# **LE FASCISTE POPULISTE ET L'INTELLECTUEL ORGANIQUE** **Du proto-socialisme constitutionnel de Weimar à la constitution de la Résistance**

---

THE POPULIST FASCIST AND THE ORGANIC INTELLECTUAL  
From the constitutional proto-socialism of Weimar to the Résistance  
constitution

# LE FASCISTE POPULISTE ET L'INTELLECTUEL ORGANIQUE

## Du proto-socialisme constitutionnel de Weimar à la constitution de la Résistance

### THE POPULIST FASCIST AND THE ORGANIC INTELLECTUAL

#### From the constitutional proto-socialism of Weimar to the Résistance constitution

---

**Alessia Magliacane**

Centre Georg Simmel, École des hautes études en sciences sociales  
alessiamagliacane@gmail.com  
lattes.cnpq.br/3133745443378153

---

**Résumé:** Les expériences constitutionnelles du siècle dernier contiennent un noyau de droits sociaux qui caractérisent les deux grandes constitutions d'après-guerre (Weimar 1919, italien 1946-1948), mais aussi la constitution de la république sociale post-fasciste de 1943, et en général la théorie de l'état organique fasciste. Par la critique des imperfections du proto-socialisme weimarien et des ambiguïtés du populisme fasciste, développées par les chercheurs allemands et l'école de Francfort, cet essai tente de repositionner l'interprétation Gramscienne de l'État comme étant essentiellement autoritaire et fondamentalement totalitaire (qui est le fascisme). En faveur d'une vision organique d'une nouvelle totalité éthique et politique qui est précisément la révolution (qui, dans le cas de Gramsci et de la guerre de libération italienne, est la Résistance).

**Mots clés:** Fascisme, proto-socialisme, constitution.

**Abstract:** The constitutional experiences of the last century contain a core of social rights that characterize the two great post-war constitutions (Weimar 1919, Italian 1946-1948), but also the constitution of the post-fascist social republic of 1943 and in general the theory of the fascist organic state. By criticizing the imperfections of Weimarist proto-socialism and the ambiguities of fascist populism, as proposed by German researchers and the Frankfurt School, this essay attempts to reposition the Gramscian interpretation of the state as essentially authoritarian and fundamentally totalitarian (which is fascism). In favor of an organic vision of a new ethical and political totality which is precisely the revolution (which, in the case of Gramsci and the Italian liberation war, is the Resistance).

**Keywords:** Fascism, proto-socialism, constitution.

Un aspect fondamental des conditions totalitaires et autoritaires est la polarisation de la psychologie sociale, de la psychologie de masse, de la psychanalyse des masses.<sup>1</sup>

Pour comprendre comment un « facteur subjectif de l'histoire » tel que l'idéologie fasciste ait pu devenir une force matérielle, même si constitutivement provisoire – étant données les caractéristiques de la classe moyenne: ni conservatrice ni révolutionnaire, mais réactionnaire –, le niveau socio-économique et celui de la structure caractérielle doivent être tenus séparés si l'on veut créer de nouvelles praxis en lieu d'une compréhension réactionnaire de l'« ontologie de l'être social » en tant que conséquence d'une vision orthodoxe et vulgaire du matérialisme historique.<sup>2</sup>

Dans l'application du matérialisme historique aux nouveaux phénomènes, selon le célèbre exemple reporté par Wilhelm Reich dans son *Psychologie de masse du fascisme*, une psychologie réactionnaire essaiera d'expliquer par des motifs irrationnels tels que la « psychose de masse » cette même action de la grève ou du vol là où la question se pose au niveau « sexo-économique ».<sup>3</sup> Car la psychologie de masse commence à enquêter lorsque l'explication socio-économique a échoué à cause du poids des *contradictions*, de toutes les contradictions qui écrasent la masse des individus subjugués par des années de patriarcat et qui adhère à une idéologie contraire à la possibilité d'émancipation des conditions de misère socio-économique où elle se trouve.

L'interdiction du fait primaire, par une norme que nous ne pouvons pas définir encore comme « norme » mais comme un *interdit*<sup>4</sup>, dans les termes d'une psychologie de masse parricide et aristocraticide, s'identifie avec un corps dans lequel aliéner sa propre (même collective) structure psychique. Jusqu'à la soudure, dirons-nous, entre mouvement et parti dans la figure (psychologique) du Duce-*Führer* et de son identification avec l'Etat telle que nous la retrouvons dans le parcours académique du juriste nazi, Carl Schmitt.<sup>5</sup>

L'antidote trouvé par Schmitt à la « totalité parcellisée », c'est-à-dire à un *total Staat* «

1 Nous avons déjà avancé ailleurs l'hypothèse de travail que la conscience de classe pourrait correspondre à la psychanalyse, comment elle s'est développée autour des années 1917-1925, à savoir avant que la mort de Lénine ne congèle les élans révolutionnaires et émancipatoires incarnés notamment par Fenichel, Ferenczi, Reich, Sabina Spielrein et en général la « gauche freudienne ». Voir MAGLIACANE, *Imago of Revolution* [2015].

2 Ce que, par exemple, Otto Fenichel reprochait constamment aux psychanalystes communistes émigrés aux Etats-Unis dans les années 1920, que de faire de la sociologie et non de la psychanalyse. Il s'adressait notamment à Franz Alexander, Erich Fromm, Karen Horney.

3 En s'interrogeant à savoir sur les raisons pour lesquelles les masses *ne font pas* la grève et *ne volent pas* tous les jours! C'est l'exemple cité également par Gilles Deleuze et Felix Guattari dans leur « Anti-Œdipe » (1972).

4 Voir aussi notre MAGLIACANE, *Pendu comme un porc* [2012].

5 Nous nous référons évidemment au célèbre essai de SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit* de 1933, où l'auteur affirme que l'unité politique de l'Etat actuel, après l'avènement en pleine légalité d'Hitler au pouvoir, est l'unité de trois parties: Etat, mouvement, peuple. La deuxième partie, le mouvement (*Bewegung*), ayant le rôle effectif de barycentre, est désigné par Schmitt ici comme synonyme presque du parti. En effet, un parti tenant toutes les couches du peuple mais fermé en soi et hiérarchiquement dirigé; parti qui est le corps politique dans lequel le mouvement trouve sa forme particulière. La position analytique de Schmitt est importante aussi parce qu'il suppose constamment un élément psychologique à la base de la validité juridique des normes. Le sujet doit en d'autres termes effectuer tant une « opération » cognitive (à savoir: il doit « reconnaître » le fait en tant que norme) qu'un choix éthique-politique (à savoir: il doit « adhérer » ou bien « refuser »).

par faiblesse », incapable de produire une unité politique et décisionnelle à cause du pluralisme social, est « l'Etat total par intensité », dans le sens « de la qualité et de l'énergie ». Un Etat fort, capable de distinguer l'ami de l'ennemi, selon des bien connues formulations, d'empêcher que des forces destructives antiétatiques se forment en son intérieur, est invoqué pour redonner dignité et autonomie au politique, afin de réorganiser l'apparat étatique en termes décisionnels et de représentativité authentique. D'où la nécessité pour le *totaler Staat* (non plus *total*, notamment depuis les écrits de 1933 jusqu'à 1937, après la prise de pouvoir de Hitler) de combattre avec efficacité la « totalité par faiblesse » de l'Etat pluraliste proie des partis politiques (incarné par Weimar), en reconnaissant au Chef une légitimité politique qui en dérive par l'être en relation avec une « communauté » de peuple. De cette valorisation de la totalité dans un sens substantiel, il commence à se configurer un « droit naturel communautaire » par lequel l'Etat est lui aussi l'expression secondaire de l'unité primaire du peuple: *Der totaler Staat* de Forsthoff arrive jusqu'à valoriser une forme politique « post-étatique ».

La position critique de Franz Neumann et Otto Kirchheimer, qui est à la fois défensive du droit rationnel et critique de la rationalisation, se situe précisément dans l'espace ouvert par la non-coïncidence du pouvoir et du droit, permettant de complexifier la saisie du rapport systémique ou matérialiste entre base et superstructure dans l'analyse du national-socialisme et la querelle autour du capitalisme d'Etat.<sup>6</sup>

Les fortes chances euristiques de l'analyse développée par les juristes socialistes de Weimar résident dans la possibilité de « voir » la position des sujets face aux transformations dans les modes d'exercice de l'autorité (nous dirons de la « norme-état »),<sup>7</sup> afin d'articuler leur position en tant que sujets *de* ou *du* droit. Et cela a été rendu possible en premier lieu par l'opposition entre souveraineté et droit à partir de laquelle Habermas lui-même a formulé un nouveau paradigme du droit, le paradigme procédural,<sup>8</sup> récupérant la richesse sociologique de la relation entre *factum* et *ius*, mais sacrifiant, peut-être, l'immersion bénéfique de la matière juridique dans la complexité historique selon le syncrétisme méthodologique proposé par Herman Heller pour combler la grave fracture ouverte entre droit et réalité.<sup>9</sup>

6 « Querelle » déclenchée à l'occasion d'un cycle de conférences données par l'Institut de recherches en sciences sociales en novembre et décembre 1941 à l'Université de Columbia, à la suite de la thèse de Friedrich Pollock défendant une conception du fascisme comme « capitalisme d'Etat », ce qui implique de savoir de quelle nature est l'ordre ou le système national-socialiste, s'il est nouveau et avec quelles catégories on peut le comprendre et le combattre. Les textes de cette discussion ont pour l'essentiel été publiés dans la *Zeitschrift*. A ce propos, dans la mesure où il tente de répondre à ces questions, nous le verrons dans le paragraphe suivant, sont très intéressants les cours donnés par le leader communiste italien, Palmiro Togliatti, pendant sa permanence en Union soviétique, et publiés seulement en 2010: voir TOGLIATTI, *Corso sugli avversari. Lezioni sul fascismo* [1935, 2010].

7 MAGLIACANE – RUBINO, *Forme e crisi della norma-stato* [2009].

8 HABERMAS, *Droit et démocratie* [1992, 1997]. Par ailleurs, dans *Student un Politick* (1958) Habermas théorise pour la première fois la question de la démocratie dans le contexte de l'analyse de la phase libérale du capitalisme par opposition à la phase monopolistique, reprenant notamment les critiques formulées par Neumann et par Kirchheimer sur la soi-disant neutralité de l'Etat libéral. Voir HABERMAS, *L'espace public* [1962, 1988].

9 Voir ci-dessous. Il convient aussi d'ajouter que le sujet que Hans Kelsen nous offre en tant que sujet *de/du* droit est le même sujet

Il s'agit d'analyser les formes de régression-domination ainsi que leurs articulations avec les formes (donc également imaginaires) d'émancipation politique. Ce type de programme scientifique nous conduit, en premier lieu, évidemment au freudo-marxisme d'un Reich, Fromm et Marcuse, mais, dans le cadre des recherches interdisciplinaires de l'Ecole de Francfort, également à l'analyse du droit en tant qu'une des « régions culturelles »<sup>10</sup> que la philosophie sociale prend comme objet. Corrélativement, grâce aux outils freudiens mobilisés, la question posée par Reich, Fromm, Horkheimer et Adorno, à savoir celle de la soumission des dominés « apparemment sans résistance », devient une question centrale pour Kirchheimer et, surtout, pour Neumann.<sup>11</sup>

### 1. L'Etat autoritaire dans la vision des juristes de la gauche weimarienne: une comparaison avec l'Etat fasciste interprété par Togliatti à Moscou

L'Etat fasciste républicain se vit contraint par sa propre faiblesse à régresser vers d'anciennes formes d'ostentation de la capacité de punir. Le fascisme sanglant et violent est donc *repubblichino*.<sup>12</sup> Il s'agit d'une reprise de « la splendeur des supplices » dont parlait Michel Foucault dans son *Surveiller et punir* (1975) à propos de l'Ancien Régime. Ce qui nous permet

---

errant dans les régions de frontière de la compréhension de soi-même *par* soi-même: là où la compréhension libre du sujet peut se réaliser uniquement (et bien évidemment!) si le sujet viole l'ordre juridique. D'où le scandale ultérieur du pouvoir: celui qui exerce le pouvoir ne peut le violer, et donc il n'est pas sujet *de* droit, mais uniquement *du* droit. Ce qui nous amène à considérer sans doute les époques des monarchies comme époques dépourvues de droit (et des droits), et la logique de l'Etat autoritaire comme cette forme de régression/ domination que nous pouvons dénommer, en accord avec le Derrida du Séminaire *La bête et le souverain*, de la « *lieutenance divine* ». DERRIDA, *Séminaire La bête et le souverain* [2001-2002, 2008: 86]. « Le *topos* approprié de la *topolitique* de cette souveraineté humaine est bien celui d'une autorité sujette, assujettie, soumise et sous-jacente à la souveraineté divine ».

10 Voir HORKHEIMER, *Théorie traditionnelle et théorie critique* [1937, 1974]. C'est là que réside peut-être l'une des différences majeures entre Max Horkheimer et Theodor W. Adorno: face au couple domination/ émancipation, le premier associe la politique à la domination, tandis que le second parvient quant à lui à les dissocier pour associer la politique à l'émancipation.

11 Dans *Béhémoth* (1942), ce qui frappe le plus encore aujourd'hui en le lisant, comme le souligne Enzo Traverso, c'est son approche interdisciplinaire où, chose la plus importante, ces sources de la méthode de Neumann s'intègrent dans le livre à l'aide d'une approche historique qui ne se limite pas à analyser les structures et les modes de fonctionnement du système du pouvoir nazi mais en retrace la genèse et l'évolution, en partant de l'effondrement de Weimar pour remonter jusqu'aux tendances profondes du nationalisme et de l'impérialisme allemands. Selon Traverso, ces composantes étaient au moins quatre: le marxisme, la sociologie wébérienne, une formation juridique solide et, plus marginale mais non négligeable, la psychanalyse: « Au marxisme, Neumann reprenait essentiellement la critique du capitalisme comme système économique intrinsèquement lié à la concurrence des capitaux et aux conflits de classe. Max Weber lui offrait un modèle pour analyser le rationalisme bureaucratique moderne et la domination charismatique. De la pensée juridique, il dégagait une vision du totalitarisme comme antithèse de la démocratie et de l'Etat de droit. Enfin, il utilisait la psychanalyse – absente de sa bibliographie où ni Sigmund Freud, ni Erich Fromm, ni Wilhelm Reich ni même les études sur l'autorité et la famille publiées par l'école de Francfort en 1936 ne sont citées – afin d'étudier l'ancrage de masse du fascisme; il présentait ainsi le caractère 'sodomasochiste' comme fondement de la communauté nationale idéalisée par le nazisme ». TRAVERSO, *Le totalitarisme. Jalons pour l'histoire d'un débat* [2001: 41]. Ce qui rend évident l'héritage de Gross sur la conception de l'Etat comme symbologie de l'homosexualité secondaire, répressive et artificielle puis reprise et développée dans le *Massenpsychologie des Faschismus* en 1933 par Wilhelm Reich qui concluait que la fraternité masculine violente du fascisme des débuts était le produit de la répression sexuelle. La dimension psychanalytique des rapports politiques est ensuite prise en compte par Franz Neumann notamment dans l'article *Anxiety and Politics* (1954), dans NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State* [1957: 270-300], où le juriste examine la combinaison entre aliénation psychologique, sociale et politique et le rôle de l'angoisse dans un système politique répressif.

12 La RSI introduisit la pratique des exécutions publiques et des cadavres des pendus et des fusillés exposés longtemps sur place. Comme l'écrit Sergio Luzzatto à propos de l'irruption de la bio-politique dans l'horizon culturel de l'après-guerre européenne, et plus spécifiquement dans le contexte italien où, par ailleurs, les issues plus profondes du « spectacle de la mort » sont à rechercher dans le choix même du fascisme de fonder sur la tragédie de la Grande Guerre les bases de sa propre légitimation historique et de son programme politique: « La pubblica esibizione dei corpi degli impiccati e dei fucilati è stata praticata dai militi della RSI come *forma estrema di controllo della piazza italiana*, la forma più muta eppure la plus parlante possible; gli uncini da macellaio hanno utilmente servito alla bisogna, come strumento di degradazione degli uomini a bestie. Né si trattava di una novità: i fascisti avevano provato a sperimentare gli effetti di una scenografia funeraria già sugli indigeni delle colonie africane ». LUZZATTO, *Il corpo del duce* [1998, 2011: 75-76].

de rejoindre la conclusion du juriste socialiste de Weimar, Franz Neumann, dans son article de 1937 paru dans la revue de l'Institut de recherches en sciences sociales, *Funktionswandel des Gesetzes*, à savoir que le droit de l'Etat autoritaire n'a pas de caractère juridique, si l'on entend par là un système de normes qui se distingue de la volonté du souverain: l'autorité s'est en effet transformée pour devenir « pur et simple commandement du chef »<sup>13</sup>. Pourtant, il n'y a pas monopole de l'autorité dans le national-socialisme; ce qui permet d'expliquer du même coup la coexistence paradoxale « d'un fonctionnement très productif de l'industrie et de la mise en place de la terreur dans le national-socialisme »<sup>14</sup>.

L'idéologie du national-socialisme change constamment, observe Neumann:

Elle comporte incontestablement des croyances magiques – l'adoration du chef, la suprématie de la race des maîtres – mais n'est pas présentée dans une série de déclarations catégorielles et dogmatiques.<sup>15</sup>

Il s'agit d'un trait distinctif de la relation particulière qu'entretient le fascisme avec son idéologie, tout en la proclamant essentielle, alors qu'elle était par ailleurs amendée et violée pour les besoins de la cause.<sup>16</sup> C'est pourquoi, pour Neumann, le national-socialisme ne dépasse pas les *contradictions* (ce qui peut ressortir de la lecture de Pollock), mais il est caractérisé par un antagonisme entre différents pouvoirs masquant ces contradictions. C'est bien la structure économique qui a conduit à l'impasse de la République de Weimar, structure qui exigeait une organisation politique du type de celle du national-socialisme. Mais les buts économiques n'auraient pu « être ni réalisés ni préservés sans un pouvoir politique totalitaire »<sup>17</sup>.

Pour ce qui concerne l'Italie, Palmiro Togliatti en exil à Moscou, avait déjà exposé en 1927 ses considérations sur la « difficulté à distinguer le fascisme de l'Etat » et avait souligné que son intervention dans l'économie, tantôt pour son extension, tantôt pour ses formes, était telle que le fascisme constituait maintenant une forme politique nouvelle et originale. Cela

13 NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* [1937: 542-596]. Posant également à la fin de *Béhémoth* la question de savoir si le système national-socialiste « mérite le nom de droit », Neumann répond: « Oui, si le droit n'est que la volonté du souverain; mais certainement pas si le droit, à l'inverse de la volonté du souverain, doit être rationnel dans sa forme et dans son contenu ». NEUMANN, *Béhémoth* [1942, 1987: 428].

14 GENEL, *Droit et politique dans la critique de la domination* [2009: 49].

15 NEUMANN, *Béhémoth* [1942, 1987: 202].

16 Or, la distinction prônée par Friedrich Pollock entre un capitalisme d'Etat « autoritaire » et une variante « démocratique » contredisait l'idée que la crise était surmontable sous une autre forme, en plaçant des doutes à l'égard de l'avènement du socialisme. Ainsi POLLOCK, *State Capitalism: its possibilities and limitations* [1941, 1980: 200-225] et *Is National Socialism a New Order?* [1941, 1980: 440-455]. Neumann et Kirchheimer y opposent une vision moins « pessimiste » découlant de la description d'une situation dans laquelle « les contradictions du capitalisme sont à l'œuvre (...) à un niveau supérieur et donc plus dangereux, bien qu'elles soient occultées par un appareil bureaucratique et par l'idéologie de la communauté populaire ». Si le capitalisme d'Etat est une « contradiction dans les termes », c'est qu'un Etat tel que celui décrit par Pollock n'a plus rien de capitaliste, mais serait un système politique de domination, qu'il faudrait donc « décrire en termes politiques et non économiques ». Voir NEUMANN, *Béhémoth* [1942, 1987: 216-219].

