

A Matriz Histórica e Historiográfica do Direito “de Fronteira” (uma nota ao pensamento de A. M. Hespanha)

Rui Cunha Martins

(Universidade de Coimbra)

DHEEAAFLUC, IGCFDUC, IHC-UNL e IN2PAST

1.

“Este direito “elaborado a partir de baixo”, mais feito de acordos privados do que de comandos, caracteriza todos os direitos “de fronteira”, como o foi, na sua origem, o direito norte-americano”¹.

A observação pertence a António Manuel Hespanha. Escreve-a no contexto de um excuro sobre o carácter jurídico-político do direito norte-americano contemporâneo. Uma realidade jurídica, dirá o Autor, situada “longe do modelo normativo do direito tal como este é entendido na tradição milenar da Europa, primeiro como imposição de normas naturais ou de origem ético-religiosa, depois de normas estipuladas pela República, em nome do interesse geral”. E explica que, “enquanto o direito europeu é sobretudo um direito “a partir de cima”, que fornece modelos cogentes de comportamento, o direito americano é sobretudo o direito “a partir de baixo”, que frequentemente se presta a usos instrumentais pelos sujeitos na busca das suas conveniências”². E qual o motivo desta diferença? O seguinte: além de “uma diferente estrutura constitucional e institucional”, o sistema jurídico americano “está associado a uma diferente história”³.

¹ Hespanha, 2007, 375, nota 486.

² Idem, 375.

³ Idem, 375.

Convirá reter este aspeto: aquilo que compõe a *marca genética* deste sistema jurídico é pois a sua manifesta historicidade, quer dizer, a persistência de referências matriciais sobre a função social do direito que impõem a persistência subliminar de um paradigma *fronteiriço* no ordenamento jurídico, político e económico contemporâneo. Ora, trata-se de um ponto merecedor do maior interesse, uma vez tido em conta o modo como, no século XIX e desde então, a *american frontier* foi justamente introjetada no imaginário norte-americano como mecanismo fundante e estruturante da americanidade, e, sobretudo, se recordarmos que esse trabalho de associação entre excepcionalismo providencialista, virtude republicana e fronteira expansiva foi idealizado e realizado pelo campo historiográfico, nomeadamente pela escrita de Frederick Jackson Turner. O que autoriza a inferência de que o direito norte americano atual, mesmo quando não o assume programaticamente, está incontornavelmente ancorado nas suas matrizes históricas tal como elas lhe foram narradas pelas suas matrizes historiográficas. Ao ponto de resultar hoje dificilmente compreensível sem o conhecimento mínimo destas últimas.

Duas tarefas se impõem por consequência: a do levantamento, por mínimo que seja, das traves-mestras que alicerçam o esforço historiográfico oitocentista americano; e a do elenco, também aqui forçosamente resumido, daquelas características do chamado *direito empresarial norte americano* contemporâneo que ecoam e “citam” aquela matriz historiográfica.

2.

Recordemos então os dois pontos decisivos da oficina historiográfica turneriana nas décadas de 80 e 90 do século XIX.

Primeiro aspeto: o permanente esforço de historicização da fronteira ao longo das suas teses sobre a formação da história americana. Do cruzamento do espírito positivista que informa a sua obra com a adopção das correntes evolucionistas a que teoricamente se encosta – e aqui, em particular, a ideia, de inspiração biologista, de crescimento como permanente esforço de adaptação – resulta uma consequência importante, de resto já por nós assinalada em trabalho anterior: a impossibilidade de estudar a história de um organismo em perpétua reinvenção de espaços e consequente adaptação, como os Estados Unidos, sem privilegiar, precisamente, essas áreas novas

onde o processo de diferenciação ocorre, isto é, a zona da fronteira⁴. Uma zona fronteiriça que surge aliás positivada no modelo turneriano. Bem vistas as coisas, e ao contrário do que pretendia o senso comum oitocentista que insistia em opor a “civilização” da Nova Inglaterra ao Oeste “selvagem”, em bom espírito evolucionista era como se cada novo ambiente de fronteira, ao criar um espaço novo e um novo processo de adaptação, constituísse precisamente o garante maior de desenvolvimento, razão pela qual, dirá o próprio, “o desenvolvimento social da América esteve continuamente a começar de novo na fronteira”⁵.

