

RECENSÃO DE *LE JUGE ET LE PHILOSOPHE*, DE PHILIPPE RAYNAUD *

JOAQUIM CORREIA GOMES

Uma das principais interrogações que tanto um juiz e um filósofo podem fazer é certamente questionar-se sobre o seu conhecimento e a sua prática, tentando e, de preferência, acabando por perceber qual o significado das suas racionalidades e como as mesmas se exercitam.

Será esta perseguição à analítica da razão e às condições das possibilidades do conhecimento, a partir e dirigida para a realidade, que Immanuel Kant acabou por “sintetizar” entre a racionalidade cartesiana e o empirismo anglo-saxónico.

Assim, certamente que uma das principais interrogações de um juiz será, parafraseando Heidegger e o seu *Was beist Denken?* (Que significa pensar?), *Was beist Richten?* (Que significa julgar?).

Foi neste caminho que se situou Philippe Raynaud na compilação dos seus escritos que deram origem a este livro aqui recenseado, que muito embora tivesse o seu primeiro registo em 1985, começou a ganhar consistência em 1993, precisamente com “Le juge, la politique et la philosophie”, publicado no n.º 1 de *La Pensée Politique*, até culminar em 2006 com “Positisme juridique et démocratie”, em *L’architecture du droit. Mélanges en l’honneur de Michel Troper*.

Para se perceber a cartografia do discurso destes escritos convém dar a conhecer quem é o seu autor e o contexto jurídico-político em que surgiram os mesmos.

Philippe Raynaud é professor universitário de filosofia política, designadamente na Universidade de Paris-II, Panthéon-Assas, sendo membro do Centre d’Etudes Sociologiques et Politiques Raymond Aron (CESPRA), bem como da Fondation 2-mars, que se centra na divulgação dos valores republicanos de laicidade, democracia, na apologia da igualdades de oportunidades e perante a lei.

* Philippe Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Armand Colin, 2010.

O mesmo é conhecido pelo seu pensamento de pendor nitidamente liberal e republicano, sendo um admirador convicto de Charles Montesquieu e de Alexis Tocqueville, sendo um dos precursores assumido de Raymond Aron.

No Barão de “La Brède et de Montesquieu” (1669-1755) acolhe a teoria da separação de poderes e muito particularmente o seu pendor para a supremacia do legislativo, não sendo de esquecer que segundo aquele o juiz seria um autómato, um ser inanimado que se limitaria a pronunciar as palavras da lei, ou seja a “bouche de la loi” [*Esprit des lois*, XI, 5].

No Visconde de Tocqueville (1805-1859) encontra a sua referência liberal como uma dimensão irreduzível em relação ao poder político, para além da sua concepção anti-colectivista.

Segundo o mesmo a liberdade seria um caminho para a igualdade, afirmando-se como um dos teóricos da abolição da escravatura, ao mesmo tempo que era um dos apologistas da colonização francesa, designadamente no Norte de África.

Em Raymond Aron (1905-1983) passou a rever-se no posicionamento político e filosófico que se centrou na afirmação irreduzível do liberalismo contra todas e as mais diversas manifestações dos totalitarismos. No entanto Aron não deixou de ser uma das vozes mais persistentes contra as ideias libertárias e igualitárias do Maio de 1968, surgindo na contra-corrente do pensamento marxista então dominante na intelectualidade francesa.

A contextura jurídico-política começa por se encontrar caracterizada pelo surgimento de um “movimento legalista” que se insurge contra o “activismo judiciário”, visto como um “demónio corporativo” das magistraturas. Estas não só não respeitavam a vontade soberana da lei, como se mostravam “frustradas relativamente às suas ambições profissionais, renitente perante o poder político”, escudando-se atrás da sua proclamada independência.

Foi o que deixou expresso Alain Minc, consultor financeiro e “cidadão esclarecido”, como o mesmo se autoproclamava, o qual se mostrava preocupado com a “revolução clandestina” que “mudou radicalmente a hierarquia de poderes” [*Au nom de la loi*, Gallimard, 1998] ¹.