17 NEUMANN, *Béhémoth* [1942, 1987: 333]. A certains égards, donc, Neumann et Kirchheimer mettaient en œuvre un marxisme plus orthodoxe. Il s'agit d'une analyse qui ne fait pas du fascisme l'issue inévitable de la crise, tout aussi inéluctable, de la surproduction capitaliste.

posait la question de l'interprétation de la phase ouverte par la « crise Matteotti » (juin 1924 – janvier 1925), car, contrairement à toutes les prévisions, il y avait eu le dépassement de la crise et même un renforcement et une stabilisation du régime fasciste: quelle était donc la racine de la forme d'Etat en train de pousser en Italie? Les *Thèses de Lyon*, élaborées avec Gramsci, assignaient au fascisme un rôle important mais non central puisque, bien qu'au début de l'année le gouvernement ait dépassé la crise Matteotti, il existait encore trop d'éléments de contraste permettant de considérer le gouvernement fasciste comme étant déjà bien établi.

Le « mouvement » fasciste, qui agissait déjà comme l'instrument d'une oligarchie industrielle et agraire, n'avait pas encore réalisé « l'unité organique de la bourgeoisie »: le mouvement ouvrier étant vaincu, opérantes et pas entièrement absorbées, les tendances réformistes étaient demeurées fidèles « à la solution giolittienne du problème de l'Etat ». Les enjeux pour l'édification du régime concernaient les conflits internes à la classe des dirigeants, et l'année 1926 aurait été décisive pour une telle fin. Pour le reste, les thèses pour le III Congrès communiste confirmaient le caractère dual du fascisme, tout en clarifiant à travers une anticipation de la stratégie mussolinienne et de la tendance intrinsèque du fascisme à la guerre, le thème du « pouvoir politique totalitaire »<sup>18</sup>.

La discussion autour de l'interprétation du fascisme connaît un développement intense dans la revue fondée par Togliatti à Paris, *Stato operaio*. Deux interventions retiennent ici notre attention: l'une signée Piero Sraffa, l'autre, Ignazio Silone. La première contribution souligne l'autonomie politique désormais acquise par le gouvernement fasciste mettant « volontairement » en œuvre une politique contraire aux intérêts des financiers et des industriels. Ce qui nous montrerait alors les erreurs d'une analyse politique qui recherchait un lien « immédiat » entre les intérêts de la bourgeoisie et l'activité de gouvernement. La seconde soulignant la modalité spécifique par laquelle on en était arrivé à la recomposition politique, à savoir par une crise du fascisme qui s'était développée dans un seul grand conflit intérieur entre bourgeoisie et petite bourgeoisie dont l'issue (la victoire de la ligne Federzoni sur celle de Farinacci) passait par la recomposition des rapports de pouvoir où la bourgeoisie gagnait sur les pulsions radicales et petit-bourgeois qui avaient engendré le mouvement. La détermination du double caractère du fascisme – être un véritable mouvement social en même temps qu'un outil de la restauration du pouvoir bourgeois – permettait donc de saisir et d'interpréter les tensions internes au parti successives à la formation du gouvernement Mussolini.<sup>19</sup> Le fascisme avait gagné avec le soutien

18 « Alla tattica degli accordi e dei compromessi esso [le fascisme] sostituisce il proposito di realizzare una unità organica di tutte le forze della borghesia in un solo organismo politico sotto il controllo di una unica centrale che dovrebbe dirigere insieme il partito, il governo e lo Stato ». GRAMSCI, *La costruzione del partito comunista 1923-1926* [1924, 1971: 496]. Sur les rapports entre Gramsci et Togliatti, et sur le développement personnel et créatif de la base gramscienne par Togliatti, BISCIONE *Togliatti, il fascismo, la guerra civile europea* [2010] et notre MAGLIACANE, *Emanciper la bourgeoisie! Le marxisme malchanceux de Gramsci e Gobetti* [2016].

19 La valeur de la « distinction en phases », d'un côté, et de la recherche interdisciplinaire de l'autre, devient désormais évidente même dans l'analyse des développements des institutions politiques-juridiques du régime fasciste. Voir CALAMANDREI – CASSESE –

de celle que nous pourrions appeler *lato sensu* « bourgeoisie », mais son corps militant était soutenu et agité « par la conception utopique que la petite-bourgeoise puisse aller au pouvoir et dicter les lois au prolétariat et à la bourgeoisie »<sup>20</sup>.

Le fascisme ne naissait donc pas « totalitaire » justement en ce sens qu'à l'origine de l'idéologie fasciste, il n'y avait pas de traits étatiques autoritaires, non plus hégémoniques, si non ceux d'un « libéralisme anarchique » (protestation contre l'Etat intervenant dans la sphère privée, etc.). Le « scénario » du changement étant alors constitué par la nécessité de la renégociation du mandat reçu par Mussolini en octobre 1922, imposée par l'assassinat du député socialiste ;<sup>21</sup> un mandat qui à l'origine n'était pas de fonder une dictature personnelle ou de parti<sup>22</sup> quant plutôt de « contenir » une situation (économique, notamment) sous plusieurs aspects hors contrôle, pour laquelle les institutions démocratiques libérales se révélèrent totalement inadéquates. La réponse de Mussolini fut en effet double: dans la brève période, elle sembla favoriser la mobilisation du fascisme révolutionnaire ou militant, pour ne pas réaliser la « révolution fasciste » mais plutôt pour marchander un nouvel aménagement du pouvoir dont le PNF, renouvelé dans les stratégies et les hommes, allait faire partie de manière fixe et centrale.<sup>23</sup> La « solution Federzoni » apparaît donc comme la tentative de modifier radicalement la composition sociale du PNF par l'accès à la « vraie bourgeoisie », aux fonctionnaires de l'Etat et aux organes para-étatiques, expulsant à large échelle le plus grand nombre possible de fascistes de la « première heure », et finalement consentant au fascisme de se présenter comme la réalisation de l'unité

---

UNGARI, *Il regime fascista* [1974]. Cette perspective dynamique et articulée n'a pourtant pas impliqué dans les recherches les plus récentes la renonciation au thème central du rapport entre fascisme et société italienne. Voir QUAZZA, *Storia del fascismo e storia d'Italia* [1973: 5].

20 TOGLIATTI, *Corso sugli avversari* [1935, 2010: 29].

21 Autour du corps mort de Mussolini, et ses intersections entre fascisme, antifascisme et postfascisme, Sergio Luzzatto nous montre à quel point le « Duce » commence à mourir par la découverte du cadavre mutilé du député socialiste Giacomo Matteotti. Voir le premier chapitre, « Corporale », dans LUZZATTO, *Il corpo del duce* [1998, 2011].

22 Sur ce point voir le chapitre « L'exercice du pouvoir » dans PAXTON, *Le fascisme en action* [2004], où est soulignée la nature composite du « règne fasciste », l'Etat double et le dynamisme protéen dans ses déclinaisons en « la guérilla conservateurs-fascistes », la « guérilla leader-parti », « la guérilla parti-Etat » en Allemagne et en Italie. Fondamentale la réflexion de Hermann Heller sur la superposition à œuvre des plus grands idéologues de l'idéologie fasciste entre théorie organique et théorie positiviste car favorisant la comparaison ambiguë et naïve entre « Etat fasciste » et « gouvernement fasciste ». La conception fasciste de l'Etat apparaît en réalité aux yeux du juriste allemand tout le contraire de la théorie organique de l'Etat de matrice allemande; d'où la fausse considération, par exemple chez Gentile, du régime fasciste comme la réalisation effective de l'Etat libéral, bien qu'en réalité, pour le même auteur, note Heller, « l'individu est libre si et seulement s'il sent l'intérêt général comme le sien et veut le réaliser comme volonté générale ». HELLER, *L'Europa e il fascismo* [1931, 1987: 93]. D'où aussi, la définition que Heller donne du fascisme comme « dictature formelle » et qui « selon les opportunités » pouvait devenir « négation de l'Etat ou sa déification, socialisme ou capitalisme, syndicalisme ou centralisme, catholicisme ou paganisme » (HELLER, 1987: 107-108). Sur les limites de cette interprétation qui n'arrive pas à saisir les transformations des structures économiques et sociales et donc la « nécessité » des transformations inhérentes au mouvement fasciste dès l'origine jusqu'au tournant de la crise Matteotti, voir le long et riche essai introductif de Carlo Amirante. « In definitiva quindi Heller anche se mette al primo posto l'obiettivo di *delegittimare il regime fascista come terza via*, come alternativa plausibile allo stato capitalista e allo stato socialista, riesce a demistificare, con argomenti tuttora validi, anche alcuni dei miti fascisti ad esempio quelli di uno stato anticlericale, anticapitalista, dalle "mani pulite", al di sopra delle classi, etc. ». AMIRANTE, *Premessa* à Heller, *L'Europa e il fascismo* [1931, 1987: 14]. Sur les « mythes fascistes » pour leur importance et pour le contrôle idéologique des masses, voir SERRA, *Sui miti fascisti e la crisi storica dell'umanesimo borghese negli anni trenta* [1983: 577 et ss.].

23 Il faut dire que Heller comprend bien, dans son *Europa und Fascismus* (1931), que l'option nationaliste permet au fascisme la conquête d'une élite intellectuelle qui lui manquait, « représentée par des noms comme Federzoni, Rocco, Forges-Davanzati, Sighele et autres », donnant ainsi au « parti un programme présentable » qui « pouvait se référer à des noms tels que Machiavelli, De Maistre, Hegel, Maurras ». Voir HELLER, *L'Europa e il fascismo* [1931, 1987: 87].

politique de la bourgeoisie et en même temps le constructeur d'un nouveau type d'Etat, en tant qu'émanation directe de la classe dominante.

A travers un parcours ni linéaire, ni direct, ni planifié, ni prévisible, le fascisme avait donc obtenu le monopole de la représentation politique, voire un consentement découlant d'une hégémonie, ce que Gramsci appelle « la direction intellectuelle et morale » exercée par le groupe dominant et « l'orientation imprimée à la vie sociale par le groupe fondamental dominant ». A savoir: même une hégémonie bourgeoise n'est pas automatique, comme le souligne Eric Hobsbawm de l'apport théorique du dirigeant communiste italien, mais réalisée à travers une action et une organisation politiques conscientes. Si la destruction et/ou l'absorption des autres forces politiques originellement opposées lui furent essentiels, la victoire de la bourgeoisie dans le PNF poussait vers la superposition et l'identification de parti et Etat: une sorte de *nationalisation* du parti<sup>24</sup>, avec la conséquence (elle-même double) de la constitution du régime, d'un côté – abolition des partis, des libertés, syndicat unique, etc. –, et de la redéfinition de l'« intérêt général » qui pouvait entrer en conflit avec des intérêts bourgeois particuliers, de l'autre. Ce n'est donc pas un hasard si pour empêcher les formations politiques concurrentes d'intercepter le mécontentement des masses petit-bourgeois déjà encadrées dans le fascisme, celui-ci avait déchaîné sa première dure répression contre celles-là (par exemple, le parti réformiste avait été « légalement » dissous avant même le Parti communiste), ce qui accentuait d'ailleurs la « contradiction fondamentale » entre les composantes d'un fascisme contraint de faire subir à sa structure et à sa composition sociale une transformation assez rapide, générale, profonde.

## **2. Etat autoritaire, totalitaire, corporatiste, et social-démocratie (suivi d'une variante de l'interprétation: l'État « double »)**

Un corollaire de cette affirmation est le suivant: seule la tension entre la sphère de la nécessité sociale et la justice pouvait fonder le droit de façon critique. Il y a de toute évidence ici, tout comme dans l'analyse de Togliatti du fascisme ayant donné vie au premier modèle « efficace » de parti réactionnaire de masse, l'écho des écrits méthodologiques (sur l'Etat, la doctrine de l'Etat et les sciences de l'Etat) et de l'analyse historique de la République de Weimar et de l'Etat social chez un autre auteur et juriste important sous Weimar, Hermann Heller. En effet, le jugement que Heller formule en définitive sur le fascisme et qui guide son analyse accomplie autour du thème des rapports « droit-état-fascisme », développée notamment dans

24 Il est évident qu'une classe dominante ne s'appuie pas seulement sur un pouvoir coercitif et une autorité coercitive, mais sur la conception de l'Etat en tant qu'équilibre entre institutions coercitives et institutions hégémoniques, ou en tant qu'unité des deux. Ces considérations reflètent également la centralité du corps du leader qui en constitue l'essence de son autorité. Voir LEVINAS, *Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme* [1934, 1997]). Plus encore que dans l'Allemagne du Troisième Reich, dans l'Italie du régime fasciste, le corps du dictateur fonctionnait comme un *instrumentum regni*: grâce à la voix de Mussolini orateur, naturellement, mais grâce aussi à un système de communication non verbal. Voir GOLINO, *Parola di Duce* [1994: 17] et RUNCINI, *La parola e il gesto dal futurismo al fascismo* [2009].

*Europa und Fascismus* de 1931, est que le fascisme représente « une réponse erronée » à des exigences réelles telles que l'unité nationale, la pacification des classes, la construction d'un Etat fort et démocratique capable de gouverner l'économie. Une réponse qui à partir des années 1920 constitue une conséquence douloureuse de la « démocratie de masse » et, pour ce qui concerne le droit et l'Etat – focus de son analyse –, de la « démocratie sans leaders ». D'où le caractère plébéen de ces nouveaux leaders, voire de « contre-élites politiques »,<sup>25</sup> conséquence de la séparation radicale entre théorie et pratique, de la réduction de l'Etat à « une fiction vide et abstraite » déterminée par le tournant positiviste des sciences de l'Etat et de la science juridique et ayant contribué à la crise de l'« idéal de justice matérielle de l'Etat de droit ». Pour Heller, qui écrit du fascisme pendant le fascisme, « le vidage positiviste de tout contenu de sens supprime tout point de repère non seulement à l'Etat mais aussi à la culture dans sa totalité »<sup>26</sup>.

L'échec de la République de Weimar et de la révolution prolétarienne, le déclin de la classe ouvrière et l'avènement du fascisme, mais aussi les limites intrinsèques aux réflexions sur la dimension émancipatrice et humaniste de la conception sociale du droit par les juristes sociaux-démocrates de Weimar tels que Hugo Sinzheimer et Gustav Radbruch,<sup>27</sup> constituent en même temps le contexte déterminant la méthode de l'Institut de recherches sociales de laquelle s'étaient rapprochés Kirchheimer dès 1934 et Neumann dès 1937. Ils ouvrirent une enrichissante ligne de théorie critique en donnant une attention particulière et spécifique aux formes juridiques-institutionnelles par lesquelles dans les sociétés modernes prend forme le conflit politique et social. Mais cette ligne constituera en quelque sorte « une opportunité manquée »<sup>28</sup> de réflexion entre les deux cercles de l'Ecole de Francfort, à savoir celui orienté vers la socio-psychologie, la théorie de la culture et la critique de la domination et celui de Kirchheimer et Neumann mettant l'accent sur la théorie de l'Etat et du droit.<sup>29</sup>

25 MAYER, *Dynamics of Counterrevolution in Europe* [1971: 60].

26 HELLER, *L'Europa e il fascismo* [1931, 1987: 57]. Sur les rapports contradictoires et parfois polémiques de Heller à Hans Kelsen, voir MÜLLER, *Hans Kelsens Staatslehre und die marxistische* [1978: 191]. Tout au long d'*Europa und Fascismus*, Heller critique le positivisme souvent identifiant chez Kelsen, le représentant de cette tendance méthodologique qui « laisse derrière soi une misère terrible, le vide » (HELLER, 1987: 64). Plus évidente encore la contraposition avec Schmitt dont la fondation d'une théorie politique sur le couple ami/ennemi constitue une telle simplification du cadre politique qu'il rend complètement dépourvu de sens tout programme politique, tout principe général et objectif qui ne puisse être compris sinon comme un simple outil technique d'actuation du pouvoir. Car, si dans la conception d'ennemi chez Schmitt il doit rentrer l'éventualité réelle de la lutte, « ami », « ennemi » et « lutte » reçoivent leur signifié réel par le fait qu'ils « se réfèrent et se rapportent à la possibilité réelle d'un anéantissement physique » selon Schmitt de *Der Begriff des politischen* (1932). Une base de discussion et de compréhension parmi ses ennemis n'est donc plus concevable: « Ici, il ne s'agit pas de parler, mais d'imposer », souligne Hermann Heller (HELLER, 1987: 59). Plus généralement, contre la présumée matrice « décisionniste » commune entre ces deux auteurs, il y a sans doute la conception différente de la théorie de la souveraineté à marquer la distance entre les deux juristes. Sur ce point, PORTINARO, *Staatslehre und sozialistischer Dezisionismus* [1984: 573].

27 Pour une intéressante synthèse, l'article de LE BOUËDEC, *Vers une pensée critique du droit ? Critique de l'individualisme libéral et théorie du droit social chez les juristes sociaux-démocrates weimariens* [2009].

28 Ainsi SCHEUERMAN, *Between the Norm and the Exception: the Frankfurt School and the Rule of Law* [1997: 7] et SCHEUERMAN (dir.), *The Rule of law under Siege* [1996]. Voir aussi, ABENSOUR, *Pour une philosophie politique critique?*, in *Tumultes*, n°17-18 [2002: 207-258] et le recueil des textes du colloque international du réseau « Droit(s) contre loi ? » dans BENTHOUAMI – GRANGÉ – KUPIEC – SAADA (dir.), *Le souci du droit. Où en est la théorie critique ?* [2009].

29 Selon Genel (voir GENEL, *Droit et politique dans la critique de la domination* [2009]), il faudrait étudier la position de Marcuse comme médiateur entre les deux cercles. Cependant, cette opposition se laisse moins saisir en termes de primat de l'économie ou du

Cette attention sur les aspects juridiques de l'« organisation du pouvoir », que nous retrouvons également chez Togliatti, non pas comme superstructure ni comme une illusion qui cache une dictature de classe, mais en tant que forme concrète et réelle des rapports entre gouvernants et gouvernés, dirigeants et dirigés, constitue une caractéristique assez extraordinaire dans le contexte communiste.<sup>30</sup> L'expression de Marx sur le rapport entre structure et superstructure – qui, formulée dans un texte si dense, indiquait plus un programme de travail théorique qu'une définition du rapport entre les sphères juridique et économique – avait été asservie à une hypostatisation dogmatique laissant, dans le marxisme-léninisme, largement inexplorée une connexion entre la sphère économique et celle juridique plausible d'un point de vue interprétatif et efficace d'un point de vue pratique.<sup>31</sup>

### 3. Les interprétations du fascisme (les cours de Togliatti à Moscou et l'ouvrage de Hermann Heller sur l'Italie)

Dans le capitalisme de monopole, dont le national-socialisme est l'organisation politique correspondante, comme Neumann l'expose dans le *Béhémoth*<sup>32</sup>, la mesure individuelle devient « la seule expression appropriée du pouvoir souverain »<sup>33</sup>. Le système juridique de l'Etat autoritaire, qui est mis au service du capitalisme de monopole, en s'appuyant sur des principes généraux et des clauses générales est ainsi un *arcanum dominationis*, c'est-à-dire

---

politique. Elle tient davantage à ce que Pollock considère que l'Etat absorbe l'économie, tandis que Neumann montre par une analyse nourrie de données empiriques en quel sens « l'embrigadement étatique vise avant tout à renforcer le capitalisme tel qu'il existe ». Voir GENEL, *Autorité et émancipation* [2013].

30 Dans les *Lezioni sul fascismo*, l'attention montrée par Togliatti sur les formes juridiques par lesquelles l'Etat corporatif était en train de se constituer en Italie, ne semble pas comparable à l'instrumentalité par laquelle Lénine conseillait au Parti révolutionnaire d'utiliser tous les moyens légaux avec le but de renverser le mécanisme institutionnel. Dans *Stato e rivoluzione* (1917), Lénine abolit tout simplement l'élaboration du thème de la démocratie en préfigurant le pouvoir soviétique sans les médiations institutionnelles nécessaires. Sur la pensée juridique de Togliatti, voir NATTA, *Togliatti in Parlamento* [1984, 1988] et les essais de Bobbio, D'Albergo e Neppi Modona dans AGOSTI, *Togliatti e la fondazione dello stato democratico* [dir., 1986: 259-321]. Voir aussi DOGLIANI, *La concezione della Costituzione in Togliatti* [1997: 380-396]. En ce qui concerne plus spécifiquement le « Cours sur les adversaires », Togliatti utilisait les publications officielles, les lois, les actes parlementaires, les discours et les écrits de Mussolini, les travaux des Congrès, les statuts du PNF et des organisations liées, les données statistiques, mais aussi la presse de régime et le débat politique intérieur, à savoir: toute la documentation produite par le fascisme, et également à l'autoreprésentation du fascisme. C'est ainsi que dans la valorisation faite par Renzo De Felice, celui-ci rappelle dans plusieurs occasions l'irréductibilité des leçons sur le fascisme de Togliatti aux autres lectures contemporaines, constituant une évaluation réaliste de « tous les singles éléments constitutifs (parti, organisations militaires-propagandistes, syndicat) ». DE FELICE, *Il fascismo. Le interpretazioni dei contemporanei e degli storici* [1998: 18-21] et *Le interpretazioni del fascismo* [2000: 212-217].

