

António Manuel Hespanha Entre a História e o Direito

2015

Cristina Nogueira da Silva
Ângela Barreto Xavier
Pedro Cardim
(Orgs.)

A. M. Hespanha V
14, 2015


ALMEDINA


CEDIS
CENTRO DE ESTUDOS
SOBRE DIREITO E SOCIEDADE


FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

Pluralismo jurídico e democracia

Rui Pinto Duarte

1. No âmbito das reformas induzidas pelo «processo de Bolonha», a disciplina do primeiro ano de licenciatura em Direito da FDUNL até então denominada *Introdução ao Direito* deu lugar a outra denominada *O Direito e o Pensamento Jurídico*, de cuja regência António Manuel Hespanha se encarregou vários anos. Em 2011/2012 coube-me lecionar essa mesma disciplina. Entre as várias partes do livro *O Caleidoscópio do Direito*¹ de António Hespanha, que usei nessa leção estiveram as páginas nele dedicadas às fontes de direito.

Permiti-me, no entanto, expor aos alunos certa distanciação ao aí defendido por Hespanha. As linhas que se seguem procuram reconstruir sinteticamente o conteúdo do que transmiti, com algumas atualizações e desenvolvimentos. O eventual leitor perceberá que quer as longas transcrições de textos de Hespanha quer as diferenças de opinião valem como homenagem.

2. Ao apresentar, em *O Caleidoscópio do Direito*, uma revisão da teoria das fontes de direito, Hespanha afirma que «(...) em certas circunstân-

¹ Publicado pela Almedina: 1ª ed., 2007, 2ª ed., 2009.

cias, a democracia representativa está tão afastada do sentir jurídico da comunidade que *é vantajoso, mesmo do ponto de vista do carácter democrático do direito, admitir que este se possa exprimir por formas não estaduais* (como o costume, os códigos de boas práticas consensualmente aceites, a auto-regulação, os sentimentos notórios e incontroversos de justiça, as práticas jurisprudenciais e burocráticas estavelmente aceites)»².

Enquadrando essa afirmação, Hespanha nota que o pluralismo normativo é «um facto, antes mesmo de ser um ideal ou um perigo», por as normas em causa serem reconhecidas como direito – reconhecimento esse de que uma componente importante seria a sua aplicação pelos tribunais e «a sua admissão corrente no mundo dos juristas»³.

De tais proposições retira Hespanha ainda que, nos termos de uma tal «teoria realista do direito», tivesse mais sentido falar num «depósito» ou «repositório» de normas comunitariamente reconhecidas do que em fontes de direito⁴.

3. A abordagem do pluralismo jurídico que António Hespanha faz na obra em causa está longe de ser a sua primeira reflexão sobre o tema. Por exemplo, na primeira versão impressa do seu justamente muito difundido livro que começou por se intitular *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*⁵ e hoje, muito transformado, se chama *A Cultura Jurídica Europeia Síntese de um Milénio*⁶, Hespanha escreveu:

«(...) na sociedade europeia medieval, conviviam diversas ordens jurídicas – o direito comum temporal (basicamente identificável com o direito romano, embora reinterpretado), o direito canónico (direito comum em matérias espirituais) e os direitos próprios.

A esta situação de coexistência de ordens jurídicas diversas no seio do mesmo ordenamento jurídico chama-se *pluralismo jurídico*.

² *Caleidoscópio do Direito*, 2ª ed. (Coimbra, Almedina, 2009), p. 523, itálico meu.

³ *Caleidoscópio do Direito*, 2ª ed., p. 524.

⁴ *Caleidoscópio do Direito*, 2ª ed., p. 532.

⁵ (Mem Martins, Publicações Europa-América, 1997).

⁶ (Coimbra, Almedina, 2012).

Por pluralismo jurídico quer-se, portanto, significar a situação em que distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, coexistem no mesmo espaço social. Tal situação difere da actual – pelo menos tal como ela é encarada pelo direito oficial –, em que uma ordem jurídica, a estadual, pretende o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas (*v.g.*, o costume ou a jurisprudência) uma legitimidade (e, logo, uma vigência) apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação da ordem jurídica estadual.»

(...)