Entenda-se (e com isto entramos num segundo aspeto). Os espaços da fronteira surgem como verdadeiras possibilidades em aberto, terrenos de oportunidade, em suma, “portas de escape da sujeição ao passado”⁶. Entregue a si próprio, o “homem da fronteira” renova-se a cada contacto com a natureza e nessa interação resgata a possibilidade da sua contínua reinvenção, do seu encontro consigo mesmo. A ideia de movimento, de movimento expansivo, é paradoxalmente um movimento rumo à interioridade, quer dizer, nos termos da historiografia norte americana de finais de Oitocentos, um movimento rumo à descoberta interior da americanidade. Expansão e interioridade não se opõem; bem ao contrário, solicitam-se e mutuamente se garantem e se autolegitimam. Perecebe-se, a esta luz, que a conquista de terras no oeste e a própria ideia de existência ilimitada de terras livres, tenham forjado um lugar estruturante para a fronteira na auto-consciência da americanidade e tenham feito gradualmente coincidir a ideia da *frontier* com a ideia da liberdade e, com ela, da *virtude*⁷. Neste sentido: conforme se acreditava desde há muito nalguns círculos políticos americanos, sem terras livres e a correspondente expansão o corpo da nação arriscar-se-ia a resvalar para a *corrupção*; ao contrário, o vazio (de terras e de espaços na fronteira) significava “uma reserva infinita de *virtude*”⁸. O expansionismo, pois, é aqui intrinsecamente virtuoso. Os homens que se expandem por eles mesmos e se auto-regulam ao sabor do movimento ilimitado de uma fronteira em permanente deslocação, são igualmente virtuosos (até porque cumprem o superior desígnio do ideário de *manifest destiny* inscrito no seio da americanidade). *Uma* virtude que quaisquer tentativas de intromissão do poder central

⁴ Martins 2008

⁵ Turner, cit por Martins, 2008.

⁶ *Idem.*

⁷ Pocock 2003

⁸ *Idem*, 638.

ou de imposição de lógicas jurídicas alheias ao mundo concreto de homens em permanente reinvenção só poderiam vir perturbar.

Assim se percebe que de alguma maneira a historiografia norte americana oitocentista contribua para cimentar alguns dos recortes principiológicos que hoje se reconhecem no *common law* norte-americano: uma lógica jurídica vocacionada para se instituir enquanto desafio à clássica função do Estado na realização do direito, abrindo, em contrapartida, para uma ideia de sistema jurídico disponível para atender em elevado quando não primacial grau à arena dos interesses privados.

3.

É desta inclinação particularista que António Manuel Hespanha procura dar conta. Fá-lo estribando maximamente a sua análise na investigação sobre o tema efetuada por Maria Rosario Ferrarese⁹. O que lhe permite surpreender os seguintes vectores estruturantes do sistema jurídico norte-americano: uma perspectiva empresarial do direito; a atenção ao particularismo; a noção de cálculo jurídico. Vejamos mais de perto cada um destes pontos.

O primeiro tem a ver como o modo como é entendida a função social do direito: se na tradição europeia lidamos com uma perspectiva *normativa*, já no caso americano estamos frente a uma perspectiva *empresarial*. Quer dizer: se a matriz europeia remete para concepções acerca da origem do direito que, apesar das suas diferenças, se conjugam de algum modo na visão de que o direito deveria “fazer parte de um projeto de realização do interesse comum, tendencialmente monopolizado pelo poder político e expresso por meio da lei, única forma de o furtar à influência desagregadora dos interesses particularistas”¹⁰, já é sobre pressuposto diferente que embasa o sistema norte-americano. De fato, “numa perspectiva empresarial o direito é encarado menos como um modelo normativo de comportamento do que como uma *fonte de oportunidades*, uma forma, entre outras, de obter vantagens. De tal modo que o agente é menos convidado a cumprir as determinações do direito do que a *usá-las como parte de um jogo*, como lances que têm os seus riscos mas que também podem trazer vantagens.

⁹ Ferrarese, 2000.

¹⁰ Hespanha 2008, 372-373.