31 MARX, *Prefazione (1859) à Per la critica dell'economia politica* [1986: 297-301]. Les écrits qui montraient à quel point Marx considérait l'Occident moderne à l'intérieur des rapports juridiques qui en conditionnaient l'existence furent découverts et publiés en Italie seulement en 1927 et de toute façon pris en considération tardivement. Voir CERRONI, *Marx e il diritto moderno* [1962, 1972: 153-162]. Une fois terminée la parabole du communisme, mieux: le socialisme comme alternative à la démocratie et donc le débat fécond sur la démocratie directe du prolétariat, la critique formulée par Hans Kelsen en 1923 en dénonçant l'inconciliabilité entre communisme léniniste et démocratie, qui synthétisa et ajourna ensuite ses argumentations dans un écrit de 1948, revient à la lumière. Voir KELSEN, *Socialismo e Stato* [1978] et *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi* [1981: 35-93].

32 Refusant la thèse du « capitalisme d'Etat » de Pollock, et donc le fait que l'économie capitaliste privée avait disparu, et plus spécifiquement le fait du contrôle croissant de l'Etat sur le capital. Thèse à laquelle notamment Max Horkheimer adhère par une plus grande dimension politique vers laquelle se dirige sa pensée (voir ses articles *Les Juifs et l'Europe* de 1939 et *L'Etat autoritaire* de 1942) à la différence, par exemple, de la socio-psychologie et de la critique de la culture et de l'idéologie de Theodor Adorno.

33 NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* [1937: 576-577].

« un instrument technique visant à imposer des buts politiques spécifiques »<sup>34</sup>. La rationalité technique, issue de l'application des méthodes tayloristes de l'industrie à la main-d'œuvre étatique et dominant dans les organisations nationales-socialistes, selon Kirchheimer, « signifie seulement ici que tout l'appareil du droit et de son application est fait exclusivement au service de ceux qui dominent »<sup>35</sup>, comme écrira Neumann dans *Béhémot* à propos du contournement de la généralité par décrets administratifs.

Dans la mesure où le problème consistait, chez Togliatti, à déterminer et à décrire les passages par lesquels s'étaient créées les opportunités qui avaient rendu possible la naissance, la montée et la consolidation du fascisme, l'analyse de ces conditions et ces mouvements pré-existants mais qui en relation au fascisme avaient assumé un poids et un signifié différents est donc fondamentale. Dans ce cadre, l'insistance sur les modalités de l'intervention du « facteur d'organisation » – qu'il soit de classe, de parti, idéologique ou institutionnel – sur les mouvements de masse contient une indication méthodologique importante pour « dissoudre » certains des traits conflictuels retrouvables dans le fascisme au sein du cadre plus vaste des conflits politiques, sociaux et institutionnels de l'histoire d'un pays.<sup>36</sup>

Qu'il ne s'agisse pas là *stricto sensu* d'une ligne politique mais d'un critère historico-analytique qui définit les paramètres au sein desquels orienter l'action politique est d'ailleurs évident. La réévaluation du droit dans cette médiation délicate et complexe basée sur la (jamais refoulée) formation historiciste, faite par Togliatti dans son *Corso sugli avversari*, nous offre des noyaux thématiques temporels – dirons-nous transitionnels – de très grand intérêt. En particulier dans ce genre de réflexions où, par exemple, ce qui attire le plus notre attention, c'est le rôle du parti nationaliste désigné comme tête pensante du mouvement fasciste non pas pour la fonction développée par certains de ses hommes dans l'organisation du système juridique et institutionnel de l'« Etat totalitaire », mais plutôt comme « hypothèque des éléments les plus réactionnaires de la bourgeoisie » sur un mouvement encore confus et contradictoire.<sup>37</sup>

34 NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* [1937: 587].

35 KIRCHHEIMER, *The Legal Order of National Socialism* [1941, 1980: 466].

36 Que l'on pense aujourd'hui aux études de George L. Mosse sur la nationalisation des masses (voir Mosse, *La nazionalizzazione delle masse* [1975, 2004]), *L'uomo e le masse nelle ideologie nazionaliste* [1980, 2002: 151-193]) et aussi, à partir des années '80, sur la « théorie générale du fascisme » (Mosse, *La révolution fasciste. Vers une théorie générale du fascisme* [1999, 2003]). Chez Togliatti, le contraire est tout aussi vrai, à savoir que d'une analyse strictement politique nous restituant son cadre historique plus vaste, telle qu'il émerge par exemple dans l'analyse de l'Etat corporatif: malgré les limites individuées par la littérature du lien fascisme-corporatisme dans la lecture de Togliatti qui ne prend donc pas en considération le phénomène corporatif en tant qu'expression commune du système capitaliste, le cadre historique n'est pas modifié, voire caché.

37 Togliatti fait référence plus particulièrement aux résistances nationalistes au pacte de pacification proposé par Mussolini dans l'été 1921 et à l'entrée des socialistes prospectée toujours par Mussolini au moment de la formation du gouvernement. Voir TOGLIATTI, *Corso sugli avversari* [2010: 26, 29, 33, 46, 49]. En effet nous retrouvons le « nationalisme » à l'œuvre avant même la fondation du parti nationaliste en 1912, comme une idée performative qui naissait de l'expérience du développement industriel dans toute l'Europe à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et qui ébranla les forces politiques les plus diverses, et pas seulement de droite. Une autre considération intéressante est relative au destin du Parti Populaire, sa vocation cléricale et antisocialiste et sa fonction démocratique, ce qui correspond à un jugement parfaitement valide formulé par Togliatti sur un plan historique mais qui pèsera aussi comme une « hypothèque » sur la capacité « résistancielles » de la Résistance sur un plan politique dans le tournant 1945.

Comme écrira un autre des protagonistes du siècle passé, Vittorio Foa, réfléchissant sur ce « phénomène des temps longs », comme il le définira, caractérisant le « '900 » italien, à savoir celui d'une droite profonde qui prend les formes les plus diverses, même de gauche, l'Italie a vu deux grands changements dans la première moitié du siècle passé. Le nationalisme est le premier, en tant que transformation d'un sentiment national entendu comme recherche de liberté, d'indépendance, autour duquel constituer le nouveau « pouvoir constituant »<sup>38</sup>, dans une idée de nation simplement comme puissance. La reprise du catholicisme dans ses différentes formes, de celles spirituelle et dogmatique liées à la politique en tant qu'engagement social d'où était sortie la ligne « démocrate-chrétienne »<sup>39</sup>, à la forme de la négociation entre la sphère cléricale et la sphère étatique avec connotation conservatrice, est le second phénomène.<sup>40</sup>

Fondamentale dans la réflexion de Foa est la description de cette nouvelle phase du capitalisme industriel, avec le nationalisme comme son versant culturel, en passant par la prise de conscience et la radicalisation des classes sociales, en premier lieu des socialistes, sortis de l'illégalité en 1900, guidés par Filippo Turati, et qui trouvèrent dans la démocratie une nouvelle force « libertaire ». Ils expérimentèrent des formes créatives de résistance comme exigence de liberté dans chaque expérience collective: des grèves proclamées sans revendications en tant qu'affirmation seule de leur propre présence, au développement, lent mais constant, d'organisations dans les lieux de travail, qu'elles soient comités, commissions internes ou conseils d'usine.<sup>41</sup> Et pourtant, la crise du contrôle libéral-bourgeois sur la société amènera insensiblement vers l'*expansion*<sup>42</sup>, débouchant sur l'impérialisme comme phénomène global, un ensemble

38 Pour le développement du concept de « pouvoir constituant » à partir des travailleurs en tant que sujets collectifs de l'histoire, faisant l'histoire au même titre que les gouvernements, notamment les neuf leçons sur les *Grundrisse* tenues à l'Ecole Normale Supérieure durant l'année 1978-1979 et maintenant publiées dans NEGRI, *Marx au de-là de Marx* [1996]. Pour une systématisation du concept en droit constitutionnel comparé tirée des différentes typologies de transition constitutionnelle basées tantôt sur la « nation » (telle qu'en France pendant la Révolution d'où surgit la nécessité d'écrire une Constitution et donc d'élire une Assemblée constituante) tantôt sur le « peuple » (telle qu'en Russie, pendant la Révolution d'octobre où au contraire il ne fut pas besoin d'une Constituante), voir MAGLIACANE, *Continuité de la Résistance, rupture de l'histoire* [2016].

39 C'est-à-dire, à ses origines, la ligne d'un catholicisme politique fortement signé par l'« être dans le siècle » en prenant en charge ses problèmes et donc la démocratie comme terrain d'action et d'initiative.

40 Voir les chapitres « L'Europa verso la guerra » et « L'Italia verso la guerra » dans FOA, *Questo Novecento* [1996, 2009]. Le XXe siècle, nous dit encore Vittorio Foa, pourrait être lu comme celui de la montée et du déclin du catholicisme politique. A partir de l'encyclique de Leone XII appelant les catholiques à l'engagement social, les catholiques modérés concordèrent avec le gouvernement Giolitti leur participation à la vie politique: le catholicisme politique, dans ses alternances de conservatisme et d'engagement social, de fascisme et de démocratie, de cléricisme et de spiritualisme religieux, s'est révélé donc une force décisive de l'histoire italienne, une partie intégrante, non distinguable du processus historique lui-même. Du catholicisme politique italien, cependant, il faut rappeler que, même dans ces oscillations, il a toujours donné la plus grande attention aux positions prééminentes dans l'administration, dans l'économie, dans la finance, dans toutes les articulations du pouvoir. Ce jugement est éloquent en considérant les trente ans de gouvernement DC après la *conventio ad excludendum* contre le Parti communiste de 1947 jusqu'au « compromis historique » entre DC et PCI de 1978. Ce qui trouvera sa conclusion tragique dans l'enlèvement d'Aldo Moro par le parti communiste combattant des Brigate Rosse – qui se réfèrent clairement à l'expérience trahie de la Résistance –, période dans laquelle la DC assumera chaque fois les ressemblances, selon la définition exacte des Brigades Rouges, du « Parti-Etat »: de la flexibilité à la ligne de la fermeté dans une improbable interprétation de la raison d'Etat. Pour un approfondissement, BIANCONI, *Eseguendo la sentenza* [2010]; BISCIONE, *Il delitto Moro e le derive della democrazia* [2012]. Aussi notre MAGLIACANE – RUBINO, *Peggio. La violenza, il Reale* [2013].

41 Pour une réflexion sur ce type d'expérience de socialisme immunisé des déterminismes du marxisme le plus orthodoxe, et sur les raisons de son échec, voir FOA, *La Gerusalemme rimandata* [2009].

42 Emblématique de la radicalisation du climat culturel du début du XXe siècle est la prise de position du plus grand théoricien marxien italien, Antonio Labriola, qui en 1902 se déclara ouvertement en faveur de l'occupation de la Tripolitaine. Si dans l'interprétation de

de rapports qui investira la société à tous les niveaux, et produira comme une solution possible la Grande Guerre ; avec elle le fascisme viendra comme expérience de rupture complète dans la tradition de la droite classique. Mieux: comme une « faible hétérogénèse des fins »<sup>43</sup>.

Dans son *Discorso su Giolitti* (1950), discours visant notamment le leader de la Démocratie-chrétienne, Alcide De Gasperi, Togliatti reformule le jugement sur la société italienne en relation au thème de la démocratie, et donc de la capacité de la bourgeoisie italienne de construire une force politique stable (incapacité qui avait permis la montée du fascisme au pouvoir). Le leader communiste, qui s'était imposé, après le tournant de 1945 et la reconstruction d'un système de partis où prévaudra la fonction centriste de la politique, comme figure emblématique, « sincèrement double » dira Foa<sup>44</sup>, en tant que champion de la défense de la démocratie italienne et en tant que chef de l'Internationale communiste, parlera alors d'une « substantielle structure réactionnaire de la société italienne, qui limite toutes les manifestations de démocratie »<sup>45</sup>. La lecture seule en apparence opposée soutenue parmi d'autres par Carlo Levi dans ses écrits politiques<sup>46</sup> et dans le débat qui se déroulait sur la presse, voyait dans le fascisme la représentation d'un prolongement du système démocratique-libéral porté à son paroxysme. La réponse passait donc par un socialisme révolutionnaire, vu comme démocratie directe, et dont la Résistance représentait le temps zéro du passé pour la réalisation des conditions d'une rupture, malheureusement « trahie » comme les pages lucides de *L'Orologio* de Levi nous le racontent à propos de la chute du gouvernement Parri.

#### 4. Etat autoritaire et Etat fasciste dans l'interprétation de l'école de Francfort

Comme l'écrit Herbert Marcuse dans sa préface au recueil de Neumann, saisir le temps présent par une théorie de l'histoire est une « condition préalable à une compréhension satisfaisante des phénomènes sociaux » en ce qu'elle « fournirait les critères d'une critique objective d'institutions sociales particulières » et « permettrait d'évaluer leur fonction et leurs objectifs au regard des potentialités historiques de la liberté humaine »<sup>47</sup>. Ainsi, la structure du droit mise en

---

Benedetto Croce, il s'agissait quand même d'un économisme classique, c'est-à-dire du développement des forces productives comme condition nécessaire à la rupture des rapports de production, ce qui impliquerait inévitablement l'expansion coloniale, d'autres auteurs ont lu cette attitude expansionniste comme un écho de la tradition du Risorgimento italien.

43 C'est-à-dire que dans cette lecture du fascisme, celui-ci aurait interrompu un processus de renouvellement qui sera récupéré après 1945; la tradition démocratique-libérale, après avoir été supprimée par le fascisme à cause de ses faiblesses organiques, se réalisera en partie à travers le système constitutionnel des partis. Dans cette optique, si l'on peut parler d'une rupture dans les années 1943-1948, celle-ci serait justement liée à la Résistance et à l'implantation du PCI. Voir la conversation entre Giovanni De Luna, Carlo Ginzburg et Vittorio Foa sur le Pd'A dans FOA, *Scelte di vita* [2010]. Aussi notre MAGLIACANE, *Continuité de la Résistance, rupture de l'Histoire* [2017].

44 FOA, *Questo Novecento* [1996, 2009: XV].

45 *Discorso su Giolitti*, dans TOGLIATTI, *Opere* [1950, 1984].

46 LEVI, *Il dovere dei tempi* [2004] et *L'Orologio* [1950, 2006].

47 Le texte de Marcuse est publié en français dans NEUMANN, *Béhémoth* [1987: 594].

lumière dans les démarches d'une théorie critique des juristes de Weimar permettrait de fonder une typologie des régimes politiques et distinguer les différents degrés d'assujettissement aux institutions, en dénonçant l'altération de la démocratie sans y voir pourtant une nouvelle variété de totalitarisme. A un autre niveau, l'intuition que révolution et fascisme étaient des éléments de crise de la démocratie, plutôt que des trajectoires autonomes et fondatrices, comme chez Togliatti, cohabite avec la conviction, apparemment allant dans le sens opposé, et présente dans une grande partie de l'œuvre du secrétaire du PCI, de l'« actualité » du communisme. Togliatti semblait nous dire que la critique libérale de Kelsen du communisme était valable dans les pays européens mais non en Russie où la révolution d'Octobre, la constitution de l'Etat soviétique et la même Russie stalinienne obligeaient en effet à une reformulation théorique quant au thème de la Révolution, le seul trait commun à la tradition du pouvoir entre Orient et Occident.

Dans la préface à l'ouvrage *The Democratic and the Authoritarian State*, Herbert Marcuse souligne que Franz Neumann comprit que l'opposition traditionnelle de la démocratie et du totalitarisme était, en regard des faits de l'histoire, inadéquate.<sup>48</sup> Comme le souligne Miguel Abensour dans *La démocratie contre l'Etat*, l'Etat autoritaire se différencie aussi bien de la démocratie que du totalitarisme. A l'inverse de la démocratie, l'Etat autoritaire ne vise pas un état de non-domination, ce qui nous montre bien l'une des limites aussi de la catégorie d'« Etat démocratique » qui consiste justement à occulter l'antagonisme intrinsèque de la démocratie à l'Etat et donc la « démocratie contre l'Etat » en tant que position de la vraie démocratie selon Marx.<sup>49</sup> En d'autres termes, la tension constitutive entre la « tradition libérale » des droits fondamentaux et celle « démocratique » de la souveraineté populaire est occultée.<sup>50</sup> Le fascisme, quant à lui, a investi et d'une certaine façon a détruit aussi la droite classique, celle qui avait placé l'accent sur l'un des deux pôles de la relation entre autorité et liberté, entre la répartition privilégiée et la distribution égalitaire de la richesse, entre l'expansion impériale et la coopération internationale, sans pour autant annuler la relation entre eux. L'organicisme de l'idée progressiste en tant que point de force de la démocratie libérale post-unitaire de l'Etat italien recelait en soi son point de faiblesse: la médiation du gouvernement Giolitti fut bouleversée par les mêmes forces qu'elle avait aidées à se développer, à savoir le capitalisme expansif, impérialiste, et la radicalisation ouvrière. La violation de la légalité démocratique de mai 1915,

48 NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State* [1957].

49 ABENSOUR, *La démocratie contre l'Etat. Marx et le moment machiavélien* [2004]. L'interprétation du totalitarisme chez Abensour s'inscrit dans un projet plus vaste de « critique de la politique » inscrite non plus dans une légitimation du présent mais dans l'horizon utopique d'une émancipation possible. Cela dans le sillage de Claude Lefort de la mise en œuvre, la mise en forme et la mise en scène du concept de liberté politique dans ses différentes dimensions juridique, cognitive et volitive, et de la lecture de Benjamin, d'Arendt, des intellectuels de l'Ecole de Francfort dont l'antitotalitarisme constitue la *pars destruens* du projet politique utopique.

50 Sur ce point, MOUFFE, *The Democratic Paradox* [2000, 2009], qui fait cependant une utilisation « constructive » du concept schmittien du politique par la transformation du modèle antagoniste en un agonistique basé non plus sur la relation amis/ennemis mais sur la reconnaissance respective des « adversaires » qui se confrontent sur la signification qu'il conviendrait de donner aux principes démocratiques de liberté et d'égalité.

qui permettra l'entrée de l'Italie dans le premier conflit mondial, était donc une caractéristique inhérente à cet équilibre pointé. La démocratie comme règle et limite ou simplement comme nécessité de n'importe quel contrôle sur les décisions du gouvernement apparaissait déjà dans toute son intolérabilité.<sup>51</sup>

De la Grande Guerre en Europe naît ce qui sera par la suite dénommé « régime autoritaire de masse », non plus élitare, dynastique, militaire ou clérical, mais de masse puisque au sujet de/du droit est demandée maintenant non plus la seule obéissance, mais aussi sa propre participation. Aucun régime n'est authentiquement fasciste sans un mouvement populaire « qui l'aide à se hisser au pouvoir, à monopoliser l'activité politique et à jouer un rôle majeur dans la vie politique une fois en place, grâce à ses organisations parallèles »<sup>52</sup>. La représentation de l'« Etat double » de Fraenkel, comme le souligne Robert Paxton dans son analyse des dictatures fascistes allemande et italienne, est pour autant incomplète dans la mesure où des éléments extérieurs à l'Etat participent aux affrontements pour la conquête du pouvoir:

Les régimes fascistes italien et allemand ont remplacé par leurs propres organisations des centres de pouvoir traditionnellement indépendants comme les syndicats, les clubs de jeunesse, les associations professionnelles ou de producteurs.<sup>53</sup>

Le parti et ses militants étaient eux-mêmes une force motrice puissante en termes de radicalisation continue. Par ailleurs, à souligner désormais l'incapacité du fascisme à constituer une alternative réelle au libéralisme, notamment à partir de la « politique populaire » mussolinienne du début des années Trente, Togliatti avait déjà écrit à propos de l'inscription forcée au parti fasciste que la question de la « démocratisation » du régime « ne peut même pas être mentionnée sans que des contradictions insurmontables ainsi que des problèmes insolubles émergent partout »<sup>54</sup>.