«Não nasceu com o pós-modernismo a ideia de que, numa determinada sociedade – e, por maioria de razão, na sociedade mundial – existem diversos direitos distintos quer quanto às suas normas concretas, quer quanto aos seus princípios orientadores e aos seus imaginários subjacentes. De alguma forma, ela é partilhada, como vimos, pela Escola histórica e pelos vários institucionalismos.»

(...)

«No domínio político, a democracia representativa mal conseguiu estabelecer-se fora da área da cultura europeia, nomeadamente por se basear num imaginário individualista e contratualista da sociedade que ignora formas de sociabilidade política (familiares, clientelares, clânicas, tribais, religiosas) muito vivazes nas sociedades não europeias, tal como o eram na Europa de Antigo Regime.»

(...)

«Finalmente, no plano jurídico, o estudo dos resultados, entre caricatos e trágicos, a que tem levado o afã de implantação, fora da Europa, do modelo legalista está avaliado. E os peritos mais conscientes têm hoje consciência de que a transferência das tecnologias jurídicas da área europeia para áreas culturais diferentes levanta problemas socioculturais (e até técnico-jurídicos) muito complexos, devendo ser antecedida de cuidadoso levantamento das culturas jurídicas dos países destinatários e de estudo sobre os efeitos perversos (um dos quais pode ser, pura e simplesmente, o «não efeito») da exportação dos modelos jurídicos ocidentais, quer no plano da normação (legalismo), quer no plano da resolução dos conflitos (justiça oficial):»

(...)

«Daí que o pluralismo jurídico não seja um fenómeno exclusivo das sociedades pós-coloniais ou etnicamente plurais, encontrando-se antes em qualquer sociedade. Daí que o direito e o seu saber seja, sempre e em qualquer caso, um «saber local», dependente das estruturas mentais próprias de cada

contexto da prática. O que conduz a algumas conclusões perturbantes acerca de entidades a que a cultura jurídica tradicional pretendia conferir um valor universal.»⁷

Na versão de 2012 da obra em causa, escreve Hespanha:

«Antes de mais, as normas jurídicas apenas podem ser entendidas se integradas nos complexos normativos que organizam a vida social. Estes sistemas de regulação dos comportamentos são inúmeros – da moral à rotina, da disciplina doméstica à organização do trabalho, dos esquemas de classificar e de hierarquizar às artes de sedução. O modo como eles se combinam na construção da disciplina social também é infinitamente variável.»

(...)

«Esta imagem da sociedade como auto-organizada num esquema pluralístico de ordens jurídicas não é novo, como veremos (...). Embora bebendo de outras fontes e inspirações, a teoria política mais recente volta a este imaginário pluralista da ordem política e à conseqüente tendência para descentrar o direito oficial no seio de uma constelação inorgânica de mecanismos de disciplina, sublinhando, em contrapartida, o papel muito eficaz de humildes e discretos mecanismos normativos da vida quotidiana. M. Foucault referiu-se ao carácter molecular do poder, à sua omnipresença na sociedade (“pam-politização”) e à necessidade de a teoria política se assumir, para captar o poder em toda a sua extensão, como uma “microfísica” do poder (...). Da antropologia jurídica, chegou a ideia de “pluralismo”, da coexistência de diferentes ordens jurídicas, legais ou costumeiras, no mesmo espaço social (...). Finalmente, o pós-modernismo trouxe uma nova sensibilidade em relação às formas implícitas, informais e quotidianas de poder (...), tendo chamado também a atenção para a forma como o Estado – a grande criação da “modernidade” – procurou desarticular essas formas ou, pelo menos, tornar invisível essa dimensão micro da política (...).»

(...)

«Este monismo legislativo – ou absolutismo legalista – foi denunciado quase logo desde o seu aparecimento. Várias correntes, de inspirações teóricas e filosóficas distintas, insistiram no carácter redutor do legalismo e na necessidade de uma conceção mais alargada, mais plural, do ordenamento jurídico.»

⁷ Pp. 92, 255, 256, 257, 258 e 259 da referida edição de 1997 do *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*.

(...)

«Independentemente da questão de saber se, sim ou não, existem e é possível identificar valores jurídicos superiores aos estabelecidos na Constituição e nas leis, pode dizer-se que o monismo legislativo é, na ordem dos factos, uma ficção simplificadora. Qualquer sociedade tem mais normas do que as legais. Isto é uma aquisição antiga do “pluralismo jurídico”, ou seja, da ideia de que o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles.