Por contraponto, as magistraturas e depois de num primeiro momento em que forçaram o reconhecimento da igualdade perante a lei (penal), submetendo alguns políticos e financeiros a julgamento, como sucedeu nalguns

¹ Este livro foi traduzido para português e publicado sob o título *Em nome da Lei*, pela Editorial Inquérito, em 2000, com um sugestivo prefácio de Daniel Proença de Carvalho, onde este constata a queda do mito de uma Justiça “justa”, diga-se das magistraturas, “vítimas do auto-governo”, com “as estranhas ligações entre sectores da magistratura e alguns jornais de escândalos”, em que “arrasaram-se impunemente as reputações de pessoas com notoriedade, mas o combate à criminalidade séria parece não ter suscitado verdadeiro empenhamento dos responsáveis” (p. 8), acabando por considerar premente, como uma das primeiras reformas, “encontrar um modo democrático, sensato, eficaz, de julgar e sancionar os agentes do sistema judicial, não por quaisquer motivações retaliatórias, mas com o único objectivo de melhorar o seu funcionamento” (p. 9).

países do Sul da Europa, passaram num segundo momento e mais recentemente a reconhecer a sua impotência em relação à criminalidade económica e financeira. Foi o que sucedeu com Isabelle Prévost-Desprez, em tempos juíza de instrução no pólo financeiro de Paris, que teve a seu cargo, entre outros, o dossier “Angolagate” e o de financiamento de partidos, com as suas ligações imobiliárias, onde a mesma reconhece que “l’argent a fini pour vaincre la justice”, testemunhando como a delinquência financeira representa um sério “déficit démocratique”, constatando “qui a vu les puissants obtenir l’impunité qu’ils réclament depuis longtemps” [*Une Juge à abattre*, Fayard, 2010].

Será neste confronto entre estas duas diferentes visões do exercício do poder judicial e da função jurisdicional, na primazia da “lei” ou dos “valores” de quem julga, que surge Philippe Raynaud, mas, como se pode depreender destes seus escritos, mais preocupado com a rigidez constitucional do julgador e a soberania da legalidade, enquanto expressão da “vontade geral”.

O presente livro encontra-se, após um prefácio, dividido em três títulos, o primeiro designado por “*Aux origines de l’ordre juridique moderne*”, o segundo intitulado “*Figures du juge*” e o terceiro “*Le droit et la démocratie*”.

Nesse seu primeiro título e em *Anciens et Modernes* (1), começa por reflectir sobre o justo, a lei e o direito na filosofia antiga, distinguindo a autoridade da natureza (*phusis*) da lei (*nomoi*), de modo que a filosofia política acabaria por ser um inquérito à justiça, fundada na compreensão da natureza humana (p. 19). A propósito centra-se no pensamento de Platão e de Aristóteles.

Partindo da obra do primeiro, considera que do seu livro a *República* sobressai os limites da autoridade da lei, enquanto na *Política* desenvolve uma crítica geral à imperfeição das leis e em *As Leis* mostra como o objectivo da lei é um guia humano para uma vida boa (p. 20), sendo um dos defensores acérrimos de uma concepção rigorosamente legalista da ordem política, acabando por reduzir o Direito à lei.

O papel do juiz e o seu exercício nunca deveria ultrapassar a ordenações legislativas, ainda que as mesmas fossem imperfeitas, limitando-se a aplicar as leis (p. 22).

No segundo e do vasto “*corpus aristotelicum*”, acaba por se situar e tomar essencialmente por referência a sua obra *Ética a Nicómaco*, que continua a ser uma das mais apelativas e importantes obras clássicas tanto da filosofia política, como da filosofia do direito.

Daí retira aquilo que designa por concepção aristotélica de “*dikaion*”, uma simbiose entre o “justo” e o “direito”, encontrando aí os primórdios do pensamento da justiça distributiva, mediante a repartição dos bens e das honras, o qual assentaria no princípio da proporcionalidade, e de uma justiça correctiva, assegurando-se a rectidão das relações privadas.

O mesmo mostra sérias preocupações com a equidade (*epieikeia*), admitindo que o juiz possa ultrapassar a estrita legalidade, para assegurar a justiça.

Por isso, às funções do juiz (*diskastés*) era reconhecida uma certa autonomia em relação à aplicação da lei, muito embora fosse necessário fixar limites rigorosos ao seu poder (p. 26).

No direito e na política “modernas” vê como suas marcas distintivas o poder do Estado soberano, mas com as suas limitações, e a promoção de uma justiça independente, surgindo os direitos humanos como o subsequente e o normal desenvolvimento dos direitos naturais.

A propósito considera Thomas Hobbes, que não deixou de ser um dos cultores do absolutismo, como um dos principais promotores do positivismo jurídico moderno, surgindo como um crítico feroz das pretensões dos juizes, em que a “juris-prudência” na aplicação da lei surge como um sofisma para a usurpação da superioridade da lei.

Já John Locke, que retoma a teoria tradicional da “lei natural”, surge com um desenvolvimento da política liberal mediante a subordinação do político à lei (Law) e para uma melhor protecção dos direitos (Rights).