Contradictions et problèmes que le secrétaire du Parti communiste italien traite de manière complète dans son *Corso sugli avversari* de 1935, sur un terrain plus exquisément théorique en relation aux développements de la société de masse en Europe et au rapport entre institutions et fascisme. Une analyse en ligne avec la réflexion conduite dans les mêmes années

51 « Nel 1914, in ogni singolo paese, il nazionalismo si ricongiunse con le tensioni economiche e sociali e creò le basi del consenso popolare. Il proletario, l'operaio si sentiva improvvisamente proiettato a livello mondiale come soggetto nazionale, come cittadino del suo paese, fuori delle classi, fuori dei partiti ». FOA, *Questo Novecento* [1996, 2009: 25].

52 PAXTON, *Le fascisme en action* [2004: 261-262]. Nous avons vu que les partis pouvaient poser de sérieux problèmes à leur chef.

53 PAXTON, *Le fascisme en action* [2004: 207]. Dans la mesure où l'Allemagne demeurait un pays capitaliste, dont l'économie supposait le marché et la propriété privée des moyens de production, le « totalitarisme » allemand, selon Ernst Fraenkel dans *The Dual State* (1941), était condamné à rester inachevé, combinant en permanence un régime « décisionniste » (*prerogative state*) et le maintien d'un système légal (*normative state*) indispensable à l'existence du capitalisme privé. Des critiques analogues avaient déjà été adressées à l'« Etat total » de Schmitt par Kelsen dans son essai de 1931, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein ?*

54 Voir *L'iscrizione forzata al partito fascista*, in *Lo Stato operaio*, décembre 1932, dans TOGLIATTI, *Opere* [1973: 153-159]. Cette politique « populaire » avait avant tout été le produit de l'impact de la crise économique sur le régime, qui s'orientait ainsi vers une transformation sur la base d'une substantielle autosuffisance, d'un élargissement et un renforcement de sa base sociale pour contenir les contrecoups potentiellement perturbateurs de la crise économique.

sur la *Die Gesellschaft* (1924-1933), la revue théorique de la social-démocratie allemande qui depuis la crise de la République parcourait l'évolution de ses institutions en y saisissant le symptôme de plus grands changements socio-institutionnels jusqu'à parvenir à identifier les trajectoires de changements d'énorme portée.<sup>55</sup> Si les articles de la *Die Gesellschaft* n'étaient pas « fonctionnels » pour un objectif immédiatement politique et qu'ils ne modifièrent en rien la ligne politique suivie par la social-démocratie allemande, la crise de la République de Weimar jeta une lumière spéciale sur une élaboration originale qui indiquait les nœuds centraux par lesquels la démocratie de masse risquait de se transformer en son contraire.<sup>56</sup> Un thème tout à fait contigu aux questions discutées par Togliatti dans ses *Cours*, même si les recherches trouvant place dans la revue sur les formes politiques de l'Occident, commencées en Europe dans les années Vingt, ont parfois connu un glissement dans un sens libéral avec le passage de la langue allemande à celle anglaise depuis les positions socialistes et marxistes d'origine. Sans avoir utilisé le mot « totalitarisme » qui était déjà diffusé dans la presse fasciste et antifasciste, après sa transmigration des pays d'origine – l'Allemagne et l'Italie – envers la France et les Etats-Unis – les deux principales terres d'asile des exilés en fuite des dictatures<sup>57</sup> –, Togliatti s'interrogeait sur la réelle autonomie de cette complexe machinerie sociale, économique et politique mise en mouvement par le régime.

La réponse de Togliatti touchait en effet deux aspects, dont le plus important à long terme sera la politique internationale en tant que dépositaire principale des destins des peuples. Une autre réponse s'imposait, toutefois, par une évaluation de la solidité interne acquise par le régime et mesurable justement à travers l'accomplissement de sa vocation totalitaire par la construction de l'Etat corporatif.

55 Pour une synthèse, MISSIROLI, *Socialdemocrazia, intellettuali e marxismo dalla "Neue Zeit" ai "Die Gesellschaft"* [1984: 29-62].

56 Par exemple, de la crise sur la centralité du Parlement telle qu'elle était décrite dans la Constitution de Weimar, Fraenkel tirait des conséquences plus générales sur la perte de la part du parlement de la fonction fondamentale de porte-voix de l'opinion publique, et donc sur le déclin de l'intérêt politique des masses. Voir les écrits de Ernst Fraenkel sur *Die Gesellschaft* (1929-1932) dans ARRIGO – VARDARO, *Laboratorio Weimar* [1982: 89-131]; aussi BOLAFFI, *Dalla «kollektive Demokratie» al «doppio Stato»* [1985: 1065-1091] et RUSCONI, *La «kollektive Demokratie» di Fraenkel e il corporativismo contemporaneo* [1980: 593-599]. Evidemment, les travaux de Wilhelm Reich, auxquels nous avons précédemment fait référence. Pour une discussion sur Arendt, Neumann, Fraenkel et Kirchheimer et les respectives différences de position, POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo* [1984: 440-452] et SALVATI, *Da Berlino a New York. Crisi della classe media e futuro della democrazia nelle scienze sociali* [2000]. Sur l'influence des travaux de Hannah Arendt sur l'historiographie italienne, GENTILE, *La via italiana al totalitarismo* [2001: 315-339].

57 TRAVERSO, *Le Totalitarisme* [2001: 29]. L'auteur suit ainsi la transmigration de la réflexion sur le totalitarisme de la gauche antifasciste vers le libéralisme anticommuniste dans lequel les problématiques que les exilés avaient importées d'Europe étaient maintenant repensées à partir de catégories nouvelles, telles que l'idée libérale ou républicaine de liberté, « avec le résultat de transformer, par une sorte de métissage, autant la culture de départ que celle d'accueil » (TRAVERSO, 2001: 54). C'est ainsi qu'avant même que la production hollywoodienne multiplie les œuvres engagées dans la lutte « de la liberté contre le fascisme », écrit Marc Ferro, l'identification de la Révolution française avec la Révolution russe et le communisme aboutit à une condamnation générale, au nom des valeurs de liberté qu'incarne la République américaine. « Comme on le voit, l'Amérique apparaît comme une terre de refuge à toutes les époques de son Histoire – et pas seulement au début du XX<sup>e</sup> siècle – dans différentes épopées, telle que *Romance américaine* de King Vidor (1944), ou *America, America* d'Elia Kazan (1963). S'y réfugient successivement des Français, des Serbes, des Grecs, des Arméniens, des Russes – bref, les victimes de toutes les catastrophes historiques ». FERRO, *Cinéma et Histoire* [1977, 1993: 244]. A savoir: des Révolutions. L'antitotalitarisme ouest-allemand, a écrit à ce propos Jürgen Habermas (voir HABERMAS, *L'identité des Allemands. Une fois encore* [1990, 1999: 343]) est devenu la source d'un « anti-fascisme » qui, s'opposant à l'idéologie d'Etat de la RDA, essayait d'évacuer « tout héritage antifasciste et, avec lui, la mémoire du nazisme ».

Dans l'analyse de Togliatti, l'Etat corporatif, qui naît de l'exigence du fascisme de réaligner sa propre idéologie et vocation totalitaire, est en même temps imposé par la contingence d'une crise économique et sociale qui donnait lieu à convulsions et tensions destructives, n'impliquant pas une transformation des nœuds de l'organisation du pouvoir, confirmant, bien au contraire, dans le fascisme les caractéristiques d'une dictature de classe pour ainsi dire « organique ». Par conséquent, chez Togliatti, le terme « totalitarisme » est associé à celui de « capital financier », selon la célèbre expression introduite par Hilferding en 1910, puis reprise par Lénine en 1917 pour définir la symbiose entre capital bancaire et capital industriel dans « la phase suprême du capitalisme ». De même que la définition de « régime réactionnaire de masse » définit la « politique populiste » de Mussolini. Car les masses, une fois identifiables d'un point de vue social, idéologique ou territorial, se transforment dans *la* masse, une immense force nationale organisée par le régime, selon un rythme que le régime lui-même imposerait et qui est synthétisé par Togliatti des *Cours* dans la formule suivante: « il faut organiser la masse, mais donner aux organisations un caractère réactionnaire »<sup>58</sup>.

### 5. L'autoritarisme et l'unité du peuple: deux mythologies qui s'idéologisent

A l'inverse du totalitarisme, l'Etat autoritaire se caractérise par la domination d'un groupe dominant sur l'ensemble de la population avec cette particularité qu'il ne s'agit pas d'une domination immédiate mais *médiatisée*, celle-ci s'effectuant par l'intermédiaire de l'appareil d'Etat, et, selon les penseurs de Francfort, de plus en plus sous la forme d'une déformalisation de la loi. Cette déformalisation est présente dans le rapport entre la guerre et la violence publique et privée, entre la guerre et l'Etat qui organise la société dans sa discipline et même dans son consensus.

Il s'agit donc, et en premier lieu, de la transformation du rapport entre masses et Etat, c'est-à-dire la recherche de formes politiques capables de construire une démocratie moderne suite aux transformations profondes d'une longue période déterminées par ces phénomènes qu'historiens et chercheurs des sciences sociales réunissent sous l'appellation unique de « modernisation » et venues à maturation avec la Grande Guerre. Dans le premier conflit mondial, l'idée de totalitarisme trouve ses origines, se forge et évolue dans un processus historique marqué par la confrontation entre révolution et contre-révolution<sup>59</sup>, inscrit dans un contexte de

58 TOGLIATTI, *Corso sugli avversari* [2010: 81]. Giulio Sapelli a saisi l'horizon le plus innovateur du « message » de Togliatti, non pas tellement dans les suggestions présentes dans la formule de « régime réactionnaire de masse », mais plutôt – et par « un dialogue » avec Mosse, Germani, Deutsch, Barnes, Farneti, Pizzorno – dans le thème de la conciliation entre la dictature bourgeoise et l'autoritarisme moderne. En mode particulier a) dans la transition accomplie sous le fascisme de la mobilisation des masses petites-bourgeoises, qui par leur affirmation détruisaient le patrimoine organisationnel et institutionnel prolétaire, à la nouvelle phase de mobilisation de masse à l'intérieur des cadres de la dictature, opérant depuis 1926; et b) dans la modestie de l'échange politique qui se manifesta dans cette seconde phase, et qui fait lire l'apparat syndical-corporatif comme une coquille vide. Voir SAPELLI, *La classe operaia durante il fascismo* [1981].

59 MAYER, *Dynamics of Counterrevolution in Europe* [1971: 33].

« guerre civile européenne »<sup>60</sup> où le conflit se perpétue dans la « longue durée »<sup>61</sup> et l'idée de la Révolution, c'est-à-dire d'une discontinuité totale, semble condenser en soi-même toutes les possibilités d'un avenir incertain. Tandis que les écrits de Gramsci soulèvent en effet un problème qui, comme justement souligné par Hobsbawm, a rarement été analysé, de ce qui, très exactement, dans le passé, est révolutionné dans une révolution et de ce qui est préservé: le problème de la dialectique entre continuité et révolution.<sup>62</sup>

En réalité, nous avons vu, quand s'ouvre la Résistance en Italie et l'idéologie de l'antifascisme y adhère pleinement en constituant un de ses piliers, il n'y aura aucun écart net, au moins sur le plan du discours culturel, entre les années qui précèdent et celles qui suivent la Libération: c'est-à-dire 1945. C'est qu'il n'y a pas eu la condamnation *populaire* de la guerre, dans l'expression littéraire, parce que les *populistes* sont tous en faveur de la guerre: toute la tradition démocratique du Risorgimento se répand enthousiaste dans cette nouvelle (hypothétique) occasion de renforcement historique et politique.<sup>63</sup> Nonobstant l'écart idéologique avec l'interventionnisme nationaliste, puisque pour la bourgeoisie intellectuelle et les franges de la tradition socialiste et démocratique<sup>64</sup>, l'intervention italienne dans la guerre devait représenter la possibilité de sortir d'une situation stagnante moralement et l'ouverture à un monde favorable à un système international sanctionnant la fin de toutes les guerres, une fois terminée la Grande Guerre, les « interventionnistes démocratiques » se trouvèrent également face à des masses qui regardaient ailleurs.<sup>65</sup>

Il faut dire que l'énorme effort de guerre, soutenu au nom de la patrie par les tendances politiques et intellectuelles les plus diverses et opposées avait fait du « peuple » un concept encore plus

60 « L'idée de l'Etat totalitaire – écrivait Siegmund Neumann en 1942 – est née durant la dernière guerre mondiale, qui devint une guerre totalitaire ». NEUMANN, *Permanent Revolution* [1942: 40]. Pour une synthèse des travaux plus récents, PAVONE, *La seconda guerra mondiale: una guerra civile europea ?* [1994: 86-128].

61 Selon l'acception de processus qu'en donne KOSELLECK, *Le Futur passé* [1990: « Critères historiques du concept de 'révolution' des Temps modernes »].

62 « Gramsci insiste donc sur la révolution non simplement en tant qu'expropriation des expropriateurs, mais également, en Italie, en tant que création d'un peuple, en tant que réalisation d'une nation – en tant que négation et accomplissement du passé à la fois ». HOBSBAWM, *Et le monde changea* [2011, 2014: 348-349].

63 Comme le souligne Alberto Asor Rosa, dans une telle vision si fortement idéologisée et sous plusieurs aspects utopiques aussi, « il popolo è ancora una volta la forza sana della nazione, che si mette al servizio dell'ideale e lo sublima con il proprio sacrificio ». ASOR ROSA, *Scrittori e popolo* [1988: 73].

64 Un témoignage important de l'esprit de « sacrifice » de ces jeunes intellectuels se trouve dans le recueil de lettres des tombés présenté par Adolfo Omodei, *Momenti della vita di guerra* (1934). Beaucoup parmi eux furent par la suite des figures importantes de la lutte antifasciste, tels Ferruccio Parri, Carlo Rosselli, Riccardo Bauer, Ernesto Rossi. Les mêmes idéaux furent peut-être partagés par Togliatti lui-même qui partit volontaire: l'idée, synthétisée efficacement par Vittorio Foa dans ses conversations avec camarades, amis et collègues, était que de la guerre pouvait sortir la paix, un rêve toujours présent dans les courants de quelques façons jacobines, confiantes dans la rupture violente, dans la crise régénératrice.

65 Regardant cette expérience comme la dernière tentative du libérisme bourgeois de sortir de la crise historique tout en « restant soi-même », et faisant sienne l'idée de liberté comme un processus de libération lié au mouvement ouvrier et industriel propre de l'enseignement de Piero Gobetti et de l'expérience turinoise de « Rivoluzione liberale » et de l'« Ordine Nuovo », Vittorio Foa insiste sur le manque d'une ouverture radicale de la classe politique libérale et envers les paysans, qui pourtant étaient en masse avec celle-ci dans les tranchées, et envers les ouvriers: le manque, à savoir, d'un appel non « paternellement du haut et du dehors » à catholiques et socialistes. Bref, « un solido incontro fra quelle correnti democratiche e i partiti di massa avrebbe forse bloccato il fascismo. Ma questo non avvenne ». FOA, *Questo Novecento* [1996, 2009: 48].

figé dans un sens nationaliste et antidémocratique. Ceci ne peut pas être sous-évalué dans l'étude des origines du fascisme. C'est ainsi qu'aux tout débuts, dans la période de formation du mouvement fasciste, le discours prévalent n'était pas (encore) l'individualisme, le culte du héroïsme, l'esthétisme, mais précisément l'autre: celui qui mise décidément sur le ressentiment anti-bourgeois des masses et sur les capacités agitatrices d'une intimation vaguement socialiste, républicaine et surtout révolutionnaire. De ce brouillon d'orianisme, sorelisme et nostalgies démocratiques (culte de Garibaldi et ses « légitimes » prosécuteurs) naît la même position personnelle de Mussolini:

La reale funzione antioperaia del fascismo poteva perciò facilmente travestirsi di un corredo di atteggiamenti populistici.<sup>66</sup>

Les masses chez Togliatti – suivant ici l'analyse de Heller – n'étaient plus identifiables uniquement comme un phénomène de la lutte de classe: il s'aperçoit, le premier, que sur le plan de la réflexion historique, la première guerre mondiale avait rendu irréversible la cession de la souveraineté aux masses, celles-ci constituant désormais un facteur d'instabilité que la crise économique ne faisait qu'accroître jour après jour et, paradoxalement, le majeur élément d'instabilité au sein du régime fasciste.<sup>67</sup>

L'analyse de Togliatti de 1935 pourrait apparaître comme un aboutissement de l'analyse du juriste de Weimar, dans la mesure où cette dernière peut être considérée jusqu'à présent comme une efficace histoire des idéologies politiques et juridiques et des institutions de la période fasciste et pré-fasciste, sa limite consistant dans le fait de considérer le monde des « valeurs » en soi, comme isolé du contexte économique et social. Puisque les contenus économiques et sociaux, en revanche, comme le souligne Johannes Agnoli, ne sont pas interchangeables car ils n'expriment pas les contenus de l'idéologie mais de la pratique, l'histoire du fascisme, en d'autres termes, peut être comprise et évaluée scientifiquement comme histoire dans un sens fort et non comme pure histoire de l'idéologie.<sup>68</sup> Le même impératif de l'unité du peuple dans l'Etat, voire la confiance dans l'Etat comme moment d'intégration et de pacification des conflits politiques et sociaux, qui est une composante fondamentale de la *Staatslehre* chez

66 ASOR ROSA, *Scrittori e popolo* [1988: 80]. Ainsi, dans un discours aux ouvriers de Dalmine, le 20 mars 1919, Benito Mussolini reliait la consécration au rôle développé par les ouvriers et les paysans pendant la guerre patriotique à la valeur éthique du travail: « È il lavoro, che nelle trincee ha consacrato il suo diritto a non essere più fatica, misera o disperazione, perché deve diventare gioia, orgoglio, creazione, conquista di uomini liberi nella patria libera e grande, entro e oltre i confini ». Cité dans VOLPE, *Storia del movimento fascista* [1939: 28].

67 C'est la distance avec Heller, en suivant la lecture qu'en donne Carlo Amirante dans son dense essai introductif à *Europa und Fascismus*: L'elemento che consente a Mussolini ed al movimento fascista di presentare la soluzione corporativa quale alternativa al capitalismo liberale ed al comunismo, quale 'terza via' è appunto la sua capacità di proporsi come garante della modernizzazione capitalistica all'insegna di una strategia di integrazione della lotta di classe e del principio della « sovranità dell'interesse nazionale ». È proprio questo aspetto che viene qui in sostanza trascurato ed altrove considerato in modo insufficiente. Ainsi: Questo punto debole della critica dell'ideologia di Heller gli impedisce fra l'altro di cogliere i peculiari aspetti economici e sociali dei problemi analizzati per cui viene trascurato proprio l'aspetto centrale, cioè la 'necessità' per il movimento fascista, nella sua fase di sviluppo, di una polemica col capitalismo moderno e con concezioni ad esso immanenti. AMIRANTE, *Premessa a Heller, L'Europa e il fascismo* [1931, 1985: 18].

68 AGNOLI, *Zur Faschismus-Diskussion* (II), in *Politologie*, 4 [1968: 36-38].

Heller<sup>69</sup>, crée presque un pont vers les conceptions de Smend et de Schmitt et au-delà des diverses positions politique-idéologiques de ces trois auteurs.<sup>70</sup>

## 6. La conception de l'État et de la Constitution chez Smend et Heller

La référence à Rudolf Smend semble intéressante dans ce contexte par l'idée de *Kultur* opposée à l'idée française de Civilisation<sup>71</sup>, que les pages de son célèbre ouvrage de 1928, *Verfassung und Verfassungsrecht*<sup>72</sup>, reprennent à un niveau juridique. Et par la systématisation complexe des pouvoirs, fondée sur l'intégration comme processus circulaire qui en confirme cependant les ambivalences incontournables et les ambiguïtés idéologiques ; *et* par l'idée de l'Etat comme totalité, non de pouvoirs mais de valeurs, que la dissolution de la forme monarchique avait remise en question mais qu'il est possible de proposer à nouveau sur la base de la théorie des fonctions. Plus spécifiquement, qu'il est possible de dépister dans cette activité spécifique à laquelle est confiée la tâche de l'intégration et qui vient donc se trouver au sommet de l'Etat: le gouvernement. Celui-ci, dans la construction smendienne de la doctrine de l'Etat, ne serait pas simplement le nouveau protagoniste du système des pouvoirs qui briserait la classification tripartite des pouvoirs de l'Etat tout en contaminant la juridicité de la structure, mais il devient le moment où se réalise et se rend visible l'essence même étatique. Certes, une réalité spirituelle, appartenant au « monde de la Kultur »<sup>73</sup>, mais non moins capable de substantier la fiction de la personne juridique faisant de l'Etat et du droit deux « provinces »<sup>74</sup> distinctes et accomplies de la vie spirituelle.