O tema do pluralismo jurídico surgiu, sobretudo a partir dos anos 50 do século XX, na antropologia jurídica, para descrever a situação do direito nas colónias e, mais tarde, nos Estados pós-coloniais, em que, ao lado do direito oficial do colonizador (do direito ocidental), se manifestava, com uma grande pujança, um variado complexo de direitos indígenas, os quais escapavam quase completamente à direção ou tutela do aparelho jurídico oficial. Mais tarde, foram os sociólogos a descobrir, mesmo nas sociedades do primeiro mundo, “ilhas” de direito não oficial (como o direito “das favelas” brasileiras, estudado, nos finais dos anos 60, pelo jus-sociólogo português Boaventura de Sousa Santos), regulando importantes setores da vida comunitária. Com a imigração massiva para a Europa e para os Estados Unidos e o conseqüente aprofundamento do caráter multicultural destas sociedades, o tema do pluralismo jurídico ganhou ainda maior importância, sendo hoje abundantíssima a literatura dedicada às relações entre o direito dos países de acolhimento e os direitos de origem das comunidades imigrantes. Mas, independentemente destes fenómenos de multiculturalismo, não tem faltado quem identifique, ao lado do direito oficial, um “direito do quotidiano” (*everyday life law*), que rege as nossas condutas mais comezinhas e correntes. Apesar da importância social e política destes temas, a comunidade jurídica mais tradicional continuou bastante ausente da sua discussão.»

(...)

«Mas, porventura, a emergência desta nova vaga de interesse pelo pluralismo jurídico no centro da comunidade jurídica decorreu não tanto destas questões teóricas ou das questões político-culturais relativas ao direito dos colonizados, dos imigrantes, das minorias étnicas, das igrejas (v.g., o caso do direito canónico, católico ou protestante, nos Estados europeus) ou do cidadão comum, mas sobretudo... da descoberta de que o tema do pluralismo podia ser útil para pensar a combinação das ordens jurídicas nacionais e comunitária no âmbito da União Europeia. Embora a exploração do tema

“pluralismo” se mantenha intensa no estudo das questões da imigração e do multiculturalismo, ele entrou paradoxalmente na cidadela do direito bem pensante pela mão dos especialistas de direito comunitário ou, mais em geral, pela mão dos que pretendem encontrar uma teoria jurídica para a globalização.»

(...)

«Enquanto as concepções pluralistas não cultivarem um ecumenismo que lhes permita reconhecer, sem discriminação, todas as formas de manifestação autónoma de direito e de dar a todas elas a mesma capacidade de se exprimirem na comunidade jurídica, a garantia de um *pluralismo verdadeiramente pluralista* não está realizada. E, por isso, não estão garantidas nem a legitimidade, nem a justeza das soluções jurídicas que decorrem de um diálogo, que deveria ser igualitário, entre os vários ordenamentos jurídicos. Daí que, enquanto isto não acontecer, os ordenamentos jurídicos que garantam uma maior democracia e participação, como é o caso da ordem jurídico-constitucional (e, em geral, da própria ordem legal) dos Estados democráticos, deverão merecer, neste confronto de pontos de vista, uma particular atenção. Não no sentido de se lhes garantir o exclusivismo ou uma primazia automática e de princípio sobre as outras ordens jurídicas, nem no de se lhes atribuir a competência para decidir sobre a competência dos outros direitos; mas no sentido de se ter em conta que as suas soluções mereceram um maior consenso, avaliado por processos que, não sendo isentos de defeitos, são, pelo menos, os mais transparentes e participados que experiência política tem conseguido fazer funcionar, pelo menos em comunidades de grande dimensão, em que o diálogo equilibrado e *face to face* – ou algum seu substituto moderno – se mostra impossível, ineficiente ou mistificador.»⁸

4. As transcrições em causa evidenciam, por um lado, conhecidas características do pensamento de Hespanha (designadamente, o domínio de muitos saberes, a capacidade de os combinar e a força criativa) e, por outro, a evolução do mesmo, em razão da passagem do tempo e da constante atenção de Hespanha aos novos factos – evolução essa de que é exemplo a referência aos problemas de construção do edifício jurídico da União Europeia.