[...] Um “teste de habilidade” mais do que um “dogma” [reduzindo] o cumprimento/não cumprimento do direito à racionalidade da análise custos-benefícios”¹¹.

Segundo aspeto, o particularismo. “Nos Estados Unidos, a lei nasceu e desenvolveu-se como resultado de forças e exigências de sentido diferente das que dominaram a história da sensibilidade jurídica europeia; não em nome da chamada “soberania una e única”, mas como resultado de pressões populares, particularistas, diversificadas e localizadas, às quais o próprio processo legislativo se abria, nomeadamente pela institucionalização do lobbyismo”. E o Autor remete a este propósito para a explicitação fornecida nesta matéria por Ferrarese e Hurst, recordando que “a intenção era dar voz a novas necessidades e interesses que surgiam na esfera económica e social e que não encontravam satisfação pelos canais tradicionais do direito judiciário. [...] Uma especificidade de fundo do direito americano que se mantém ainda [e que] parece inspirar-se nos valores da economia, mais do que nos da política, existindo mais como um instrumento do que como um comando”¹².

Tudo isto naturaliza o fato de “a maior parte do direito tomar a forma de arranjos privados entre privados e entidades públicas: contratos, transferências de propriedade, doações, testamentos, etc., transformam-se no sangue do direito e constituem os privados no papel de verdadeira fonte do direito”. Ou seja: “uma vez que o direito americano é receptivo ao contributo de indivíduos e grupos privados, o funcionamento deste direito de origem privada tende a favorecer atitudes nos agentes jurídicos que não são de todo normativas – isto é, dirigidas para a observância de certas normas -, mas sim empresariais, ou seja, tendentes a obter lucro por meio de um uso criativo dos instrumentos jurídicos. O uso e o próprio cumprimento do direito torna-se no objeto de um “cálculo jurídico”¹³ – tendência que se estende mesmo aos ramos do direito público, inclusive ao direito penal, fazendo da acusação penal, também ela, potencial objeto de negociação.

4.

Eis, em suma, e tal como referido no início, um retrato estilizado de um “direito a partir de baixo” (recorrência, conforme a anotação do Autor, dos chamados direitos

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ Idem.

“de fronteira”). Ou, pelo menos, de um direito que se habituou a olhar a si próprio – até pelo impulso historiográfico subjacente – como matricialmente instituído pelo senso comum. Desengane-se, porém, quem se limitar a traduzir esta lógica basista nos termos da vigência de uma idealizada “democracia judicial”, cujos pressupostos Hespanha aconselha a problematizar criticamente. O que faz de acordo com a seguinte linha argumentativa: a) “apesar de Milton Friedman ter exaltado o caráter democrático deste direito judicial, ao escrever que o direito de ir a tribunal é em teoria totalmente ilimitado, isto, na verdade, só *teoricamente* é exato, pois *de fato* existem barreiras de custos e de cultura que tornam problemático que este direito judicial constitua realmente um sistema jurídico “a partir de baixo”, livremente posto em movimento pelos cidadãos, por todos os cidadãos, de acordo com a avaliação que estes fazem dos seus interesses”; b) se “é certo que os padrões de julgamento não dependem monoliticamente do Estado, como acontece no direito “a partir de cima”, estabelecido por lei e actuado pelos corpos político-administrativos estaduais, [ainda assim] as decisões judiciais ou as correntes doutrinárias podem ser tão distorcidas e unilaterais como as decisões de uma administração estadual ou de um grupo de “sábios”; c) na verdade [como escreve Ferrarese], este sistema “aparece como *essencialmente democrático, embora não necessariamente igualitário*, [sendo que, dirá Hespanha,] é este carácter desigualitário que pode corromper tudo o resto, ratificando um darwinismo social em que o sistema jurídico é incapaz de se comprometer com um dever igualitário ou altruísta, darwinismo que já vai dominando as sociedades contemporâneas de matriz liberal”¹⁴.