69 Sur ce point, voir le recueil des écrits méthodologiques de Heller sous la direction de Pasquale Pasquino dans HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato* [1987b]. Chez Heller, les critiques au normativisme kelsenien débouchent dans la proposition d'une *Staatslehre* comme une *politische Wissenschaft* capable de sauvegarder la spécificité du juridique – et donc de l'Etat – par un syncrétisme méthodologique pouvant conjuguer la dogmatique juridique avec la complexité historique et sociologique de la dimension constitutionnelle, et par là même récupérer l'Etat comme « sujet historique-politique ». HELLER, *Osservazioni sulla problematica attuale della teoria dello Stato e del diritto* [1929, 1987b: 371].

70 Sur ce point, des indications intéressantes chez PREUSS, *Dominio politico e sistema costituzionale* [1985: 29 et ss].

71 L'idée française de *Civilisation* était dérivée de la Révolution et se concrétisait dans les institutions démocratiques, dans la possibilité de vote des citoyens, dans la garantie des droits individuels, que les Allemands ne rejetaient certainement pas. Ils pensaient cependant posséder dans leur tradition culturelle un élément ultérieur et supérieur représenté par l'identité humaine, retrouvée dans la philosophie: l'affirmation du potentiel moral de l'individu qui transcende chaque élément contingent de l'histoire institutionnelle. Plus proche de l'idée de *Civilisation* exprimée par la doctrine publiciste française, entre autres par Carré de Malberg, par ailleurs critique sous plusieurs aspects de la prééminence du Parlement dans les équilibres constitutionnels de la Troisième République, Herman Heller offre des solutions faisant appel aux notions classiques du droit public, telles que celle de peuple, de souveraineté populaire, de représentation, de volonté générale, dont la Constitution de Weimar est constituée mais dont les constitutionnalistes allemands n'ont pas encore compris l'importance. Tout particulièrement, la souveraineté populaire représente un fruit trop récent et précaire de la réalité constitutionnelle allemande pour que l'on puisse mettre de côté, en la stigmatisant, une « fiction grossière » des constituants de 1789, ainsi que le fait Hans Kelsen dans *Das Problem des Parlamentarismus* de 1925.

72 Voir la traduction italienne SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 60 et ss.], avec une intéressante introduction de Gustavo Zagrebelsky.

73 ZAGREBELSKY, *Introduzione* [1928, 1988: 10]. En sauvetage de la réalité spirituelle de l'Etat, mais passant de l'intégration fonctionnelle à l'intégration matérielle, contribuent également les droits fondamentaux: les *Grundrechten* se découvrent ainsi comme des facteurs centraux de l'intégration dans un processus de « communautarisation » qui révèle le moment fondateur de légitimation d'un « univers de valeurs pour l'essentiel non problématique » dont la monarchie était le symbole et la représentation. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 183].

74 SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 169].

L'Etat comme « *realer Willensverband* », comme « union réelle de volontés », construit comme un « mouvement circulaire » capable de réaliser l'unité d'action d'une volonté commune par la communautarisation des volontés individuelles<sup>75</sup>, est déjà *préconstitué* dans la *Staatslehre* comme totalité de valeurs, comme communauté de vie spirituelle dotée de sens. Tout en citant un passage chez Heller soulignant que l'on ne pourra jamais mettre assez en garde contre la conception qui fait consister « l'Etat dans un ensemble d'actions humaines, d'une part, et l'Etat dans un ordonnement idéal, d'autre part »<sup>76</sup>, l'individuation de trois types d'intégration – personnelle, fonctionnelle et matérielle – lui permet de garantir la démonstration de l'existence de l'Etat comme synthèse sociale.<sup>77</sup>

Le parcours méthodologique de Heller, qui l'amène à l'affirmation de « la réalité de l'unité étatique et de la volonté de l'Etat », et qui se fonde sur les potentialités unificatrices de la décision souveraine, n'a rien à voir avec un processus d'intégration, mais plutôt avec la recherche d'une source de validité de l'ordre juridique qui soit étrangère à sa logique normative et découlant directement de la richesse sociologique du politique. La souveraineté, dans son incontournableité théorique, exprime en premier lieu, sur un plan méthodologique, un « problème sociologique du droit et éthique de la liberté »<sup>78</sup> – ici l'attaque est adressée à Kelsen – à investiguer dans la « situation normale formalisée par le droit »<sup>79</sup>. D'ailleurs, les « options politiques de qui résout le conflit politique-social dans un droit d'exception » ne sont-elles pas déjà évidentes ?<sup>80</sup> C'est la question que pose réthoriquement Heller (en se référant idéalement à Schmitt).

Il s'agit de retracer dans l'historicité et l'éthicité du processus de formation une unité souveraine de la volonté et une source de validité du droit, en pleine cohérence donc aux nouveautés constitutionnelles de l'après-guerre et à la dissolution du principe monarchique, conduisant à un normativisme qui n'unifie pas seulement pour empêcher une (incontournable) *regressio ad infinitum* et qui ne signifie pas simplement une unité de type logique-systématique. Une unité retracée dans le même processus historique par la formation progressive d'un sujet

75 En réalité, Smend ne parviendrait pas à identifier l'Etat dans un super-sujet tel que Kelsen semble le croire dans sa critique de la « vie naturelle de l'Etat » ou bien de l'organicisme smendien; se référant à la notion de « cercle clos », l'Etat est considéré comme *Gesamterlebnis*. Par conséquent, ce n'est pas une personne superindividuelle, car la totalité est et demeure la seule « structure unitaire » des participations individuelles à l'expérience complète vécue. Voir SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 71]. L'incommunicabilité entre les deux juristes ne dépend pas uniquement d'une évaluation différente de la méthode phénoménologique de Litt (voir LUTHER, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione* [1987: 187-190]), car pour Kelsen il faut rejeter la prétention théologique d'un Etat qui puisse aboutir à la dimension normative avec déjà ses propres lois, nécessaires et immuables, de ce fait démontrant de posséder une réalité et une unité déjà définies indépendamment de son identification à l'ordre juridique, lui apparaissant comme une insoutenable *realer Geist*, réel et idéal ensemble.

76 HELLER, *La sovranità* [1987b: 149].

77 Sur les trois types d'intégration, GOZZI, *La crisi della dottrina dello stato nell'età di Weimar* [1987: 144].

78 HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato* [1987b: 51].

79 HELLER, *La sovranità* [1987b: 149].

80 HELLER, *La sovranità* [1987b: 131].

adéquat de la souveraineté, une « volonté réelle », c'est-à-dire un sujet capable de décider et donc de positiver l'ordre juridique.<sup>81</sup> Par conséquence, l'Etat ne devient pas, comme « auto-formation politique »<sup>82</sup> une « réalité spirituelle », mais simple « action collective humaine »<sup>83</sup>.

Les différents rôles des personnes – le problème des leaders (*Führung*) –, des fonctions – élections, débats parlementaires, formation du cabinet, referendum populaire<sup>84</sup> – et des valeurs – véritable moment théologique de réalisation d'une totalité – dans la détermination d'une « communauté dominante »<sup>85</sup> constituent en revanche l'objet même d'une doctrine de l'Etat chez Smend, en dévoilant la « loi structurelle »<sup>86</sup> qui demeure à son tour contraignante pour la théorie constitutionnelle même. La théorie des fonctions se limite donc à décrire la contribution de chaque pouvoir au processus d'intégration ; ce sont les valeurs réalisées par les différents pouvoirs à guider ce nouveau schéma de classification.

Une fois annoncé le « miracle » de l'existence de l'Etat – selon l'expression critique utilisée par Kelsen pour souligner la différence de principe entre *normative Staatslehre* et *Integration Theorie* –, l'Etat maintient sa « substance spécifique » devant « la réglementation juridique à travers sa constitution »<sup>87</sup>. Comme l'a efficacement remarqué Zagrebelsky dans son essai introductif à Smend, la constitution ne peut qu'avoir un caractère secondaire, puisque son « sens » ne peut se référer qu'à un processus d'intégration dont – sur le plan théorique de la doctrine de l'Etat – les lois nécessaires de son développement sont déjà déterminées.<sup>88</sup> Ainsi, les conflits entre forces politiques et sociales ne sont pas sauvegardés dans leur tension constitutive, spécifiquement dans le texte constitutionnel en tant que la forme de la rationalisation

81 Voir, plus spécifiquement, « Sovranità e positività » et « La realtà dell'unità statale e della volontà dello Stato », dans HELLER, *La sovranità* [1987b].

82 SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 125]

83 HELLER, *La sovranità* [1987b: 148]. En fait, Smend lui-même reconnaît par la suite avoir « surévalué la structure unitaire de l'Etat en lieu de la comprendre comme une simple unité d'action », selon les thèses de Heller. SMEND, *Dottrina dell'integrazione* [1956: 278].

84 L'intégration fonctionnelle concerne les formes et les procédures qui – de même que pour le leader de l'intégration personnelle – contribuent à la formation et à la préservation de l'unité politique. Smend énumère différents types d'intégration fonctionnelle, par exemple en faisant mention des rythmes et des chansons utilisées dans le développement de certains travaux manuels, des formes liturgiques et des rites de religions différentes, des défilés militaires et des exercices de gymnastique. Sur le plan proprement politique, l'intégration fonctionnelle peut être contractuelle ou liée à la *Herrschaft*. La première est celle des régimes parlementaires et concerne la « lutte constitutionnellement prévue de type parlementaire ou plébiscitaire ». SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 97]. Il convient cependant de souligner que Smend ici ne se réfère pas tant à la rationalité de ces procédures, à leur capacité à produire des lois orientées vers le bien commun, mais plutôt au fait qu'elles « intègrent, à savoir créent chaque fois, pour leur part, l'individualité politique du peuple dans son ensemble » (SMEND, 1988: 94). À cette même fin est orientée la *Herrschaft*: « l'assujettissement à la même *Herrschaft* sous tous ses aspects – écrit Smend – signifie aussi et surtout, à côté de la communauté de valeurs qui en est conditionnée, la communauté d'expériences de vie liées à ces fonctions formelles de la communauté » (SMEND, 1988: 98).

85 SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 101].

86 SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 101].

87 SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 148]. Nous citons la version italienne en raison de l'introduction de Gustavo Zagrebelsky à laquelle nous ferons référence à maintes reprises.

88 ZAGREBELSKY, *Introduzione* à Smend, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 25]. Pour Smend, en effet, « la constitution est l'ordre juridique de l'Etat, plus précisément de la vie où celui-ci trouve sa réalité, c'est-à-dire de son processus d'intégration ». SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 150].

juridique du conflit social et des forces qui l'expriment<sup>89</sup>, mais déjà composés dans une nouvelle synthèse, la loi structurelle de l'Etat qui n'exalte pas le conflit mais au contraire le détermine *a priori*. Ce qui est particulièrement évident pour les partis politiques dans la systématisation smendienne. Si pour les organes suprêmes la règle est de « coopération intégrative », celle-ci n'est justement pas valable « pour les forces politiques sur lesquelles s'appuie la constitution », et pourtant, cette « intégration négative » valable pour les partis et les groupes parlementaires est comprise plutôt dans le sens de « ne pas déranger le processus d'intégration »<sup>90</sup>: intégration et dimension politique – au moins celle conflictuelle – continuent à être séparées sans pour autant être problématisées.<sup>91</sup>

Or, selon « le plus weimarien parmi les juristes italiens », Costantino Mortati, les raisons de l'effondrement de Weimar peuvent être vues dans « l'absence d'une démocratisation des corps intermédiaires, de leur effective utilisation et de leur coordination, outre dans les rapports réciproques, même dans les rapports avec l'Etat »<sup>92</sup>.

Tout cela est important dans la mesure où il est possible de repérer ou récupérer des espaces de résistance dans l'idée de Constitution: l'expérience de Weimar signifiait avant tout le refus, le dépassement du préfascisme, de l'Etat libéral du XIX<sup>e</sup> siècle.

## Références bibliographiques

- ABENSOUR, Miguel. Pour une philosophie politique critique? *Tumultes*, n. 17-18, 2002, p. 207-258.
- \_\_\_\_\_. *La démocratie contre l'Etat: Marx et le moment machiavélien*. Paris: Félin, 2004.
- AGNOLI, Johannes. Zur Faschismus-Diskussion (II). *Politologie*, n. 4, 1968, p. 36-38.
- AGOSTI, Aldo (org.). *Togliatti e la fondazione dello stato democratico*. Milano: Franco Angeli, 1986.
- ARRIGO, Gianni; VARDARO, Gaetano. *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*. Roma: Lavoro, 1982.

89 BASSO, *Il principe senza scettro* [1958, 1998].

90 SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928, 1988: 277].

91 Par ailleurs, trente ans après, Smend même écrit à propos de la doctrine de l'intégration avoir accentué l'aspect de l'unification plutôt que celui de la spécificité du droit et donc des tensions existantes entre faits et normes. Voir SMEND, *Dottrina dell'integrazione* [1956: 277]. Le processus d'intégration ne constituait donc pas qu'une simple image pour décrire la confrontation entre les forces politiques, dans ce sens plus générique d'« intégration politique » propre au démocratisme libéral de Hans Kelsen qui se réfère simplement à la « nécessité des coalitions des partis » dans son écrit *Das Problem des Parlamentarismus* (1925) et, toujours en se référant à la démocratie et au principe majoritaire, déjà dans *Wom Wesen und Wert der Demokratie* (1920-21) met en garde sur les effets d'une super-évaluation, vu que « die Praxis der Demokratie könne niemals vollkommen erreichen, was ihre Theorie in der Fiktion voraussetzt: die Einheit des Volkes ». Chez Smend, il devrait être désormais clair, il s'agit du mode même de se « réaliser » de la réalité spirituelle de l'Etat.

92 MORTATI, *Introduzione alla costituzione di Weimar* [1946, 1972: 345]. « Toute société dont émerge et à laquelle se trouve associée une formation étatique particulière possède sa normativité intrinsèque, qui lui vient précisément de la façon dont elle s'ordonne autour de forces ou de fins politiques ». MORTATI, *Costituzione*, entrée de l'*Enciclopedia del diritto* [145]. Aussi MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* [1940, 1998]. C'est donc sur la base de la « constitution matérielle » que « la constitution formelle est délimitée par les forces constituant politiquement la société: elles forment la constitution matérielle à travers d'incessants compromis institutionnels. Ce n'est pas une norme préexistante, mais un mouvement incessant qui est à la base de la constitution et qui en détermine le dispositif dynamique ». NEGRI, *Le pouvoir constituant* [1992, 1997: 13].

- ASOR ROSA, Alberto. *Scrittori e popolo*. Torino: Einaudi, 1988.
- BASSO, Lelio. *Il principe senza scettro*. Milano: Feltrinelli, 1958.
- BENTHOUMI, Hourya; GRANGÉ, Ninon; KUIPEC, Anne; SAADA, Julie (orgs.). *Le souci du droit. Où en est la théorie critique?* Paris: Sens & Tonka, 2009.
- BIANCONI, Giovanni. *Eseguendo la sentenza*. Torino: Einaudi, 2010.
- BISCIONE, Francesco M. *Il delitto Moro e le derive della democrazia*. Roma: Ediesse, 2012.
- BOLAFFI, Dalla “kollektive Demokratie” al “doppio Stato” nell’analisi di Ernst Fraenkel. In: COLOTTI, Enzo (org.). *L’Internazionale operaia e socialista tra le due guerre*. Milano: Feltrinelli, 1985, p. 1065-1091.
- CALAMANDREI, P.; CASSESE, S.; UNGARI, P; et al. *Il regime fascista*. Bologna: Mulino, 1974.
- CERRONI, Umberto. *Marx e il diritto moderno*. Roma: Editori Riuniti, 1972.
- DE FELICE, Renzo. *Il fascismo. Le interpretazioni dei contemporanei e degli storici*. Bari: Laterza, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Le interpretazioni del fascismo*. Bari: Laterza, 2000.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *L’Anti-Œdipe: capitalismo et schizophrénie*. Paris: Éditions de Minuit, 1972.
- DERRIDA, Jacques. *Séminaire La bête et le souverain*. Vol. 1 (2001-2002). Paris: Galilée, 2008.
- DOGLIANI, Mario. La concezione della Costituzione in Togliatti. In: MONINA, Giancarlo; GUERRIERI, Sandro; FRANCESCHINI, Claudia (orgs.). *Le idee costituzionali della Resistenza*. Roma: Presidenza del consiglio dei ministri, 1997.
- FERRO, Marc. *Cinéma et histoire*. Paris: Folio, 1993.
- FOA, Vittorio. *La Gerusalemme rimandata*. Torino: Einaudi, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Questo Novecento*. Torino: Einaudi, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Scelte di vita*. Torino: Einaudi, 2010.
- GENEL, Katia. *Autorité et émancipation: Horkheimer et la théorie critique*. Paris: Payot, 2013.
- GENTILE, Emilio. *La via italiana al totalitarismo*. Roma: Carocci, 2001.
- GOLINO, Enzo. *Parola di Duce*. Milano: Rizzoli, 2010.
- GRAMSCI, Antonio. *La costruzione del partito comunista 1923-1926*. Torino: Einaudi, 1971.
- HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie*. Paris: Gallimard, 1997.
- \_\_\_\_\_. *L’espace public*. Paris: Payot, 1988.
- \_\_\_\_\_. L’identité des Allemands. Une fois encore. In: *Écrits politiques*. Paris: Flammarion, 1999, p. 319-344.
- HELLER, Hermann. *L’Europa e il fascismo*. Milano: Giuffrè, 1987.
- \_\_\_\_\_. *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*. Milano: Giuffrè, 1987.
- HOBBSBAWM, Eric. *Et le monde changea*. Arles: Actes Sud, 2011.
- HORKHEIMER, Max. *Théorie traditionnelle et théorie critique*. Paris: Gallimard, 1974.
- KELSEN, Hans. *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*. Milano: Il Saggiatore, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Socialismo e Stato: una ricerca sulla teoria politica dei marxismo*. Bari: De Donato, 1978.

- KIRCHHEIMER, Otto. The legal order of National Socialism. *Studies in philosophy and social science*, v. 9, n. 3, 1941, p. 456-475.
- KOSSELLECK, Reinhart. *Le Futur passé*. Paris: EHESS, 1990.
- LEVI, Carlo. *Il dovere dei tempi*. Roma: Donzelli, 2004.
- \_\_\_\_\_. *L'Orologio*. Torino: Einaudi, 2006.
- LEVINAS, Emmanuel. *Quelques réflexions sur la philosophie de l'hitlérisme*. Paris: Payot et Rivages, 1997.
- LUZZATTO, Sergio. *Il corpo del duce*. Torino: Einaudi, 2011.
- MAGLIACANE, Alessia; RUBINO, Francesco. *Forme e crisi della norma-stato*. Trento: Uniservice, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Peggio. La violenza, il Reale*. Trento: Tangram, 2013.
- MAGLIACANE, Alessia. *Continuité de la Résistance, rupture de l'Histoire*. Firenze: Classi Edizioni, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Emanciper la bourgeoisie! Le marxisme malchanceux de Gramsci e Gobetti*. Firenze: Classi Edizioni, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Imago of Revolution*. Firenze: Classi Edizioni, 2015.
- \_\_\_\_\_. A testa in giù. Introduzione alla psicologia di massa di una costituzione antifascista. In PAGLIARINI – RIBEIRO (orgs.). *Sociedades e Direito*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, pp. 18-41.
- MARX, Karl. Per la critica dell'economia politica (1959). In: *Opere*. Vol. 30. Roma: Editori Riuniti, 1986, p. 295-452.
- MAYER, Arno J. Dynamics of counterrevolution in Europe. New York: Harper & Row, 1971.
- MISSIROLI, Antonio. Socialdemocrazia, intellettuali e marxismo dalla “Neue Zeit” ai “Die Gesellschaft”. *Passato e presente*, n. 6, 1984, p. 29-62.
- MORTATI, Costantino. *Introduzione alla costituzione di Weimar*. In: *Raccolta di scritti*. Vol. 4. Milano: Giuffrè, 1972.
- \_\_\_\_\_. *La Costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1940.
- MOSSE, George. *L'uomo e le masse nelle ideologie nazionaliste*. Bari: Laterza, 1980.
- \_\_\_\_\_. *La nazionalizzazione delle masse*. Bologna: Mulino, 2004.
- \_\_\_\_\_. *La révolution fasciste. Vers une théorie générale du fascisme*. Paris: Seuil, 2003.
- MOUFFE, Chantal. *The democratic paradox*. New York: Verso, 2009.
- MÜLLER, Christoph. Hans Kelsens Staatslehre und die marxistische Staatstheorie in organisationslogischer Sicht. In: *Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie*. Wien: Manz, 1978, p. 167-261.
- NATTA, Alessandro. *Togliatti in Parlamento*. Roma: Editori Riuniti, 1988.
- NEGRI, Antonio. *Marx au de-là de Marx*. Paris: L'Harmattan, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Le pouvoir constituant*. Paris: PUF, 1997.
- NEUMANN, Franz. *Béhémoth*. Paris: Payot, 1987.
- \_\_\_\_\_. Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft. *Zeitschrift für Sozialforschung*, n. 6, 1937, p. 542-596.
- \_\_\_\_\_. *The democratic and the authoritarian State*. New York: Free Press, 1957.