⁸ Extratos das págs. 25, 26, 525, 550, 552, 553, 554 e 555 da referida edição de 2012 de *A Cultura Jurídica Europeia Síntese de um Milénio*.

Julgo, no entanto, que as palavras de *O Caleidoscópio* citadas no início deste texto conterão o mais claro pronunciamento de Hespanha sobre as relações entre pluralismo jurídico e democracia.

5. É impossível negar que as origens do direito são múltiplas e que o direito não se resume à instância do político (no sentido de estatal). Não conheço entre os que, contemporaneamente, refletem sobre a metodologia do direito quem subscreva o «legalismo», entendido como redução da determinação do direito ao conhecimento da lei⁹. Sob esse ou outro nome, o pluralismo jurídico¹⁰ é unanimemente tido por realidade, ainda que seja uma realidade muito variável, como resulta óbvio da contraposição de um país europeu pequeno e homogéneo a um país africano grande e heterogéneo.

A própria deteção do fenómeno nas sociedades contemporâneas é antiga (passe o paradoxo). Referi-la como recente, como muitas vezes sucede, nomeadamente num texto que é considerado como dos melhores textos sobre a matéria¹¹, parece-me redutor. Embora seja possível ir muito

⁹ Para uma síntese das críticas ao legalismo pela metodologia jurídica, v., por exemplo, A. Castanheira Neves, *Digesta Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2º (Coimbra, Coimbra Editora, 1995), pp. 308 e ss. (nº III do texto *Método Jurídico*, primitivamente publicado na enciclopédia Polis), e Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed. (Coimbra, Coimbra Editora, 2006), *passim*, em especial pp. 377 e ss.

¹⁰ A realidade em vista é mais adequadamente designada pelas palavras «pluralismo jurídico» do que pelas palavras «pluralismo normativo». Como escreve Carlos Feijó, «(...) parece mais rigoroso recorrer-se à expressão pluralismo jurídico do que à expressão próxima, mas equívoca, de pluralismo normativo», porque «(...) enquanto aquela aponta para o campo da juridicidade (o que quer que isso seja é um outro problema), a segunda das expressões aponta para um campo mais vasto, que, sem excluir o Direito, não se ancora apenas nele» – *A Coexistência Normativa entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana* (Coimbra, Almedina, 2012), p. 94.

¹¹ Brian z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global*, *Sydney Law Review*, vol. 30 (2008), p. 376 («In the past two decades, the notion of legal pluralism has become a major topic in legal anthropology, legal sociology, comparative law, international law, and socio-legal studies...»), embora, noutro passo, p. 390, escreva «Legal pluralism first began to garner attention within academia in legal anthropology in the 1970s through studies of law in colonial and post-colonial situations», esclarecendo que «In the late 1980s,

mais atrás, bastará lembrar as páginas que, em obra com mais de 40 anos, Jean Carbonnier dedicou ao assunto¹².

O que é mais recente é o entusiasmo político à volta do fenómeno. António Hespanha, porém, não está só nesse sentimento. A título de outro exemplo, só por si demonstrativo, por ser de Autor de percurso e orientações bem diferentes, cite-se Diogo Freitas do Amaral, que, a propósito do fundamento jurídico do costume, opta por aquilo a que chama a teoria pluralista, fundando tal opção, entre outros argumentos, na sua legitimidade democrática, ligando-o à democracia direta¹³.

Será de perfilhar tal entusiasmo? Para usar as formulações de Hespanha, será a aceitação dos modos não legislativos de constituir o direito vantajosa do ponto de vista da democracia e situar-se-ão os papéis da doutrina, da jurisprudência, do costume e da «normação privada» no mesmo plano da lei?

6. Começemos pela última das interrogações.

Nos países da Europa continental, na atualidade, a doutrina, a jurisprudência e a «normação privada» não existem independentemente da lei. São modos de desenvolver os conteúdos normativos constantes da lei e, nessa medida, têm limites à sua força criadora. A meu ver, colocá-los em pé de igualdade com a lei é fazer uma descrição errada dos factos.