Estas considerações de A. M. Hespanha, que aqui recuperámos a pretexto da matriz histórica e historiográfica dos direitos “de fronteira”, conjugar-se-ão com proveito com aquela que é outra das dimensões fortes do pensamento do Autor, a da “violência doce da razão jurídica”. Explicava ele, nessa sede, que a gradual afirmação do Estado Moderno se fez acompanhar ou teve mesmo uma das suas expressões emblemáticas na oposição entre o “direito dos sábios” e o “direito dos rústicos”, uma oposição pautada pela gradual associação do segundo a áreas de não saber e por isso de justificada exclusão ou mera absorção¹⁵. Está por indagar de que forma as comprovadas diferenças entre a função social do direito no contexto europeu e no contexto americano são ainda o prolongamento daquela oposição. Tal como cumpre averiguar se, como parece, a historiografia noete-americana do século XIX sugeriu uma inversão da

¹⁴ Idem, 377-379.

¹⁵ Hespanha 1998.

referida dicotomia, construindo uma entidade imaginada onde, a descompasso com o espírito do tempo e com a linearidade histórica, estava destinado a vingar o direito dos rústicos.

5.

Uma última nota: Se aceitarmos, como decorre do anteriormente exposto, que os sistemas jurídicos saídos de uma história originariamente marcada pela presença da fronteira tendem a evoluir, ao modo norte-americano, no sentido de um entendimento e de uma realização do direito que prolongue um imaginário normativo desconectado do horizonte do “dever ser”; e se aceitarmos ainda, uma vez mais a fazer fé no exemplo norte-americano, que esse caráter performático, criativo e pragmático do direito, essa lógica privatista e de oportunidade, desposa quase que naturalmente o modelo jurídico da *common law*, talvez o mais talhado para semelhante desempenho funcional; se, por conseguinte, tivermos por aceitáveis estas permissas, legítimo se torna empurrar o quadro assim produzido, também, em direção a outras sociedades contemporâneas cuja história as conota igualmente com a presença estruturante de uma *frontier*. Pense-se, em concreto, no caso do Brasil. É uma hipótese de trabalho fecunda. E comporta, para mais, um desafio suplementar: é que a aplicação ao caso brasileiro do chamado direito “de fronteira” como marca genética do seu sistema jurídico não encontra aqui realização no âmbito da *common law*, reconhecido que é o vínculo do direito brasileiro à tradição da *civil law*. Reconheçamos, pois, que se trata aqui de um aspeto capaz de perturbar a generalização da nossa anterior sugestão explicativa. Ou talvez não: talvez este aspeto ajude a decifrar o recente encosto do sistema jurídico brasileiro a algumas dimensões da *common law* norte-americana supostamente arredadas da sua tradição jurídica de referência. É bem verdade que a inter-contaminação das diferentes tradições jurídicas é hoje uma tendência global¹⁶. Mas é possível que essa tendência constitua, no caso do sistema jurídico brasileiro, um regresso às origens e à sua matriz histórica de direito “de fronteira”. Uma possibilidade nada pacífica. É crível que António Manuel Hespanha a tenha intuído.

¹⁶ Drake, 2016; Jackson e Summers 2012

Referências bibliográficas:

DRAKE (2016): William N. Jr. Drake, “The Common Law and the Rule of Law: An Uncomfortable Relationship”, *Stetson L. Review* 45, 439-470, 2016

FERRARESE (2000): Maria Rosario Ferrarese, *Le Istituzione della Globalizzazione. Diritto e Diritti Nella Società Transnazionale*. Bologna: Il Mulino, 2000

HESPANHA (1998): António Manuel Hespanha, “Sábios e Rústicos. A Violência Doce da Razão Jurídica”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. 25-26, 1988, 31-60, 1998.

HESPANHA (2007): António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito. O Direito nos Dias e no Mundo de Hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

JACKSON e SUMMERS (2012): John Jackson e Sarah J. Summers, *The Internationalization of criminal evidence. Beyond the common law and civil law traditions*. Cambridge University Press. 2012

MARTINS (2008): Rui Cunha Martins, *O Método da Fronteira. Radiografia Histórica de Um Dispositivo Contemporâneo (Matrizes Ibéricas e Americanas)*. Coimbra: Almedina, 2008

POCOCK (2003): J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment*. Princeton University Press, 2003.

Recebido para publicação em 13-10-24; aceito em 26-10-24