Em *Kant et le droit révolutionnaire* (2) considera que o mesmo tanto pode ser visto como um suporte do “positivismo jurídico”, como um dos precursores de uma forma renovada do “direito natural”, ao veicular que o direito positivo se deve mostrar em conformidade com o “*Naturrecht*”. Neste a sua razão prática surge como uma reformulação racionalista da doutrina dos direitos humanos (p. 44).

No outro escrito designado por “*Des droit's de l'homme à l'État de droit: Les droits de 'homme et leurs garanties chez les théoriciens français classique du droit publique*” (3) dá a conhecer os três cultores iniciais do apelidado direito público francês.

Assim tanto em Léon Duguit, na sua defesa dos valores decorrentes da “loi fondamentale” (p. 49-54), como em Maurice Hauriou, na promoção da ordem individualista, mais precisamente dos princípios de “ordem social individualista” (54-57), vê os seus posicionamentos ancorados na Declaração de 1789.

Em Carré de Malberg encontra a refutação das ideias do direito natural e a afirmação que os limites do Estado apenas podem partir das leis por este criadas (p. 57-61).

No “*État de droit, étl legal, rule of law*” (4) faz um bosquejo sobre a doutrina alemã do *Rechtstaat*, do conceito de *L'état de Droit*, enquanto expressão do racionalismo liberal e à concepção anglo-saxónica de *Rule of law*.

No último escrito, que designa “*Constitutionnalisme*”, deste primeiro título e depois de revisitar, por um lado, o significado da inexistência de uma Constituição escrita em Inglaterra que limite a soberania do Parlamento e, por outro lado, da presença dessa mesma Constituição nos Estados da América do Norte, centra-se na problemática do controle constitucional em França.

Aqui perspectiva que esse controlo constitucional não deveria ser herdeiro do Parlamento, mas também não deveria ser um “*instrument d'une domestication du pouvoir législatif*” (p. 83).

A solução estaria na capacidade desse controlo de constitucionalidade em promover compromissos limitados e em basear o seu discurso jurídico na doutrina filosófica e política da democracia.

No segundo título “*Figures, du juge*” continua a abordar “*Le juge, la loi, le droit: de Platon à Aristote*” (1), continuando a deslindar sobre a perspectiva platónica da imperfeição das leis, enaltecendo a superioridade dos regimes legais (p. 89-95), bem como a propósito da concepção aristotélica da autonomia do juiz (p. 95-102).

A figura do juiz continua a ser abordada em “*Le juge, la politique et la philosophie*” (2), seja na antiguidade, seja no iluminismo, passando pelos seus desenvolvimentos nos Estados modernos do século XIX e XX (p. 103-116) e em “*Le juge et la communauté*” (3), entendida esta como uma colectividade política e soberana (p. 117-125).

Finalmente em “*La justice constitutionnelle: une approche philosophique?*” (4), destaca a existência das problemáticas da soberania (legal, judicial), que surge na relação entre a lei e a Constituição e na definição do papel do juiz, mormente o constitucional, na produção do direito (p. 126-137).

Esta problemática continua em “*Le Judiciaire américain, l’interprétation et le temps*” (5), e em “*Marbury vs Madison et l’original intent*” (6) dando conta das doutrinas constitucionais originalistas, nas suas modalidades conhecidas por “*original intent*” e “*original meaning*”, proclamada por Raoul Berger e Robert Bork, pelas quais Raynaud se diz “*surtout intéressé*” (p. 154). Segundo estes a ruptura com o sentido original da Constituição só será legítima mediante a sua mudança legislativa.

Este(s) posicionamento(s), com uma nítida vinculação a uma interpretação positivista e anti-jusnaturalista (p. 158), mostra(m)-se oposto(s) à doutrina do “*living constitution*”, propostas por Ronald Dworkin e aos seus apelos à “*moral reading*” da Constituição (p. 138-165).

No terceiro e último título “*Le droit et la démocratie*”, começa por abordar “*La démocratie saisie par le droit*” (1), sintetizando que a figura do juiz passa essencialmente por três modelos: o modelo aristotélico (i) da autonomia do juiz, entre a natureza (*phusis*) e a lei (*nomos*), ainda que controlada; o modelo hobbesiano (ii) do juiz totalmente vinculado ao direito positivo, ou seja, à expressão da lei; o modelo kantiano (iii) da “*faculdade de julgar*”, em que ao juiz não cabe criar regras, mas antes submeter as mesmas ao caso concreto, descobrindo aquela(s) que aí se aplica(m).