O doutrinador e o juiz não opinam (pelo menos, declaradamente) contra a lei. Podem opinar para além dela, mas sempre, ou quase sempre, com base nela. A «normação privada» não assenta em si própria, mas assume-se como um poder derivado da lei. Por isso, as normas enunciadas por essas fontes não são, na grande maioria dos casos, inovações *ex nihilo*, mas sim concretizações ou generalizações, ainda que desviadas do que o que se possa entender como o programa do legislador.

legal scholars labeled it “a central theme in the re-conceptualisation of the law/society relation” and the “key concept in a post-modern view of law” – aqui, de resto, citando Boaventura Sousa Santos).

¹² *Sociologia Jurídica* (Coimbra, Almedina, 1979) (tradução do original francês de 1972), pp. 213 e ss.

¹³ *Manual de Introdução ao Direito*, vol. I (Coimbra, Almedina, 2004), pp. 376 e ss.

Valha o seguinte exemplo: se, por um lado, se pode entender que em Portugal vigora uma norma que proíbe, no domínio do direito privado, os comportamentos contraditórios (proibição do *venire contra factum proprium*) e que a doutrina e a jurisprudência tiveram papel relevante na formulação da mesma, por outro lado, não poderá deixar de se entender que tal norma é uma concretização de normas legais, nomeadamente da que proíbe o abuso do direito.

No que ao costume toca, na área geográfico-política que temos em vista, em especial no nosso país, o que converge com a lei (mormente o que historicamente lhe é anterior) não se «sente» e o que vai contra ela ou para além dela é escasso ou escassíssimo¹⁴.

7. Passemos agora à questão de saber se a aceitação dos modos não legislativos de constituir o direito é vantajosa do ponto de vista democrático.

Definir democracia, já se sabe, é difícil. Por mim, creio que os principais elementos da ideia de democracia são os seguintes:

- As liberdades individuais;
- A igualdade de deveres e de direitos;
- A prevalência da maioria.

Tais elementos não estão todos no mesmo plano. Embora classicamente a ideia de democracia esteja sobretudo ligada ao exercício do poder pelo povo, ou pela maioria dele¹⁵, os dois primeiros elementos que apontei são tão ou mais relevantes que o terceiro. As liberdades individuais e a igualdade de direitos e de deveres justificam-se pelo respeito pelos seres humanos e pelo reconhecimento da sua condição igual. A prevalência da maioria

¹⁴ Sobre o tema, além dos livros de introdução ao direito e de metodologia jurídica, tenho especialmente em conta António A. Vieira Cura, "O Costume como Fonte de Direito em Portugal", in *Boletim da Faculdade de Direito (da Universidade de Coimbra)*, vol. LXXIV (1998), pp. 241 e ss., em especial pp. 269 e ss.

¹⁵ V., por exemplo, Norberto Bobbio, *Democracia/Ditadura*, verbete da *Enciclopédia Einaudi* (tradução do original italiano), vol. 14 (Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1989), pp. 192 e 193.

tem fundamento que combina pragmatismo com os valores liberdade e igualdade: sendo todas as pessoas iguais e as suas opiniões de igual valor, havendo que optar entre estas, o critério da maioria é, na maior parte das vezes, aceitável.

Por outras palavras: a prevalência da opinião da maioria não assenta na hipotética melhor qualidade da mesma, mas antes na necessidade de, havendo várias opiniões, escolher uma. Que essa escolha recaia na da maioria justifica-se por o critério ter «especial capacidade em realizar a integração de todas as pessoas, numa ordem colectiva que é tanto uma ordem de *igualdade* quanto uma ordem de *liberdade*»¹⁶ – os próprios outros elementos da ideia de democracia no modo por que a apresentei.

De enfatizar é que esses outros elementos da ideia de democracia impõem que a prevalência da opinião da maioria não signifique o esquecimento das opiniões minoritárias, mas apenas a sua subordinação à maioritária¹⁷.

Passando ao plano prático, a prevalência da opinião da maioria impõe o apuramento da mesma – tarefa que, nem por ser instrumental, deixa de ser decisiva. A qualidade da democracia depende desse aspeto processual, o qual implica, entre outras coisas, que antes de votações haja debate.

Aqui surge a pergunta: como saber se uma norma corresponde à opinião maioritária se não foi formulada por um modo que garanta a determinação dessa correspondência?