- NEUMANN, Sigmund. *Permanent Revolution*. New York: Harper and brothers, 1942.
- PAVONE, Claudio. La seconda guerra mondiale: una guerra civile europea? In: RANZATO, Gabriele (org.). *Guerre fratricide*. Torino: Bolatti Boringhieri, 1994, p. 86-128.
- PAXTON, Robert O. *Le fascisme en action*. Paris: Seuil, 2004.
- POLLOCK, Frederick. Is National Socialism a New Order? *Studies in philosophy and social science*, v. 9, n. 2, 1941, p. 440-445.
- \_\_\_\_\_. State Capitalism: its possibilities and limitations. *Studies in philosophy and social science*, v. 9, n. 2, 1941, p. 200-225.
- POMBENI, Paolo. *Demagogia e tirannide: uno studio sulla forma-partito del fascismo*. Bologna: Mulino, 1984.
- PORTINARO, Pier Paolo. Staatslehre und sozialistischer Dezisionismus. In: MÜLLER, C.; STAFF, I. (orgs.). *Der soziale Rechtsstaat. Gedachtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933*. Baden-Baden: Nomos, 1984, p. 573-584.
- QUAZZA, Guido. Storia del fascismo e storia d'Italia. In: QUAZZA, Guido (org.). *Fascismo e società italiana*. Torino: Einaudi, 1973, p. 5-43.
- RUNCINI, Romolo. *La parola e il gesto dal futurismo al fascismo*. Napoli: La Città del Sole, 2008.
- RUSCONI, G.E. La «kollektive Demokratie» di Fraenkel e il corporativismo contemporaneo. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2, 1980.
- SAPELLI, Giulio. *La classe operaia durante il fascismo*. Milano: Feltrinelli, 1981.
- SALVATI, Mariuccia. *Da Berlino a New York: crisi della classe media e futuro della democrazia nelle scienze sociali*. Milano: Mondadori Bruno, 2000.
- SCHEUERMAN, William E. *Between the Norm and the Exception: the Frankfurt School and the Rule of Law*. Cambridge: MIT Press, 1997.
- SCHEUERMAN, William E. (org.). *The rule of law under siege*. Berkeley: University of California Press, 1996.
- SCHMITT, Carl. *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.
- SERRA, Maurizio. Sui miti fascisti e la crisi storica dell'umanesimo borghese negli anni trenta. *Storia contemporanea*, n. 4/5, 1983, p. 577-601.
- SMEND, Rudolf. *Costituzione e diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1988.
- TOGLIATTI, Palmiro. *Corso sugli avversari: le lezioni sul fascismo*. Torino: Einaudi, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Opere*. 6 vols. Roma: Editori Riuniti, 1973-1984.
- TRAVERSO, Enzo. *Le totalitarisme*. Paris: Seuil, 2001.

## SOBRE O AUTOR:

**Alessia Magliacane (Nápoles, 1979),**

Vive em Paris, onde é pesquisadora no Centre Georg Simmel e doutora em Direito e Ciências Sociais na École des Etudes etudes en ciências sociais de Paris e em Estética e estudos culturais na Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. *Visiting Professor* da UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) e da UFBA (Universidade Federal de Salvador da Bahia), suas atividades de pesquisa são focadas sobre os aspectos filosóficos da Revolução ao longo das épocas e as lutas das resistências europeias na era contemporânea até hoje. Suas publicações, traduzidas em diferentes idiomas, incluem dentre as principais mais recentes: *Rosa, Lénine et la Révolution* (2019); *Zero. Revolução e crítica da Raison* (2017); *To Blue* (2017) sobre Black music e Black power; *The Imago of Revolution* (2017) sobre consciência de classe e psicanálise; *Sade. The Beijing Conference* (2015), focada na violência revolucionária na literatura e na psicanálise a partir de Sade; *Peggio. La violenza, il Reale* (com Francesco Rubino, 2013) focado no “affaire Moro” em quanto golpe italiano; *Un monde parfait. Géographies de l’Amérique imaginaire* (2013) e *Monstres, fantasmes, dieux, souverains* (2012) sobre a contração simbólica da mente em Sade, Dick, Planck e Bene. Atualmente, ela dirige a editora Classi e é diretora da revista política internacional *Sovrastrutture* e colunista do jornal *Tribuna da Bahia*.

# DEMOCRAZIA, COSTITUZIONE E MUTAMENTO SOCIALE

---

DEMOCRACY, CONSTITUTION AND SOCIAL CHANGE

DESC  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

# DEMOCRAZIA, COSTITUZIONE E MUTAMENTO SOCIALE

## DEMOCRACY, CONSTITUTION AND SOCIAL CHANGE

---

**Valentina Paze**

Università degli Studi di Torino

valentina.paze@unito.it

www.didattica-cps.unito.it/persone/valentina.paze

---

**Riassunto:** Costituzione e mutamento sociale. Rivoluzione come movimento e come mutamento. Diritti sociali. Bilancio pubblico. Democrazia e vincoli “anti-sociali”.

**Parole chiavi:** Mutamento sociale. Diritti sociali. Democrazia.

**Abstract:** Constitution and social change. Revolution as a movement and as changing. Social rights. Public budget. Democracy and “anti-social” constraints.

**Keywords:** Social change. Social rights. Democracy.

1. In un scritto intitolato *La resistenza all'oppressione oggi*, Norberto Bobbio scrive: “il processo che diede luogo allo Stato liberale e democratico si può ben chiamare un processo di ‘costituzionalizzazione’ del diritto di resistenza e di rivoluzione”.<sup>1</sup>

In questo passo sono contenute due tesi distinte. Per un verso, riferendosi allo Stato liberale (qui inteso come Stato costituzionale), Bobbio sostiene che rende superfluo l'esercizio del diritto di resistenza contro i sovrani che abusano del loro potere. L'“appello al cielo” di Locke lascia il passo all'“appello ai giudici”, in particolare a quelli della Corte costituzionale, incaricati di vigilare affinché il potere politico non travalichi i limiti ad esso assegnati dalla carta fondamentale, violando i diritti delle persone e dei cittadini. In secondo luogo Bobbio si riferisce allo Stato democratico come a quel regime che legalizza e regola il ricorso alla rivoluzione: “l'istituto del suffragio universale può essere considerato il mezzo attraverso cui avviene la costituzionalizzazione del potere del popolo di rovesciare i governanti, se pure [...] entro i limiti di regole prestabilite, di un potere che prime era riservato esclusivamente al fatto rivoluzionario”.<sup>2</sup>

---

1 N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 165.

2 Ivi, p. 167.

Bobbio sembra qui interpretare l'idea di rivoluzione in modo riduttivo, ponendo l'accento sul “rovesciamento dei governanti”, senza nulla aggiungere in merito alla radicalità del cambiamento possibile. Altrove, aveva invitato a distinguere due dimensioni dell'idea moderna di rivoluzione, che stanno tra loro in un rapporto di causa-effetto, o di mezzo-fine: il *movimento* e il *mutamento*.<sup>3</sup> Il *movimento* rivoluzionario si distingue da altri possibili forme di azione collettiva per il suo carattere improvviso, illegale, violento. Si differenzia dunque in particolare dal riformismo, che si propone di trasformare la realtà in modo graduale e progressivo, rimanendo entro i confini della legalità. Il *mutamento* rivoluzionario si distingue da altri tipi di mutamento essenzialmente per il suo carattere radicale. Non consiste nel semplice ricambio della classe dirigente, e neanche nel solo passaggio da una forma di governo all'altra, ma in una trasformazione che va in profondità, investendo la sfera economico-sociale, oltre a quella politica.

Credo di non forzare il pensiero di Bobbio attribuendogli la tesi che la democrazia – e specificamente la democrazia costituzionale – offre la possibilità di realizzare la rivoluzione come mutamento (o fine), senza il bisogno di ricorrere alla rivoluzione come movimento (o mezzo). Essa offre in particolare ai ceti subalterni un canale per esprimere le loro rivendicazioni e realizzare un progetto di società giusta, senza rompere con la legalità e senza ricorrere alla violenza. Spostando la lotta di classe dalle piazze alle aule parlamentari.

L'interpretazione di Bobbio del rapporto tra democrazia e rivoluzione che ho qui richiamato è diametralmente opposta a quella che è stata proposta da Sheldon Wolin, per il quale la democrazia, una volta istituzionalizzata e racchiusa entro la cornice di regole costituzionali, conduce alla “suppression of revolution”. Non alla realizzazione della rivoluzione con altri mezzi, ma alla neutralizzazione, o comunque a un serio infiacchimento, di ogni spinta verso un cambiamento autentico.<sup>4</sup>

Per capire la posizione di Wolin bisogna tenere presente che egli distingue due accezioni tra loro molto diverse di democrazia. In base alla prima, da lui definita “aconstitutional”, la democrazia è un “mode of being”, una “culture”, una “political practise” intrinsecamente “rivoluzionaria”, che coincide in ultima analisi con la lotta che i ceti meno abbienti conducono per strappare alle élite il diritto di contare.<sup>5</sup> Non a caso i critici antichi della democrazia la associavano alla violenza (l'anonimo autore della *Athenaion Politeia*), alla libertà sfrenata e anarchica (Platone), a qualcosa di informe e concettualmente antitetico a qualsiasi tipo

3 N. Bobbio, *La rivoluzione come movimento e mutamento*, in *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, pp. 564 e sg.

4 S. Wolin, *Norm and Form: The Constitutionalizing of Democracy*, in J.P. Euben, J.R. Wallach, J. Ober (eds.), *Athenian Political Thought and the Reconstruction of American Democracy*, Cornell University Press, Ithaca and London 1994, p. 29

5 Cfr. Wolin 1994: 37: “Instead of a conception of democracy as indistinguishable from its constitution, I propose accepting the familiar charges that democracy is inherently instable, inclined toward anarchy, and identified with revolution and using these traits as the basis for a different, aconstitutional conception of democracy”.

di costituzione (Aristotele). Questa concezione sarebbe stata soppiantata fin dal IV secolo ad Atene da un modello di “constitutional democracy” finalizzato a imbrigliare e addomesticare il potere del popolo, percepito come una turba violenta e irrazionale, in nome del primato di una legge immutabile.<sup>6</sup> Si sarebbe così depotenziata la carica rivoluzionaria della democrazia nel suo significato originario. Anche la versione moderna della democrazia costituzionale altro non sarebbe che “an ideological construction designed not to realize democracy but to reconstitute it and, as a consequence, repress it”.<sup>7</sup>

Nel formulare un simile giudizio Wolin pensa in particolare alla Costituzione degli Stati Uniti d’America, da lui giudicata fin dalle origini poco democratica e congegnata per diluire le spinte rivoluzionarie e per impedire a qualsiasi maggioranza di adottare politiche sociali in grado di intaccare i rapporti economici esistenti. Paradigmatiche sarebbero, in questo senso, le resistenze opposte dai giudici della Corte suprema al New Deal in nome della Costituzione e della libertà economica ivi garantita.

Le tesi di Bobbio sono formulate in un contesto molto diverso: quello del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra, nato dalla Resistenza al nazi-fascismo, cui parteciparono attivamente forze che si riconoscevano negli ideali socialisti e comunisti. La Costituzione italiana, in particolare, frutto del compromesso tra le diverse culture rappresentate all’assemblea costituente, ha una forte impronta sociale: l’art. 3 attribuisce alla Repubblica il compito di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”; l’art. 4 riconosce il diritto al lavoro tra i principi fondamentali dell’ordinamento; l’art. 41 garantisce “l’iniziativa economica privata”, purché non si svolga “in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Quanto al diritto di proprietà, di cui si occupa l’art. 42, non è più assoluto e “inviolabile” – come ancora lo proclamava lo Statuto Albertino – ma viene “riconosciuto e garantito dalla legge che ne determina i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale”. Come ha sostenuto Stefano Rodotà, pur rimanendo neutrale rispetto alla scelta di particolari politiche economiche, la Costituzione del 1948 “appare come un vero rivolgimento”, collocandosi in una zona “in cui la logica proprietaria non viene del tutto cancellata, ma se ne tenta un significativo ridimensionamento”.<sup>8</sup> Si possono dunque capire le speranze da essa suscitate in chi covava progetti di una rivoluzione sociale.

6 Wolin allude alle riforme adottate dopo il colpo di stato del 404, che ridimensionano il potere dell’assemblea, a favore di nomoteti e tribunali.

7 Wolin 1994: 32. Cfr. anche p. 35: “Constitutionalism might be defined as the theory of how best to restrain the politics of democracy while ensuring the predominance of the social groups and classes represented by the ‘best men’”.

8 S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna 2013, pp. 332-33.

Una analoga “impronta sociale” caratterizza la Costituzione brasiliana del 1988, che non solo include un ricco e dettagliato catalogo di diritti sociali, ma alcuni articoli innovativi che vincolano i governi a stanziare una certa percentuale del bilancio pubblico per la loro soddisfazione (penso in particolare agli articoli 198 e 212 sul diritto alla salute e all’istruzione). In Italia, Luigi Ferrajoli ha in più di un’occasione indicato come un modello la Costituzione brasiliana e ha difeso, più in generale, la costituzionalizzazione di vincoli sociali di bilancio, come strumento per “prendere sul serio” una categoria di diritti la cui garanzia presenta difficoltà maggiori di quelle previste per i diritti politici, civili e di libertà.<sup>9</sup>

2. Oggi il modello sociale proposto dalla Costituzione italiana, come da quella brasiliana, è sotto attacco. Nel caso dell’Italia, l’impianto stesso della costituzione del 1948 è stato alterato dall’introduzione del principio dell’“equilibrio di bilancio” nella costituzione, attuata nel 2012 su pressione delle istituzioni europee. Un principio invocato da alcuni – e osteggiato da altri – come una super-norma costituzionale, destinata a prevalere su tutte le altre, impedendo, o per lo meno ostacolando, politiche keynesiane di spesa in deficit.<sup>10</sup> Se questa fosse l’unica interpretazione possibile, dovremmo concludere – seguendo Wolin – che la Costituzione italiana ha finito col diventare una “camicia di forza” per la democrazia e un serio ostacolo alla possibilità di un reale cambiamento sociale.<sup>11</sup>

Di “camicia di forza” e “pilota automatico” parla, d’altronde, anche chi critica la costituzionalizzazione di vincoli sociali di bilancio simili a quelli previsti in Brasile. Secondo Augustín Menéndez, ad esempio, “El carácter absolutamente infundado de la creencia en el automatismo de las reglas fiscales vale no sólo para las reglas fiscales que fijan toques cuantitativos al déficit y a la deuda pública, sino también para las reglas que prescriben ‘suelos’, ‘porcentajes mínimos’ del gasto público o del PIB que hayan de destinarse a determinados gastos (por ejemplos, gastos sociales en su conjunto, educativos, etc.). La inscripción en el ‘mármol’ constitucional de reglas de este tipo implica también sujetar la política fiscal al piloto automático, aunque en este caso se trate de un piloto automático orientado a hacer efectivos los objetivos

9 Cfr., da ultimo, L. Ferrajoli, *Manifesto per l’uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari 2018, p. 101.

10 Tra coloro che hanno criticato la modifica costituzionale, interpretandola come la costituzionalizzazione delle politiche economiche neo-liberali, cfr. G. Ferrara, *Regressione costituzionale*, in “Costituzionalismo.it”, 18 aprile 2012 e O. Chessa, *Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria*, “Quaderni costituzionali” XXXVI, 3, 2016, pp. 455-484. Tra gli estimatori, i senatori del PD che il 9 giugno 2015 hanno presentato un disegno di legge in cui si sostiene che “i diritti costituzionali a prestazioni” previsti nella prima parte della Costituzione andrebbero, dopo la riforma, considerati “non assoluti, ma relativi, da graduare nella misura e nel tempo del loro soddisfacimento in modo tale da risultare in equilibrio rispetto agli altri valori costituzionali protetti dall’art. 81 della Costituzione”. Cfr. V. Giacché, *Costituzione italiana contro trattati europei. Il conflitto inevitabile*, Imprimatur, Reggio Emilia 2015, pp. 73-74.

11 In realtà, molti tra i critici dell’inserimento in Costituzione del pareggio di bilancio osservano che la nuova formulazione dell’art. 81 non è tanto restrittiva da impedire politiche keynesiane. E, in ogni caso, invitano a interpretazioni “costituzionalmente orientate” di tale principio, che dovrà pur sempre essere subordinato alla garanzia dei diritti sociali. Cfr. M. Luciani, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, “Astrid. Rassegna”, 3, 2013; L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, “Costituzionalismo.it”, 3, 2015; F. Pallante, *Il problema costituzionale dell’attuazione dei diritti sociali*, “DESC”, 1,1 2018.

del Estado social y democratico de Derecho”.<sup>12</sup> Ma è davvero così? E, in ogni caso, possiamo mettere sullo stesso piano i vincoli “anti-sociali” recentemente introdotti nelle costituzioni italiana e spagnola e quelli “sociali” della Costituzione brasiliana del 1988?

Per provare a rispondere a questi interrogativi, è bene tornare sulla questione più generale del rapporto tra democrazia e costituzione, chiedendosi quanti, e che genere, di vincoli può sopportare la democrazia, se vuole continuare ad essere un veicolo di cambiamento sociale. Fino a che punto le politiche economiche possono essere pre-determinate da disposizioni costituzionali? Quanto spazio deve lasciare la costituzione alla libera progettualità politica? Quanto ampia deve essere la “sfera dell’indecidibile”?<sup>13</sup>

Escludendo approcci di tipo giusnaturalistico, il problema del rapporto tra democrazia e costituzione può essere affrontato essenzialmente in due modi. Il primo consiste nel giustificare i diritti fondamentali a partire dal principio democratico della sovranità popolare. È una strategia che risale ai padri fondatori della repubblica degli Stati Uniti d’America ai quali appariva evidente che la fonte di ogni legittimo potere – a partire dal potere costituente – fosse il popolo.<sup>14</sup> In quest’ottica lo stesso controllo di costituzionalità delle leggi non assume una valenza anti-democratica, o “contro-maggioritaria”: le norme costituzionali che i giudici sono tenuti ad applicare, infatti, non esprimono altro che la “volontà del popolo”, di fronte alla quale la “volontà del legislativo”, manifestatasi nelle leggi, passa in secondo piano.<sup>15</sup>

Una simile strategia solleva, tuttavia, una serie di – ben noti – interrogativi. Perché la volontà del popolo solennemente espressasi nel momento costituente dovrebbe contare di più di quella dalle generazioni successive? Perché il passato dovrebbe vincolare il presente al punto da “legare le mani” a chi, oggi, potrebbe non riconoscersi più nelle scelte operate dai costituenti e vorrebbe modificare, senza troppe difficoltà, le norme costituzionali?<sup>16</sup>

Dietro simili interrogativi c’è l’idea che le costituzioni traggano la loro legittimità dal fatto di essere state adottate “democraticamente” e di godere del consenso maggioritario, se non addirittura unanime, dei cittadini. Ma non è affatto scontato che il fondamento assiologico del costituzionalismo vada cercato nel principio del consenso. In società pluraliste e conflittuali

12 A.J. Menéndez, *Constitución o camisa de fuerza? De las nuevas reglas fiscales al ‘Estado amortizador’*, “Teoría política”, n.s., *Annali V*, 2015, pp. 214-15.

13 Cfr. M. Bovero, *Che cosa non è decidibile. Cinque regioni del coto vedado*, “DESC”, n. 1, vol. 1, jul.-dez. 2018, pp. 130-141. Ho affrontato in modo più approfondito questi interrogativi nel quinto capitolo di *In nome del popolo. Il problema democratico*, Laterza, Roma-Bari 2011 (tr. spagnola *En nombre del pueblo. El problema democrático*, Marcial Pons, Madrid 2013).