Passa depois e mais uma vez pela teoria de Ronald Dworkin, considerando o mesmo como um criador da “*philosophie de la jurisprudence*” (p. 175), que escapa ao positivismo legalista, trespassando aquelas e estas concepções pelo Direito e a Lei em França (p. 169-199), interrogando-se sobre “*Un nouvel âge des droits?*” (2), o Estado, os poderes e a liberdade na modernidade e na pós-modernidade (p. 200-217).

Em “*La mémoire et le droit*” (3) reflecte sobre as amnistias e as prescrições, as suas origens históricas e a sua razão de ser actuais, num balanço entre justiça e compromisso, mormente após a existência de conflitos armados (p. 218-229).

De seguida passa por “*Hans Kelsen et la démocratie*” (4), pelo “*Positivisme juridique et la démocratie*” (5), retomando Kelsen e a teoria pura do direito, mas agora incidindo a sua reflexão na justiça constitucional, nos problemas de interpretação e dos seus limites no âmbito de uma teoria democrática (p. 230-254).

Por fim termina com “*Vérité et pouvoir dans la politique moderne*” (6), onde constata que o pensamento filosófico-político actual, tanto anglo-saxónico, como continental, se encontra fortemente influenciado por Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

O primeiro ao veicular a superioridade dos princípios em relação às regras, abrindo ao juiz um amplo caminho e poder interpretativos, e o segundo ao adoptar uma perspectiva racionalista, concedendo premência à verdade em relação à vontade e à autoridade.

Tudo isto leva Raynaud a fazer uma “reconstruction de l’argumentation ‘positiviste’ et de ses implications démocratiques et égalitaires”, fazendo um exame da filosofia do direito de Thomas Hobbes, discutindo a teoria democrática de Kelsen e apoiando-se no pensamento de Tocqueville.

Fechada a última página deste livro, podemos dizer que a sua narrativa dominante não tem nada de “grandemente” inovador em relação à apologia da superioridade do legislativo já feita por Platão, Hobbes e muito particularmente por Montesquieu.

Naturalmente que não se chegou a dizer, como o fez Rosbepierre, que “Essa palavra “jurisprudência” deve ser riscada da nossa língua. Num Estado que tem uma Constituição, uma legislação, a jurisprudência dos tribunais não é outra coisa senão a lei”.

Dá no entanto para perceber o fio condutor do actual posicionamento neo-liberal de conservar preferencialmente a função de julgar em dizer o que está expresso no texto da lei, ainda que não o diga literalmente mas que está implícito na afirmação do predomínio exclusivo da “volonté générale”. E tanto mais será assim quando estamos perante a Constituição e o papel dos Tribunais Constitucionais.

Porém, ficamos com a sensação que o fenómeno do Estado Constitucional Contemporâneo se tem limitado a um confronto de posições em torno da Constituição Americana, quando não se passa nada disso.

Mas mesmo se assim fosse ficou por fazer uma referência ao posicionamento veiculado pela “Critical Legal Studies”, mais precisamente por Robert Unger ou Duncan Kennedy, segundo os quais a indeterminação da lei exige a aplicação dos princípios de direito, tanto mais quando o Direito surge como um instrumento de controlo em detrimento dos mais vulneráveis e a favor dos grupos dominantes.

Também ficaram por assinalar outras reflexões sobre os textos Constitucionais, designadamente a propósito da constitucionalização dos direitos humanos e outras teorizações, com distintos e novos desenvolvimentos doutrinais, que talvez merecessem alguma abordagem quando está em causa o binómio filósofo/Juiz.

É o que sucede com a(s) teoria(s) da argumentação jurídica, pugnada entre muitos outros por Robert Alexy ou Manuel Atienza, que têm vindo a solidificar um percurso de validade e de correcção do direito, o que implica a sua abertura a um novo e argumentado “judicialismo”, sem esquecer as abordagens realizadas pelas teorias analíticas do direito, tenham como referência Neil MacCormick, Alexander Peczenick, Arthur Kaufmann ou aquilo que vulgarmente se designa por Escola Genovesa, de Paolo Comanducci ou Riccardo Guastini.

Certamente que faltaram outras visões, o que não significaria aceitação das mesmas, para possibilitar o conhecimento de outros posicionamentos mais recentes, os quais alinham num maior protagonismo judicial, segundo os quais “*judex facit jus*”, colocando-se como os últimos “herdeiros” da concepção aristotélica e autonomista do juiz. Mas ficou alinhavado um novo positivismo jurídico de feição neo-liberal, através de uma apelidada teoria democrática constitucional.