Os «consensos tácitos», incluindo os «sentimentos notórios e incontroversos de justiça, as práticas jurisprudenciais e burocráticas estavelmente aceites» podem ser socialmente pacificadores, mas não têm o mesmo tipo de legitimidade da opinião da maioria, apurada de modo deliberativo.

¹⁶ Maria Lúcia Amaral, *A Forma da República Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional* (Coimbra, Coimbra Editora, 2005), p. 214.

¹⁷ Sobre os entendimentos das relações entre maioria e minoria, v. as reflexões de Corrado Vivanti, no verbete *Maioria/Minoria* da *Enciclopédia Einaudi* (tradução do original italiano), vol. 22 (Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1996), pp. 48 e ss.

A autorregulação pode assegurar que os conteúdos das normas são determinados por quem conhece as matérias em causa, mas foge ao controle da maioria.

Não posso, pois, concordar com as atrás referidas opiniões de Hespanha (pelo menos, privando-as da suavização que, como já veremos, outras afirmações de Hespanha lhe introduzem).

Partilho o ponto de vista daquilo a que Norberto Bobbio chamou a versão moderada do positivismo ético, que atribui ao direito um valor importante (ainda que não absoluto) e crê que a lei é a sua forma mais perfeita¹⁸ – ou melhor, se me é permitido corrigir o filósofo italiano, a menos imperfeita.

Noutra perspetiva: salvo situações de leis radicalmente injustas, o desrespeito das normas piora a qualidade da democracia. Carlos Nino procurou demonstrar que o subdesenvolvimento argentino esteve associado à inobservância generalizada de normas (jurídicas e outras), apontando não só que essa inobservância pressupõe ineficiência social, como – o que é o que mais para aqui interessa – que tal é um defeito na materialização da democracia, pois esta exige a observância das normas sancionadas pela maioria depois de um processo de discussão¹⁹. Concordo com o essencial dessas ideias (que, com adaptações, creio aplicáveis ao Portugal de hoje), não temendo, por elas, ser apodado de «positivista» ou coisa pior.

Conforta-me que, tudo pesado, Hespanha acabe por se aproximar deste modo de pensar. Na verdade, num passo de *O Caleidoscópio*, ao escrever sobre a lei como fonte de direito, depois de insistir em que a sua visão sobre a respetiva importância é matizada pelo carácter pluralista das ordens jurídicas atuais, afirma não desprezar «a especial legitimidade da forma legislativa, como tradução da vontade popular, a primeira fonte de legitimação dos Estados democráticos; e, por isso, a função determinante da lei na configuração da sensibilidade jurisprudencial, burocrática e comunitária sobre o que é direito e, logo, no elenco de critérios de vali-

¹⁸ *Il Positivismo Giuridico, Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte del Dott. Nello Morra* (Torino, F. Giappichelli Editore, 1979) (reedição do original de 1961), pp. 273 e ss.

¹⁹ *Un País al Margen de la Ley Estudio de la Anomia como Componente del Subdesarrollo Argentino*, 4ª ed. (Buenos Aires, Ariel, 2011), *passim*, com síntese nas páginas finais.

dação do direito constantes da “norma de reconhecimento”, bem como que «o processo legislativo (...) garante normas jurídicas mais consensuais e mais estabilizadoras»²⁰. Convergentemente, em *A Cultura Jurídica Europeia Síntese de um Milénio*, põe-se ao lado dos que se «mantêm fiéis a “aquisições da democracia”, sem as quais esta e o direito justo ficariam totalmente descaracterizados, «(...) Pelo menos, sempre que não fosse certo e seguro que as novas formas de expressão de consensos garantissem a igualdade e a liberdade de todos os cidadãos e não refletissem, pelo contrário, os desequilíbrios de poder e as relações de domínio existentes na sociedade civil dos dias de hoje»²¹.

8. O problema do papel que é desejável que as fontes não legislativas de produção de normas jurídicas assumam é, pois, um problema político – e não de metodologia jurídica. Por mim, creio que só a valorização da lei incluída nas «aquisições da democracia» a que Hespanha se refere no seu último passo citado pode dar ao direito as funções que Hespanha, de modo nobre e eloquente, lhe atribui no prefácio da 2ª edição de *O Caleidoscópio*.

²⁰ *Caleidoscópio do Direito*, 2ª ed., pp. 581 e 582.

²¹ *Ibid.*, p. 528.