14 A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, edited by L. Goldman, Oxford University Press, Oxford 2008, n. 49.

15 Questa tesi è stata ripresa da B. Ackerman, per il quale gli interventi della Corte Suprema sono «democratici» in quanto consistono nella difesa delle decisioni assunte dal popolo nella fase costituente. Cfr. B. Ackerman, *We the people*, vol. I, *Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 1991, p. 10.

16 Sono le obiezioni contro il costituzionalismo rigido avanzate da J. Waldron in *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999, e riprese in Italia in particolare da Anna Pintore. In questi dibattiti non sempre si tiene conto del fatto che la rigidità delle costituzioni è relativa e variabile: accanto a norme (o principi) sottratti alla revisione costituzionale, vi sono in genere norme modificabili con procedure aggravate.

come quelle moderne, la costituzione andrebbe piuttosto intesa come un “patto di convivenza” che trova la sua ragion d’essere non nella presunta comunanza di storia e valori di un popolo, ma nell’esigenza di far coesistere pacificamente una molteplicità di opinioni e identità. D’altronde, se davvero le costituzioni traessero la loro legittimità dal consenso, e da questo dipendessero per la loro tenuta, poggerrebbero su un fondamento assai fragile, oltre che controverso. Come ha notato in più di un’occasione Luigi Ferrajoli,

azzardato sarebbe supporre che intorno ai valori stabiliti dalle carte costituzionali, inclusi i diritti più elementari, sia esistito, e perfino che esista tuttora, un consenso maggioritario. Un referendum a favore della libertà di coscienza o delle garanzie penali e processuali che si fosse svolto ai tempi di Beccaria o della rivoluzione francese non avrebbe certo avuto il consenso, non diciamo della maggioranza ma neppure di una significativa minoranza. Perfino oggi dovremmo temere, nelle nostre stesse democrazie, una votazione popolare sui diritti sociali o sulla pena di morte<sup>17</sup>

Una seconda – più promettente – strategia per giustificare l’esistenza di una sfera dell’indecidibile consiste allora nel rovesciare i termini del problema, assumendo che non sia la democrazia a giustificare la costituzione, ma i diritti costituzionali a fungere da presupposto della democrazia.

Le stesse teorie procedurali della democrazia riconoscono, solitamente, che la protezione costituzionale dei diritti politici e di alcuni diritti di libertà è una condizione necessaria perché un sistema possa essere qualificato come democratico. Bobbio sostiene, ad esempio, che il riconoscimento costituzionale dei diritti di libertà rappresenta “il presupposto necessario per il corretto funzionamento degli stessi meccanismi prevalentemente procedurali che caratterizzano un regime democratico”.<sup>18</sup> Michelangelo Bovero ha invitato a intravedere nelle «quattro libertà dei moderni» (libertà personale, di espressione, di riunione, di associazione) le *precondizioni liberali* della democrazia, e in alcuni diritti sociali, come il diritto alla sussistenza e all’istruzione, le *precondizioni sociali* che rendono effettive tali libertà.<sup>19</sup> Luigi Ferrajoli ha sostenuto, a sua volta, l’esistenza di un nesso indissolubile tra la sovranità popolare e ciascuna delle due classi dei diritti da lui denominati “primari”: i diritti di libertà e i diritti sociali. Se è vero, infatti, che la volontà popolare “si esprime [...] *autenticamente* solo se può esprimersi *liberamente*”, attraverso l’esercizio della libertà di espressione, di stampa, di riunione, di associazione, tali libertà sono effettive solo in quanto siano garantite anche le aspettative positive, di pubbliche prestazioni, in cui consistono i diritti sociali.<sup>20</sup> Si pensi, in particolare, all’importanza di garantire il diritto all’istruzione per promuovere l’alfabetizzazione politica dei cittadini-elettori.

17 L. Ferrajoli, *Principia iuris* cit., vol. II, p. 52 (un passo analogo si trova in *Diritti fondamentali*, p. 344).

18 N. Bobbio, *Il futuro della democrazia* cit., pp. 6-7.

19 Cfr. M. Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 38-41.

20 L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007, vol. II, *Teoria della democrazia*, p. 7.

A Ferrajoli è stato obiettato di avere indebitamente ampliato la “sfera del non decidibile”, suddividendola nei due emisferi del “non decidibile che” (i diritti di libertà, tutelati da divieti di lesione) e del “non decidibile che non” (i diritti sociali, corrispondenti a obblighi di prestazione a carico delle istituzioni pubbliche).<sup>21</sup> I critici non negano la necessità di una protezione costituzionale dei diritti politici e di libertà, intesi come condizioni e pre-condizioni della democrazia, ma considerano un’indebita invasione di campo l’inserimento nella “sfera dell’indecidibile” dei diritti sociali, che sembrano avere a che fare più con il *contenuto* (uno dei possibili contenuti) della democrazia, che con i suoi *presupposti*.<sup>22</sup>

Vorrei qui sostenere, contro questa tesi, che tra il principio dell’eguaglianza politica – su cui si fonda la democrazia – e quello dell’eguaglianza economico-sociale esiste un nesso difficile da negare. Tale nesso era bene presente fin dall’antichità. Nell’Atene democratica i cittadini che ricoprivano la carica di giurati o di membri del Consiglio, e di alcune altre magistrature, erano ricompensati con un’indennità, chiamata *misthos*. Introdotto da Pericle nel 462, il *misthos* viene abolito dagli autori del colpo di stato oligarchico del 411, quindi prontamente ristabilito dai democratici ed esteso anche ai partecipanti all’assemblea. La ragione per cui l’indennità di carica era strettamente associata alla forma di governo democratica era che consentiva di partecipare alla vita politica anche ai poveri, che altrimenti sarebbero risultati esclusi.<sup>23</sup> Una logica analoga, in fondo, ispira l’art. 3 della Costituzione italiana, che attribuisce alla Repubblica il compito di rimuovere gli “ostacoli di ordine economico e sociale” che impediscono non solo il “pieno sviluppo della persona umana”, ma l’“*effettiva partecipazione* di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Che dire invece dei vincoli “anti-sociali” che sono stati incorporati nelle costituzioni italiana e spagnola? Possono anch’essi essere interpretati – e giustificati – in nome della democrazia? Si tratta, evidentemente, di una domanda retorica. Ci troviamo in questo caso di fronte a prescrizioni che non solo riducono il novero delle politiche possibili (al pari dei vincoli di natura sociale), ma stravolgono la gerarchia dei diritti tracciata dal costituzionalismo del ventesimo secolo, per affermare il primato dei diritti patrimoniali (come i diritti dei creditori di paesi con forte debito pubblico) sui diritti fondamentali.<sup>24</sup> Simili vincoli vengono in genere giustificati con argomenti di natura tecnica: si tratterebbe di salvaguardare i principi della corretta economia, a partire dal

21 L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, *Teoria del diritto*, p. 822.

22 Cfr. in particolare A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 179-200 e Ead., *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003.

23 Mi permetto di rimandare a V. Pazé, *La democracia de los antiguos, la democracia de los modernos*, in *Democracia o postdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas*, a cura di Luis Salazar Carrión, Fontamara, Città del Messico 2014, pp. 31-46.

24 Sulla distinzione tra diritti fondamentali e patrimoniali, e sul rapporto di subordinazione dei secondi ai primi, cfr. ancora L. Ferrajoli, *Principia iuris* cit., vol. I, pp. 724 e sg.

necessario equilibrio tra entrate e uscite. Ma non è difficile scorgere dietro di essi – bocciati da economisti del calibro di Stiglitz e Krugman – la determinazione a “mettere in sicurezza” non la democrazia e i suoi presupposti, ma l’attuale assetto del capitalismo finanziario.

3. Se non è particolarmente difficile giustificare, sul piano dei principi, la costituzionalizzazione dei diritti sociali, intendendoli come pre-condizioni della democrazia, resta il problema della loro effettività. L’introduzione di vincoli di bilancio simili a quelli previsti dalla Costituzione brasiliana è uno strumento efficace per costringere il legislatore a tener fede al dettato costituzionale? Di fatto, sono molti i modi in cui tali vincoli possono essere ridimensionati o elusi: il ricorso a interpretazioni “creative” delle norme che li dispongono, la previsione di eccezioni giustificate invocando vincoli finanziari inaggirabili, l’inadeguatezza dei controlli giurisdizionali, la limitata effettività delle sanzioni, l’introduzione di emendamenti costituzionali.<sup>25</sup> Il problema di fondo – ha sostenuto Humberto Ávila – è che “as vinculações sociais não possuem força vinculante em si, mas força vinculante em razão das atividades de interpretação e de aplicação”.<sup>26</sup> Lo stesso studioso insiste, tuttavia, sul significato di simili vincoli: “Mas mesmo que as vinculações sociais não sejam efetivas em alto grau, tendo muitas vezes um caráter meramente simbólico, como ocorre no Brasil, ainda assim elas são importantes para criar a cultura da socialidade e impor limites à atuação estatal. É evidente que o melhor é sempre um limite rígido [...]. Mas entre ter um limite débil e nenhum limite, é obviamente melhor um limite débil, desde que as exceções abertas às regras sejam efetivamente extraordinárias e objetivamente comprovadas, pois se assim não for, na verdade não haverá limite algum à atividade financeira do Estado”.<sup>27</sup>

Concludo osservando che non bisogna nutrire esagerate aspettative nei confronti delle potenzialità “rivoluzionarie” dei vincoli sociali di bilancio, e dei giudici incaricati di farli rispettare. Se la costituzionalizzazione di vincoli di bilancio “costringe” opportunamente la politica a non dimenticarsi dei diritti sociali, il legislatore continua ad avere ampi margini di discrezionalità non solo nel decidere quanto stanziare, al di là della percentuale minima stabilito, e quali politiche adottare, ma anche nell’intervenire sul lato delle entrate, attraverso politiche fiscali più o meno progressive.

Riprendendo le considerazioni di Bobbio con cui ho iniziato, è inoltre banale osservare che la costituzionalizzazione del “diritto alla rivoluzione” non conduce da nessuna parte in assenza di soggetti politici collettivi, in grado di elaborare progetti credibili di trasformazione sociale.

25 H. Ávila, *Os vínculos sociais na Constituição brasileira*, “Teoria política”, n.s., Annali V, 2015, pp. 221-233.

26 Ivi, p. 232.

27 Ivi, p. 233.

## Bibliografia

- ACKERMAN, B. **We the people**. Vol. I, Foundations. Cambridge-London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1991.
- ÁVILA, H. Os vínculos sociais na Constituição brasileira. **Teoria política, Annali V**, 2015, p. 221-233.
- BOBBIO, N. **Il futuro della democrazia**. Torino: Einaudi, 1984.
- \_\_\_\_\_. **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi, 1990.
- \_\_\_\_\_. La rivoluzione come movimento e mutamento. In: BOVERO, M. (org.) **Teoria generale della politica**. Torino: Einaudi, 1999.
- BOVERO, M. Che cosa è non decidibile: cinque regioni del coto vedado. **Revista DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, v. 1, n. 1, 2018, p. 129-141. DOI 10.33389/desc.v1n1.2018.p129-141.
- \_\_\_\_\_. **Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2000.
- CARLASSARE, L. Diritti di prestazione e vincoli di bilancio. **Costituzionalismo.it**, f. 3, 2015.
- CHESSA, O. Pareggio strutturale di bilancio, keynesismo e unione monetaria. **Quaderni costituzionali**, a. XXX-VI, n. 3, 2016. DOI 10.1439/84265.
- FERRAJOLI, L. **Manifesto per l'uguaglianza**. Roma-Bari: Laterza, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- FERRARA, G. Regressione costituzionale. **Costituzionalismo.it**, 18 aprile 2012.
- GIACCHÉ, V. **Costituzione italiana contro trattati europei. Il conflitto inevitabile**. Reggio Emilia: Imprimatur, 2015.
- HAMILTON, A.; Madison, J.; Jay, J. **The Federalist Papers**. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- LUCIANI, M. Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini. **Astrid Rassegna**, n. 3, 2013.
- MENÉNDEZ, A.J. ¿Constitución o camisa de fuerza? De las nuevas reglas fiscales al “Estado amortizador”. **Teoria política, Annali V**, 2015, p. 189-219.
- PALLANTE, F. Il problema costituzionale dell'attuazione dei diritti sociali. **Revista DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, v.1, n.1, 2018, p. 70-82. DOI 10.33389/desc.v1n1.2018.p70-82.
- PAZÈ, V. **In nome del popolo. Il problema democratico**. Roma-Bari: Laterza, 2011 (tr. spagnola **En nombre del pueblo. El problema democrático**. Madrid: Marcial Pons, 2013).
- \_\_\_\_\_. La democracia de los antiguos, la democracia de los modernos. In: CARRIÓN, L.S. (org.). **Democracia o postdemocracia? Problemas de la representación política en las democracias contemporáneas**. Città del Messico: Fontamara, 2014, pp. 31-46.
- PINTORE, A. Diritti insaziabili. In: FERRAJOLI, L. **Diritti fondamentali**. Roma-Bari: Laterza, 2001, p. 179-200.
- \_\_\_\_\_. **I diritti della democrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- RODOTÀ, S. **Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni**. Bologna: Il Mulino, 2013.
- WALDRON, J. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- WOLIN, S. Norm and Form: The Constitutionalizing of Democracy. In: EUBEN, J.P.; WALLACH, J.R.; OBER, J. (eds.). **Athenian Political Thought and the Reconstruction of American Democracy**. Ithaca-London: Cornell University Press, 1994.

## SOBRE A AUTORA:

### Valentina Pazé

Professora associada de Filosofia Política junto ao Departamento de Cultura, Política e Sociedade da Universidade de Turim. Autora, dentre outros trabalhos, de: *Il concetto di comunità nella filosofia politica contemporanea* (Laterza, 2002), *Comunitarismo* (Laterza, 2004), *In nome del popolo* (Laterza, 2011), *Cittadini senza politica. Politica senza cittadini* (EGA, 2016).

# **LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin**

---

MORAL READING OF CONSTITUTION AND JUDICIAL ACTIVISM:  
the question of democratic legitimacy of judicial decisions in  
brazil under the perspective of Ronald Dworkin

# LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin

MORAL READING OF CONSTITUTION AND  
JUDICIAL ACTIVISM:  
the question of democratic legitimacy of judicial decisions in  
brazil under the perspective of Ronald Dworkin

---

**Elias Kallás Filho**

Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM

<http://lattes.cnpq.br/3048219968972262>

<https://www.fdsu.edu.br/>

e-mail: ibnkallas@uol.com.br

**Laila Nader Mendes Massa**

[Http://lattes.cnpq.br/5236407863458807](http://lattes.cnpq.br/5236407863458807)

<https://www.fdsu.edu.br/>

e-mail: laila@naderadvogados.com.br

---

**Resumo:** O presente artigo trata da “leitura moral da constituição” e sua contraposição ao ativismo judicial no Brasil, sob a perspectiva de Ronald Dworkin, por meio da análise de seus conceitos teóricos de “romance em cadeia”, integridade e coerência. Com o emprego de metodologia analítica, aborda também o problema da legitimidade democrática das decisões judiciais e a possibilidade de invasão da esfera do Legislativo pelo Judiciário na promoção da democracia e dos direitos fundamentais quando da decisão de casos difíceis, estabelecendo o limiar entre “leitura moral da constituição” e ativismo judicial e entre a promoção da democracia e dos direitos fundamentais e a violação de garantias constitucionais e funções institucionais pela atuação jurisdicional, diante dos “casos difíceis” e da lacunosa e aberta legislação brasileira, que mostra tendência à introdução dos padrões de coerência e integridade, mas ainda enfrenta dificuldades nas cortes para conferir segurança jurídica e unidade no direito.

**Palavras-chave:** Leitura moral da constituição; ativismo judicial; legitimidade democrática.

**Abstract:** The present article deals with the “moral reading of constitution” and its counterposition to judicial activism in Brazil under the perspective of Ronald Dworkin, through the analysis of the theoretical concepts of “chain novel”, integrity and coherence. Through an analytical methodology, It also deals with the question of

democratic legitimacy of judicial decisions and the possibility of invasion in the sphere of the Legislative by the Judiciary in the promotion of democracy and fundamental rights when deciding hard cases, establishing the limit between “moral reading of the constitution” and judicial activism and between the promotion of democracy and fundamental rights and the violation of constitutional guarantees and institutional functions by the jurisdictional action, when faces “hard cases” and the laconic and open Brazilian legislation, which shows a trend towards the introduction of standards of coherence and integrity, but still faces difficulties in the courts to confer legal certainty and unity in law.

**Keywords:** Moral reading of constitution; Judicial activism; democratic legitimacy.

## Introdução

O tema de pesquisa objeto do presente estudo “Leitura moral da constituição e ativismo judicial: a questão da legitimidade democrática das decisões judiciais no Brasil sob a perspectiva de Ronald Dworkin”, analisa a forma da interpretação que Ronald Dworkin<sup>1</sup> chamou de “leitura moral da constituição” e traz a lume a discussão acerca da atual postura proativa do judiciário brasileiro, especialmente das cortes superiores, e a possível invasão da esfera de atuação do poder legislativo, que poderia colocar em cheque a legitimidade democrática.

Busca-se responder à pergunta: no Brasil, a leitura moral da constituição pode ser confundida com ativismo judicial ou pode ser aplicada a fim de promover a democracia de forma legítima?

A análise do tema visa desvelar o limiar entre “leitura moral da constituição” e ativismo judicial e entre a promoção da democracia e dos direitos fundamentais e a violação de garantias constitucionais e funções institucionais pela atuação jurisdicional, diante dos “casos difíceis” e da lacunosa e aberta legislação brasileira.

A relevância da pesquisa está em analisar quais os meios interpretativos mais adequados à obtenção de uma resposta judicial adequada nos casos complexos, com a utilização dos conceitos de coerência e integridade, a fim de evitar a exacerbação da discricionariedade, ou a arbitrariedade, que acarreta insegurança jurídica aos jurisdicionados e fere a divisão das funções institucionais.

---

1 Ronald Dworkin ocupou a cátedra Sommer de Direito e Filosofia da New York University e a cátedra Quain de Teoria do Direito na University College em Londres; além disso, foi sucessor de Herbert Hart na Oxford University.

## 1. Construção interpretativa em Ronald Dworkin

Toda análise à luz da teoria de Ronald Dworkin, crítico do positivismo jurídico, deve ser feita levando-se em consideração o fato de que os estudos deste jurista foram desenvolvidos no contexto norte-americano; entretanto, seus conceitos interpretativos são de grande relevância para o contexto brasileiro e a ele podem ser aplicados quando da decisão em casos difíceis, principalmente os que envolvem direitos fundamentais, quando a letra da lei se mostrar lacunosa ou ambígua, no sentido de conferir uma interpretação coerente e dar a melhor decisão à luz do direito para o caso difícil, sem incorrer em arbitrariedade.

O Prefácio do livro “O império do direito”, de Ronald Dworkin traz a seguinte reflexão em suas linhas iniciais, traduzindo sua preocupação com a interpretação diante de tais situações: “Vivemos na lei e segundo o direito. Ele faz de nós o que somos (...) Como pode a lei comandar quando os textos jurídicos emudecem, são obscuros ou ambíguos?” (DWORKIN, 2014)

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4. 657, de 1942), conhecida como LINDB, traz em seu artigo 4º uma pretensa solução para os casos em que a lei for omissa, prevendo que, nesta hipótese, o juiz decidirá segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.<sup>2</sup>

Lado outro, segundo Lênio Streck (2016, p. 341), está incrustada como herança do Código de Processo Civil de 1973 a ideia de decisão no contexto brasileiro segundo o “livre convencimento motivado” do juiz, que justifica o solipsismo judicial. Com o Código de Processo Civil de 2015, essa ideia foi formalmente retirada, por força do artigo 371<sup>3</sup> do novo diploma, e introduzida a exigência de coerência e integridade, com o artigo 926.<sup>4</sup>

A coerência e a integridade, juntamente com o conceito de *romance in a chain*, são fundamentais para o entendimento da teoria interpretativa de Ronald Dworkin e, como se demonstrará, tecerão o liame entre o exercício da interpretação e a não invasão da competência do legislativo.

*Hard cases* ou casos difíceis são aqueles em que, do ponto de vista das teorias do positivismo jurídico, não estão subsumidos a uma regra clara de direito, sendo que para tais casos, nas teorias positivistas, não haveria uma única resposta correta (SIMIONI, 2014, p. 340-341). Entretanto, para Dworkin, é possível se chegar a uma resposta correta ou constitucionalmente adequada, se observados os critérios de interpretação a seguir expostos, que devem ser adotados pelo *juiz Hércules*, figura imaginária de capacidade sobre-humana, quando da busca pela resposta correta à luz do direito para os casos difíceis (DWORKIN, 2014, p. 287).

2 Decreto-lei 4.657 de 4 de setembro de 1942, art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

3 “Art. 371: O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

4 “Art. 926: Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

Segundo Dworkin (2014, p. 271-274), o direito como integridade entende que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas, que combinam elementos do passado e do futuro, interpreta a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Para o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdades se derivam de princípios de justiça, equidade e devido processo legal que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade, que seria a única autora destes direitos e deveres. O direito como integridade é produto da interpretação da prática jurídica e sua fonte de inspiração, pois pede aos juízes, ao decidirem casos difíceis, que continuem permanentemente reinterpretando o material que já interpretaram, em um processo de continuidade. A história é importante para a integridade, mas a integridade não exige coerência de princípios em todas as etapas da história do direito de uma comunidade. Exige uma coerência de princípios horizontalizada. A história é importante porque o sistema de princípios deve justificar o conteúdo das decisões anteriores.

Portanto, o direito como integridade tem início no presente e se volta ao passado se as exigências contemporâneas assim se fizerem. Com isso, não se pretende recuperar os ideais do passado, mas justificar o que foi feito no passado e o que se faz no presente.

Lênio Streck explica com clareza como a integridade se aplica à realidade da decisão judicial:

Em Ronald Dworkin, coerência e integridade são elementos da igualdade. No caso específico da decisão judicial, isso significa que os diversos casos semelhantes serão julgados com igual consideração. (...) Com base nisso, significa dizer que, de algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se como uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas, porque exige do julgador que considere os elementos normativos que constituem o direito como limites à sua decisão. (STRECK, 2016, p. 332 – 333)

Desta forma, o que se infere é que o juiz ao decidir com integridade, deve se ater a tudo aquilo que já foi anteriormente decidido em casos semelhantes e ao que o direito diz sobre determinada matéria, para fins de decidir com igualdade e coerência, evitando assim decisões muito discrepantes da prática jurídica dos tribunais até então.

Para Dworkin (2014, p. 275-284), a interpretação criativa busca sua estrutura formal na ideia de intenção, porque pretende dar um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que se está interpretando; a partir daí, compara um juiz que decide sobre o que é o direito em uma questão judicial com um crítico literário que destrincha várias dimensões de valor em uma peça ou poema; ele encontra uma comparação entre literatura e direito, criando um gênero literário artificial que chama de “romance em cadeia” (*chain novel*), no qual um grupo de romancistas escreve um romance em série. Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos anteriores que recebeu para escrever um novo capítulo, de modo a contribuir da melhor maneira possível para produzir ao final um romance unificado, como se fosse obra de um único autor.

Segundo Dworkin, a complexidade desta tarefa é equiparada à complexidade de decidir um caso difícil como integridade. A tarefa do autor neste caso é encontrar os diversos níveis de coerência nos capítulos anteriores: deverá adotar duas dimensões de interpretação, em um procedimento analítico: a dimensão da adequação, adotando uma interpretação – ou mais de uma interpretação – que, de forma geral, possa transitar ao longo de todo o texto. A segunda dimensão exigirá do autor que escolha qual interpretação se ajusta melhor à obra em questão, para então acrescentar seu próprio capítulo. E assim também deve o juiz proceder ao sentenciar casos difíceis.

Nessa perspectiva, Dworkin admite que crenças e convicções podem operar como elementos importantes quando tomamos decisões, mas afirma também que o romancista, por mais que possua suas convicções pessoais, deverá, de certa maneira, se ater àquilo que já foi anteriormente escrito, ajustando as suas convicções pessoais ao que entender como melhor interpretação à luz do direito.

De acordo com esta esteira interpretativa, o que se espera é que o intérprete chegue à resposta mais acertada dentro do direito. Falamos aqui em “mais acertada”, pois segundo explicam Fábio Correia Souza de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira (2011, p. 112): “A chance de equívoco pode ser minimizada, mas não inteiramente anulada. O acerto e o desacerto são, sobretudo, materialidade; força na coerência, na autenticidade, na integridade.”

## 2. Ativismo judicial no Brasil

Muito se questiona atualmente sobre a atuação das cortes constitucionais na concretização de valores e fins constitucionais e de políticas públicas sociais, normalmente diante da inação dos demais poderes, ora chamando esta atuação de “ativismo” ora de “judicialização” (SILVA, 2015).

Segundo Luiz Roberto Barroso (2016, p. 390), no Brasil, deve-se diferenciar com cautela o uso da palavra “ativismo” da palavra “judicialização”. Para ele, judicialização “é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance.”

Fato é que quando o Tribunal torna inválidos atos dos demais poderes ou impõe-lhes obrigações, está agindo com conteúdo político, o que abre margem para discussões acerca da legitimidade democrática de tais atos, uma vez que não foram os juízes eleitos pela vontade democrática e/ou estariam invadindo a competência dos outros Poderes. Entretanto, trata-se, no mais das vezes, de uma postura que tenta se justificar pelo argumento de que está o juiz a *realizar a Justiça* (NERY, 2006).

Lênio Streck (2017, p.75-89) critica o deslocamento do “*locus* do sentido do texto – que representa a produção democrática do Direito – na direção do protagonismo (acionalistainduti-vista) do intérprete”.

Segundo Lênio (2017, p.87):

O ativismo é gestado dentro da própria sistemática jurídica, consistindo num ato de vontade daquele que julga, isto é, caracterizando uma “corrupção” na relação entre os Poderes, na medida em que há uma extrapolação dos limites na atuação do Judiciário pela via de uma decisão que é tomada a partir de critérios não jurídicos.

Sua crítica se direciona à *falta de limites do processo interpretativo* ao desvirtuamento da interpretação do texto normativo, muitas vezes com fundamento em utilizações distorcidas ou inadequadas das teorias de Robert Alexy (2008, p. 144 - 145), que aproxima princípios e valores e aplica a regra da ponderação e sopesamento, deixando certa margem de *arbitrio daquele que sopesa*.

Em que pesem as críticas, o pensamento da atual composição da corte constitucional brasileira, segundo o atual ministro Luís Roberto Barroso (2016, p. 382 – 383), parece validar uma *atuação criativa de juízes e tribunais* e reafirmar o modelo de centralidade da Constituição e da supremacia judicial, que aceita a judicialização de questões morais, políticas e sociais de caráter relevante. Nesse sentido, segundo o Ministro, “constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis.” (BARROSO, 2016, p. 383)

Portanto, o que se identifica é uma maior demanda pela judicialização de questões política e socialmente relevantes, especialmente de direitos fundamentais, uma vez que, segundo demonstrado acima pelas palavras de Luís Roberto Barroso, constitucionalizar implica levar estes temas controvertidos à análise do judiciário, tanto temas ligados à esfera pública quanto temas ligados às relações privadas.

Entretanto, conforme já salientado, o Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 371 e 926, traz elementos de coerência e integridade ao processo, exigindo a uniformização da jurisprudência e minorando o uso irrestrito do “livre convencimento”, o que parece atender aos anseios de uma sociedade que visa ver seus direitos fundamentais garantidos, mas que também busca por segurança e estabilidade jurídicas.

### **3. A leitura moral da constituição e o ativismo judicial sob a perspectiva de Ronald Dworkin**

Antes de se aprofundar na questão da leitura moral da constituição e do ativismo judicial sob a perspectiva de Ronald Dworkin, é importante distinguir princípios morais, exigências de justiça e equidade, e políticas públicas, objetivos políticos de governo.

Ao contrário das visões positivistas extremadas, como a de Hans Kelsen, para o qual a pureza científica jurídica estaria contaminada se permeada pela moral (KELSEN, 2005, p.

67-70), Dworkin visa insculpir a moralidade no âmbito das decisões jurídicas constitucionais. Para ele, quando se tem uma estratégia interpretativa guarnecida de coerência e integridade para interpretar a Constituição, estar-se-á fazendo uma leitura moral. E para ele isso é positivo e benéfico para a democracia (DWORKIN, 2006, p. 2 – 4).

Para Dworkin, o juiz *Hércules*, ao julgar um caso difícil, deve escolher, dentre as diversas possibilidades de interpretação, aquela que melhor reflete o histórico jurídico, do ponto de vista da *moral política substantiva*. Deverá considerar provisórios os princípios ou métodos que tenha utilizado no passado, pois deve estar propenso a evoluir e adotar interpretações mais sofisticadas, se necessário for, e a adotar concepções de direito e moral que mutuamente se sustentem (DWORKIN, 2014, p. 298-306).

De certa forma, pode parecer que o entendimento de Dworkin, no sentido de que o juiz deve utilizar de suas convicções sobre moralidade para proferir decisões, especialmente em casos difíceis, pode parecer conferir ao juiz grande margem de discricionariedade. Entretanto, o apego à moral e à integridade no momento da interpretação constitucional apenas reforçam os ideais democráticos e em muito se distinguem do ativismo judicial, como a seguir se entenderá.

Dworkin propõe que a Constituição e seus dispositivos sejam interpretados considerado que fazem referência a princípios morais de decência e justiça e, portanto, devem ser aplicados através de um juízo moral (DWORKIN, 2006, p. 2-4). Portanto, os princípios morais poderiam se confundir com a própria Constituição, de forma que, fazer uma interpretação moral da Constituição não estaria ferindo a Constituição, mas reafirmando o que nela está insculpido. Desta forma, o intérprete não incorreria em discricionariedade.

Rafael Lazzarotto Simioni traduz com clareza distinção entre leitura moral e a o ativismo judicial em Ronald Dworkin:

Na hermenêutica política de Dworkin, o direito só pode ser entendido como interpretação. Não como qualquer interpretação, mas como uma interpretação moral, como uma leitura moral que insere a moralidade política no próprio âmago das leis. E cai também a alternativa entre ativismo judicial e passivismo judicial. Porque os direitos não são restritos aos textos das leis ou à intenção original do legislador (passivismo), tampouco justifica que o judiciário ordene tiranicamente os demais poderes a fazerem o que o ele acha que deve ser feito. (...) Para Dworkin, os juízes têm a obrigação de efetivar os direitos constitucionais até o ponto em que essa efetividade deixa de ser uma questão de interesse para ser uma questão de princípio. (...) A interpretação jurídica, portanto, não tem que ser ativista tampouco passivista. Ela tem que ser adequada e justificada em princípios de moralidade política, em princípios capazes de torná-la a melhor interpretação possível, a interpretação que melhor revela a virtude do direito. (SIMIONI, 2014, p. 381 – 382).

Segundo se infere, portanto, o juiz ao decidir um caso difícil segundo os critérios de

integridade e coerência, na perspectiva do romance em cadeia, não precisa se ater indiscriminadamente à intenção inicial do legislador, ou estaria sendo demasiadamente passivo e talvez desconsiderando a evolução histórica da temática que se interpreta. Entretanto, tampouco pode inovar sobremaneira e desconsiderar as decisões anteriores sobre o assunto, ou estaria sendo demasiadamente ativista.

Na perspectiva de Dworkin, há de haver uma balança equilibrada entre a possibilidade de flexibilizar e a manutenção da segurança jurídica, vinculando elementos históricos do passado com perspectivas de futuro, a fim de que, através da atividade interpretativa, se encontre a melhor solução para o caso dentro do direito, uma solução virtuosa, constitucionalmente adequada ou correta.

Lênio Streck (2016, p. 335), cuja crítica ao solipsismo judicial está em muito amparada em Ronald Dworkin, em estudo sobre tal autor, é pontual e encontra a ideia central a ser questionada na atividade interpretativa para que não se incorra em ativismo judicial e pergunta:

Em que medida, diante de uma controvérsia, posso mudar o entendimento judicial já fixado em casos semelhante sem ferir a igualdade, ou seja, sem que aquele que teve seu caso semelhante julgado sob determinado fundamento não se sinta prejudicado?

Desta forma, como a integridade oferece um suporte de padrões para as decisões pelo julgador (HOMMERDING; LIRA, 2015), vê-se o pensamento de Dworkin inserido no ordenamento jurídico brasileiro, através dos artigos 371 e 926 do Código de Processo Civil, como um passo no sentido de conferir igualdade de tratamento a casos semelhantes, através dos conceitos de integridade e coerência.

Entretanto, ainda é necessário que os juízes e, tribunais assimilem o conteúdo do quanto previsto na nova lei processual e passem a efetivamente aplicar os conceitos de integridade e coerência, aliando princípios jurídicos com objetivos políticos e abandonando o “livre convencimento”, a fim de se afastar do solipsismo.

#### 4. A questão da legitimidade democrática

No Brasil, os membros do judiciário não são eleitos pelo povo, mas, de certa forma, desempenham papel político, ao preencher uma lacuna na lei ou ao invalidar atos de outros Poderes. Tal atuação encontra fundamento na própria Constituição e, a princípio, não afronta a separação de poderes.

Há também a justificação filosófica, fundada no próprio Estado constitucional democrático, contexto em que constitucionalismo significa *poder limitado e respeito aos direitos fundamentais*; e democracia, *governo do povo*. Por esses motivos, a Constituição deve ser ao mesmo tempo reguladora do jogo democrático e guardiã dos direitos fundamentais (BARROSO, 2012, p. 27-28).

Nesse sentido, ensina Manuel García-Pelayo (2009):

A Constituição ainda é o principal mecanismo de controle de poder e garantia dos direitos fundamentais (...) O Direito Constitucional é uma solução normativa para lidar com a realidade política de modo a assegurar um garantismo jurídico voltado para a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo a teoria de Dworkin, explicada por Rafael Lazzarotto Simioni, o problema da legitimidade democrática surge quando da decisão em casos difíceis, em que não há evidente resposta correta:

O problema é que nos casos difíceis os direitos não são claros. O reconhecimento de um direito prévio na lei não está claro ou está em colisão com outro direito. Então surge a questão da decisão jurídica precisar ir além do direito positivo para justificar adequadamente a sua resposta aos casos difíceis, por meio de argumentos de política e de princípio. Mas ao utilizar argumentos de política, a decisão jurídica se politiza. E isso significa que, como decisão política, a escolha da resposta correta do direito também precisa enfrentara questão da sua legitimidade democrática. (...) A relação entre princípios e políticas públicas de Dworkin pode ser entendida também como aquela diferença entre constitucionalismo e democracia, na qual o constitucionalismo expressa os princípios e a democracia os objetivos políticos da comunidade. (...) Levar os direitos a sério significa reconhecer o caráter políticos de toda decisão jurídica e assumir que o direito é uma atitude interpretativa e não uma mera questão de sintaxe ou semântica lógica. Levar os direitos a sério significa reconhecer e afirmar direitos justificados em fortes convicções de moralidade política, apesar de divergências, dos dissensos e também apesar de às vezes eles colidirem com os objetivos das políticas públicas do governo. (SIMIONI, 2014, p. 345-346)

A decisão jurídica nestes casos difíceis deve se fundamentar em princípios de moralidade política, convicções norteadoras, insculpidos historicamente no próprio âmago da sociedade. Entretanto, esta decisão não substitui o executivo ou legislativo. Esta decisão não deve criar direitos novos; apenas descobrir o direito através de uma análise coerente e com integridade.

Para Dworkin, a democracia, em sua concepção constitucional, pressupõe certas condições democráticas; e para ele essas são as condições de participação moral na comunidade política (DWORKIN, 2006, p. 36). Portanto, seguindo este raciocínio, somente pode haver democracia se houver também moralidade e justiça.

Desta forma, o que se infere é que não há uma ofensa à Constituição nem afronta à legitimidade democrática na decisão interpretativa segundo padrões de virtude, coerência e integridade para fins de suprir uma lacuna ou ambiguidade na lei, uma vez que tal atuação pelo Judiciário encontra respaldo na Constituição e constitui inclusive função institucional do referido Poder.

## Conclusão

Ronald Dworkin é, portanto, caloroso crítico ao positivismo jurídico, e reconhece que atividade jurisdicional deve ser desenvolvida enquanto atividade interpretativa, trazendo uma perspectiva moral do direito. Entretanto, estabelece parâmetros de interpretação, especialmente para possibilitar que se encontre a resposta correta aos casos difíceis, aos casos de lacuna ou ambiguidade na lei ou casos em que a resposta correta não se encontre evidente.

A atividade interpretativa para Dworkin deve seguir padrões de coerência e integridade, a fim de conferir igualdade de tratamento a casos semelhantes, sempre observando também o devido processo legal. Desta forma, a atividade interpretativa jurisdicional não pode ignorar as decisões pretéritas sobre casos semelhantes, sob pena de não conferir unidade ao direito, daí a importância dada à história pelo autor. Entretanto, deve-se dar igual importância ao passado como ao futuro, de modo que o juiz não pode ser totalmente passivo, deixando de se atentar às necessidades do presente voltadas para o futuro, mas não pode ser totalmente ativista, arbitrário, e criar simplesmente um novo direito, desconsiderando tudo aquilo que fora preteritamente decidido. O juiz deve, portanto, descobrir a resposta correta para o caso difícil dentro do arcabouço histórico do direito.

Procedendo com critérios de coerência, integridade e igualdade, mesmo fazendo uma leitura moral, o juiz não interferirá nas esferas dos Poderes Legislativo ou Executivo, pois estará agindo de acordo com aquilo que lhe é constitucionalmente autorizado e constitui sua função jurisdicional enquanto guardião da democracia e de direitos fundamentais. Portanto, o que se infere é que, nesses casos, atendidos os critérios, não há que se falar em ausência de legitimidade democrática.

No Brasil, o que se nota é uma tendência legislativa à introdução dos padrões de coerência e integridade pelas mudanças e exigências trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Entretanto, a corte constitucional brasileira ainda demonstra estar mais adepta a fazer sopesamento de princípios quando da prolação de suas decisões, tal como proposto por Robert Alexy - embora o faça de forma um pouco desvirtuada - do que a adotar a inflexibilidade de Dworkin, que não admite a não aplicação ou a relativização de um princípio que esteja insculpido dentro do arcabouço normativo vigente.

Ao tratar de direitos fundamentais, nota-se no judiciário certa ausência de padrões de igualdade quando da promoção de direitos fundamentais, de modo que, o que se propõe é equalização das decisões e adoção dos critérios de coerência e integridade, a fim de se promover a democracia e conferir a guarda e a igualdade de tratamento que os direitos fundamentais demandam e, por consequência, maior segurança jurídica e unidade dentro do direito.

## Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Synthesis*. V. 5, n. 1, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: expedição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DWORKIN, Ronald, *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-americana*; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*; tradução João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- HOMMERDING, Adalberto; LIRA, Cláudio. *A teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin como condição para a positivação do direito*. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. V. 32, n. 1, jan/jun 2015.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Responsabilidade da doutrina e o fenômeno da criação do direito pelos juízes*. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. *Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeira: diálogos, backlash e hermenêutica*. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan;dez. 2011.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.
- SILVA, Bruno Miola. *O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: uma análise dos reflexos dessa prática no judiciário brasileiro*. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre – MG, v.31 - n.1 – p. 241- 259, jan/jun 2015.
- STRECK, Lênio Luiz. *Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação ao contexto brasileiro*. In OMMATI, José Emílio Medauar (coord.) *Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

## **SOBRE OS AUTORES:**

### **Elias Kallás Filho**

Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP (2008), onde também se graduou em Direito (2002). Pós-Doutor da Fundação São Francisco de Assis (Belo Horizonte, MG - 2011). Atualmente, é Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, bem como professor dos cursos de graduação, especialização e do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição (PPGD-FDSM), tendo sido seu coordenador entre 2013 e 2016. Desenvolve pesquisas sobre os seguintes temas: Constituição e Relações Econômicas; Estado, Empresa e Tributação; Direito e Saúde. Advogado. Foi Conselheiro Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais (2010-2012).

### **Laila Nader Mendes Massa**

Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil na 25ª Subseção da OAB-MG, possui graduação em Direito pela FACAMP (2012) e pós-graduação em Direito Empresarial pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (2015). Mestranda em Direito, com pesquisa desenvolvida na área de concentração de Constitucionalismo e Democracia na Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM.

**revista.desc@facamp.com.br**  
**desc.facamp.com.br**

**DESC**  
DIREITO, ECONOMIA &  
SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA