

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO

Paulo Ferreira da Cunha

Universidade do Porto

E-mail: pferreiradacunha@hotmail.com

Resumo

Que Direito pode ter uma sociedade desencantada, tendo em grande medida perdido as crenças escatológicas terrenas (ideológicas) e transcendentais (religiosas), com indivíduos (cada vez menos Pessoas) desenraizados em grande parte (da família, dos valores, dos afectos, até da compreensão do seu lugar no Mundo: pois desconhecendo em grande medida Pensamento, História e Geografia)? A ideia de um Direito Pós-moderno foi sedutora, até pelo apelo à fragmentaridade, hibridação, etc., mas não chega nem para captar toda a essência do Direito Contemporâneo, nem para apontar caminhos de superação da crise. Vivemos uma tardo-modernidade crítica em todos os sentidos. O que conseguiremos fazer a seguir?

Palavras-chave: Pós-modernidade, crise, filosofia do direito, direito contemporâneo, sociologia do direito.

*“Acharão que nestes dias
Serão grandes novidades,
Novas leis, e variedades,
Mil contendadas e porfias”*

Trovas do Bandarra, CLIX¹

I. O Problema e o Método

Do mesmo modo que na Literatura, nas Artes ou na Filosofia, também no Direito, e na reflexão em seu torno, a contemporaneidade se caracteriza por uma singular pulverização em diferentes correntes, escolas e estilos, a tal ponto que torna deveras árdua (ou muito - subjectiva) a empresa de lhe captar o sentido ou *tonus* geral.

Ao longo destes nossos séculos XX e XXI, acaba por surgir ou ressuscitar um tão grande e variado número de teorias e práticas jurídicas que se diria vivermos em tempos de amostragem global, espécie de feira da História na qual o futuro mais tarde pudesse vir escolher os melhores figurinos. Porém, quando ponderamos sobre as posições em campo, ficamos com a convicção profunda de que algo se perdeu entretanto, irremediavelmente. Mas a generosidade de uns tantos teima em fazer recuar o futuro, dando ao presente esperança. O problema é que nem sempre se sabe bem como chegar lá.

Acresce, como elemento problemático, o facto de a grande sede autognótica do Direito não poder ser a própria Ciência Jurídica, entidade epistemológica apenas apta, por definição, a pensar e discutir intra-sistematicamente. Sendo antes a reflexão crítica sobre o jurídico, a filosofia jurídica ou filosofia do Direito – e sem essa instância crítica não há problematização, com efeitos de estiolação irrecuperáveis². Mas entenda-se: Filosofia do Direito não isolada,

¹ *Trovas/ do/ Bandarra/ natural da/ Villa de Trancoso / apuradas e impressas / por ordem de um Grande Senhor de Portugal/ oferecidas aos verdadeiros Portuguezes/ devotos do Encoberto*, nova edição a que se juntam algumas até ao presente impressas, Porto, Imprensa Popular de J. L. de Sousa, 1866, p. 53.

² Agudamente nos adverte, em geral, Francesco GENTILE – *Il posto della Filosofia del diritto nel corso degli studi di Giurisprudenza*, Separata de “Giurisprudenza italiana”, 1992, Disp. 10.^a, Parte IV, Turim, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1992, p. 17: “Semplificando, carenza di filosofia altro non è che carenza di problematicità nel senso che non ci si interroga perché tutto trova posto nel casellario prefigurato dal sistema o perché nulla ha senso al di fuori dell’immediatamente operativo.”

antes com o contributo factual da sociologia jurídica³, da história jurídica, e da comparação entre diversas ordens jurídicas (direito comparado, comparação de direitos, ou geografia jurídica⁴) o espelho por excelência do mundo da juridicidade⁵. Será com particular recurso a estes pontos cardeais – ou rosa dos ventos – , as ciências jurídicas humanísticas (ciências jurídicas fundamentais, ou fundamentos dos direito), que se poderá buscar a compreensão essencial do Direito hodierno (como, aliás, do de qualquer época), pelo distanciamento e visão de conjunto que poderão propiciar. Porque se procura não a sismografia milimétrica das alterações de pequeno curso, mas as grandes alterações “climáticas”, de longo prazo. Trata-se, pois, de olhar o direito vivo, o direito em acção (*law in action*), encarando-o na perspectiva de uma calma contabilidade dos séculos — embora não ainda no puro juízo da História (tão mítico!) —, procurando surpreender reais caracteres distintivos no tocante a uma singular cultura jurídica.

Assim, ao invés de, por exemplo, uma impossível (até porque sempre lacunosa) epítome das «conquistas» legislativas ou judiciais trazidas pelos nossos tempos, importaria

³ André-Jean ARNAUD — *Critique de la raison Juridique*. 1. *Où va la sociologie du Droit?*, LGDJ, Paris, 1981; *Idem* — «Droit et Société: un carrefour interdisciplinaire», in *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n.º 21, 1988, pp. 7 segs.; *id.*, *Essai d'analyse structurale du Code civil français*, LGDL, Paris, 1973; *Idem* — *Juristes face à la société de 1804 à nos jours*, PUF, Paris, 1977; *Idem* — *La Justice*, Seghers, Paris, 1977; *Idem* — «La référence à l'École du droit naturel moderne d'après les lectures des auteurs du Code civil français», in *Fides. Direito e Humanidades*, III, Porto, 1994; *Idem* — *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, Paris, 1969; *Idem* — *O Direito Traído pela Filosofia*, trad. brasileira de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira, Safe ed., s/d.; *Idem* — *Pour une pensée juridique européenne*, PUF, Paris, 1991; *Idem* — «Droit et Société: du constat à la construction d'un chame commun», in *Droit et Société*, n.º 21, 1992; Jean CARBONNIER — *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6.ª ed., LGDJ, Paris, 1988; Roger COTTEREL — *The sociology of law*, Routledge, London, 1984; Adam PODGORECKI *et alii* (org) — *Knowledge and opinion about law*, Martin Robertson, London, 1973; Angel Sanchez de la Torre, *Sociologia del Derecho*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 1987; Renato TREVES — *Sociologia del Diritto. Origini, ricerche, problemi*, trad. castelhana, *La Sociologia del Derecho Orígenes, investigaciones, problemas*, Ariel, Barcelona, 1988.

⁴ Cfr., v.g. Eric AGOSTINI — *Droit Comparé*, PUF, Paris, 1988; René DAVID — *Les Grands Systèmes du Droit Contemporain (Droit Comparé)*, trad. brasileira, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes, São Paulo, 1986; Carlos Ferreira de ALMEIDA — *Introdução ao Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 1994.

⁵ Significativamente afirma sobre o estudo no curso de Direito v.g. G. GALLONI — *Reclutamento e formazione dei magistrati in Itália, Contributi al dibattito su un nodo centrale della crisi della giustizia*, Roma, 1991, p. 5 do texto dactilografado, *apud* Francesco GENTILE — *Il posto della Filosofia del diritto nel corso degli studi di Giurisprudenza*, Separata de “Giurisprudenza italiana”, 1992, Disp. 10.ª, Parte IV, Turim, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1992, p. 5: “ogni materia debba essere studiata nei suoi fondamenti filosofici, storici e sociali”.

procurar, de forma impressionista, mas fiel, traçar-lhes as grandes e impressivas pinceladas de uma «cor local», reconstituir-lhe uma ambiência. Porque, apesar do múltiplo da sua superfície, a contemporaneidade jurídica evidencia traços que verdadeiramente a singularizam. Alguns não constituem substancialmente nada de novo de per si, mas o sistema em que todos convivem, em recíproca causação ou natural vizinhança, esse sim, denota uma realidade inconfundível. É pois essa imagem que parece importante captar-se, não fotográfica, mas simbolicamente.

II. *Dialécticas do entendimento e vivência do direito no séc. XX*

Se o século XIX fora conseguindo granjear uma aparente unanimidade em torno do triunfo da Codificação, que os poderes político e universitário de então foram metamorfoseando até uma verdadeira apoteose do positivismo legalista, o certo é que, sobretudo a partir do meio do século XX (mormente após o fim da II grande guerra mundial) viria ao de cima o escândalo prático resultante do esquecimento de uma dimensão não puramente voluntarista e decisionista do Direito.

Para alguns, seria o retorno à ideia de uma dimensão transpositiva ou natural da juridicidade. Aliás, ela nunca deixara de ser proclamada pelos jusnaturalistas de vários matizes, não apenas de inspiração cristã (ou especificamente católica romana, como limitativamente proclamam, ainda hoje, certos positivistas), mas de outras confissões, e até de raiz marxista⁶. Tratando-se, portanto, mais de um fenómeno de expansão que de qualquer original descoberta.

Já na primeira metade do século, de Stammler à fenomenologia, passando pela escola sudocidental alemã, se haviam apontado outros caminhos, naturalmente muito ao arpejo do

⁶ Sem falar dos jusnaturalismos judaico e muçulmano, ou no *dharma* hindu, e em tantos outros conceitos análogos em diversos tempos e lugares, refira-se, num terreno ideológico insuspeito e insuspeitado, o marxista, v.g. Ernst BLOCH — *Derecho Natural y Dignidad Humana*, trad. castelhana, Aguilar, Madrid, 1961.

legalismo⁷. A expressão “jusnaturalismo” parece comportar assim um sentido latíssimo, em que se identifica com a rejeição do positivismo e do monismo jurídicos⁸... Por isso há também a tentação de com o “jusnaturalismo” identificar todas as perspectivas pluralistas no Direito, especificamente nesta sede autagnótica e onto-fenomenológica.

Depois da crise mental dos anos sessenta do séc. XX, cujas ideias ou protagonistas os anos setenta e seguintes, directa ou indirectamente, elevariam a uma grande proximidade do poder⁹, e com as desilusões ideológicas que os anos oitenta anunciaram e os anos noventa viriam a consumir, procurou-se por várias formas reconstituir de algum modo uma fé nova. Estes esforços teriam consequências ou ramificações também no plano jurídico. Mas entretanto muitas crenças haviam ruído. Sobretudo as crenças totalitárias e totalizantes, porque as formas matizadas, essas, viram até reforçada a sua razão, que ainda não era “débil”, mas à qual repugnavam as certezas sufocantes...

Isto significa que, se até aos anos 80 do século, a grande dicotomia continuava ainda a ser entre positivismo legalista e jusnaturalismo, depois dessa altura tudo vai aparentemente mudar...

Vai ser então que pensadores de sólida formação jusnaturalista vão matizar a sua adesão a um jusnaturalismo entretanto cristalizado e tornado dogma, afirmando a sua singularidade e independência face ao resvalar da consideração do Direito natural para mais um “-ismo”¹⁰.

⁷ Sobre esta linha, v.g., Karl LARENZ — *Metodologia da Ciência do Direito*, 2.^a ed. port., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989; Juan VALLET DE GOYTISOLO — *Metodología Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

⁸ Cf., para mais desenvolvimentos, Paulo Ferreira da CUNHA — *Filosofia do Direito. Primeira Síntese*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 137 ss.

⁹ Allan BLOOM — *Giants and Dwarfs. Essays*, trad. portuguesa, *Gigantes e Anões. Ensaios, 1960-1990*, Europa-América, Mem-Martins, 1990; Jean-François REVEL — *La Connaissance Inutile*, Paris, 1988.

¹⁰ Michel VILLEY — *Jusnaturalisme, essai de définition*, in « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », n.º 17, 1986. Aqui, jocosamente, o jusnaturalismo é apresentado sob a metáfora médica da afecção mental, hipertrofia dos órgãos do direito natural. Este Autor vai mais longe ainda no seu *Reflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, PUP, Paris, 1995, p. 45, ao afirmar nomeadamente: «Le droit naturel n'est pas la philosophie des juristes — seulement les meilleurs d'entre eux — (le droit naturel inclut du reste le positivisme — et il explique le succès du positivisme — car de notre point de vue mieux vaut élever le juge médiocre dans cet excès plus que dans l'autre qui serait contraire: l'arbitraire, la fantaisie, le rationalisme —). Je ne recommande pas à tous le droit naturel, mais à ceux-là seulement qui peuvent comprendre. Le droit naturel est ésotérique.».

Paralelamente, o positivismo jurídico acabava também por metamorfosear-se, apresentando-se doravante sobretudo com matizes analíticos, sociológicos, ou até, e sobretudo, vivendo numa clave puramente prática, sem qualquer recurso a teorização ou sequer justificação. E aí está ele nos nossos dias, hoje mesmo, como sempre, aparentando vender saúde, esse positivismo que os subtis teóricos dizem já moribundo ou enterrado: de pé e firme no dogma cabotino do *dura lex sed lex*, brocardo nihilista apenas criado no tempo da decadência romana, quando já nada, senão o dogma e a força, poderiam sustentar os ditames¹¹.

Paralelamente, e em geral evoluindo a partir do positivismo sociológico ou historicista, surge o pensamento jurídico auto- ou hetero-afirmado como pós-moderno, aparentemente rejeitando ou apenas ignorando aquele legado, mas retomando por vezes algumas das suas preocupações¹².

Tal categoria, e promessa, acabaria por suscitar a atenção de outros teóricos, caminhando em diversa esteira¹³. A tal fenómeno não será decerto alheio o simultâneo carácter vanguardista e recuperador do clássico que assume no domínio das Belas-Artes (especificamente da arquitectura e na decoração) e o timbre inovador, descomprometido, e mais profundo dos seus primeiros arautos filosóficos (Lyotard, Foucault, etc.).

Porém, no âmbito do Direito, tal corrente raras vezes assume tonalidades diversas do cânone de raiz sociológica. Outras abordagens parecem hoje tentativas frustradas mais anti-modernas que propriamente pós-modernas. O que não as minimiza, em si mesmas: apenas parecendo dever dar-se, também aqui, *o seu a seu dono*. E especialmente agora que, todos estes anos volvidos desde os seus primórdios no mundo do Direito, parece verificar-se que a

São verdades como punhos, e aqui reside todo o problema, mesmo o da oscilação histórica entre períodos jusnaturalistas e períodos juspositivistas.

¹¹ Sebastião CRUZ — *Direito Romano*, I. *Introdução*. Fontes, 3.^a ed. do Autor, Coimbra, 1980, p. 284.

¹² Cfr, especialmente, Jesús Ballesteros — *Postmodernidad. Decadencia o Resistencia?*, Tecnos, Madrid, 1989. Mais recentemente, no Brasil, e por todos, Eduardo BITTAR — *O Direito na Pós-Modernidade*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

¹³ Arthur KAUFMANN — *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, 2.^a ed., Decker und Müller, Heidelberg, 1992.

tónica dos estudos normalmente assim designados não vai no mesmo sentido do advogado por alguns dos que inicialmente utilizaram a designação.

O jusnaturalismo realista clássico também ele se aproximara um dia da sociologia jurídica (com um Michel Villey¹⁴ e já com um Jacques Leclercq¹⁵) e também por momentos se diria ter estado em diálogo com a fenomenologia¹⁶. A posteridade destes esforços viria a revelar-se desigual e localizada. Ninguém pode ignorar que, nos momentos matinais da recepção da expressão, conviveram estudos e posições que partem geralmente de pressupostos e estilos bem diversos.

No domínio das teorias jurídicas mais elaboradas, operar-se-ia como que um «suave milagre», o qual aparentemente – só aparentemente, porém – desertificou as hostes positivistas¹⁷, sem todavia as converter ao jusnaturalismo. Os debates promovidos por Virginia e Percy Black e a *Natural Law Society*, de Nova Iorque, tentando um entendimento (ou, no mínimo, um diálogo sereno) entre as duas famílias secularmente desavindas, revelar-se-iam tão esclarecedores e teoricamente ricos quão infrutíferos quanto a um resultado conciliador¹⁸. Parece que o ocorrido foi apenas o desaguar de mais um processo metamórfico. O positivismo puro e duro do legalismo napoleónico (e depois o germânico) acolitou-se sob o *império da lei* e sob a suficiência da prática negadora de «filosofias» (ou seja, a implícita

¹⁴ “On ne sauvera le ‘droit naturel’ qu’en l’harmonisant aux donnés de l’histoire scientifique et de la sociologie du droit » afirmou Michel VILLEY — *Mobilité, diversité et richesse du droit naturel chez Aristote et St. Thomas*, in « Archives de Philosophie du Droit », XXIX, 1984, p. 191.

¹⁵ Jacques LECLERCQ — *Du droit naturel à la sociologie*, trad. brasileira, *Do Direito Natural à Sociologia*, Livraria duas Cidades, São Paulo, s/d.

¹⁶ Paul AMSELEK — *Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit*, 2 vols., LGDJ, Paris, 1964; Simone GOYARD-FABRE — *Essai de Critique Phénoménologique du Droit*, Klincksieck, Paris, 1972; Alexandre KOJÈVE — *Esquisse d’une phénoménologie du Droit*, Gallimard, Paris, 1981; José de Sousa BRITO — *Fenomenologia do Direito e Teoria Ecológica*, separata de “Estudos Políticos e Sociais”, vol. I, n.º 2, Lisboa, 1963.

¹⁷ Cfr. o diagnóstico geral in Mário Júlio de Almeida COSTA — *História do Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 463 segs., máx.p. 473.

¹⁸ Percy BLACK — *Challenge to Natural Law and to Positive Law forever irresolvable?*, in “Vera Lex”, New York, vol. XI, n.º 1, p. 11; *Idem* — *Mirror Images behind the rhetoric of natural and positive law*, *ibid.*, n.º 2, pp. 36 e 38; *Idem* — *Natural Law and Positive Law: forever irresolvable?*, *ibid.*, vol. X, n.º 2, 1990, pp. 9-10.

afirmação da filosofia positivistas¹⁹); e o que restou dele em pruridos teóricos acabou por se converter às mil e uma correntes sociologistas e afins. Isto apesar de o grande Adamastor da pós-modernidade no Direito ainda ser o próprio legalismo²⁰.

Na crítica ao positivismo legalista, parece todos estarem hoje de acordo²¹. E o eco juntaria facilmente, em teoria pelo menos, anarquistas militantes, sociologistas estrénuos e defensores do direito divino, ou do direito racional...

Fala-se mesmo em “superação” do positivismo. E é uma expressão feliz, essa – apesar de tão ritualmente repetida, de forma que se diria psitacista, sem a noção, por tantos, do seu real sentido e alcance. Porque, na verdade, e a uma segunda leitura, não indica uma tal expressão, tornada canónica, qualquer real destruição nem efectiva derrota, mas revela apenas que, na espiral sem fim da História, o problema foi colocado num outro plano, que se pressupõe superior ou mais avançado. Na verdade, estamos perante um esquecimento ou desactualização na “agenda” da moda, o que significaria, noutros termos, uma “mudança de paradigma”.

Ora precisamente tal significa que, em rigor, e considerando as coisas atemporalmente, a questão persiste. Passe o relativo paradoxo: uma superação, enquanto ultrapassagem de um problema ou de uma posição, não supera nada, apenas à questão desloca, ou nos desloca face ao objecto em análise. E é assim que a dicotomia jusnaturalismo/ /juspositivismo, está e não está superada com a superação do primeiro. Na verdade, os grandes problemas filosóficos — e este é um problema filosófico-jurídico de primeira importância — são de todos os tempos, e constituem, com frequência, autênticas aporias²².

¹⁹ Sobre o positivismo como filosofia espontânea dos juristas, António Braz TEIXEIRA — *Sobre os pressupostos filosóficos do Código Civil Português de 1867*, in “Fides. Direito e Humanidades”, III, 1994, p. 148.

²⁰ Sobre as diferentes modalidades e manifestações do positivismo jurídico, Jean-Marc TRIGEAUD — *Eléments d'une Philosophie Politique*, Bière, Bordeaux, 1993; *Idem* — *Humanisme de la Liberté et Philosophie de la Justice*, II, Bière, Bordeaux, 1990.

²¹ Todavia, v.g., Norberto Bobbio — *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1984.

²² Sobre a aporia em Direito, António Braz TEIXEIRA — *Sentido e Valor do Direito. Introdução à Filosofia Jurídica*, Imprensa Nacional- Casa da Moeda, Lisboa, 1990, p. 18.

O que realmente sucede é que, em novo paradoxo, a alternativa que mais imediatamente se coloca hoje ao jurista que deseje tomar um pouco de altura face aos seus imediatos instrumentos e casos do quotidiano²³, é a seguinte: ou o não pensar assumido de um positivismo apenas passível de reflexão no círculo fechado dos problemas que possa permitir-se o seu sistema (na melhor das hipóteses, ao nível de uma Teoria do Direito generalizadora e indutiva); ou o questionar da juridicidade, de forma já verdadeiramente extra-jurídica (ou para tal resvalando), que é a crítica do Direito das teorias pós-modernas.

Este cru dilema não faz sair o jurista da armadilha positivista. Porque, na primeira hipótese, continua prisioneiro da obediência ao direito dado; e, na segunda, contaminando da iniquidade de algum direito positivo os próprios alicerces da juridicidade, derrapa-se para um outro discurso, decerto *sobre o* Direito, mas não já verdadeiramente *do* Direito, real e genuinamente jurídico. Sobretudo porque as propostas soluções *de iure constituendo* repugnam a uma tradição e a uma *forma mentis* muito próprias, o que aliás já seria de esperar, pela posição de *outsiders* que muitos dos seus arautos acabam por cultivar. Ora não podemos esquecer-nos que o Direito é um produto de uma prudência milenária, profundamente vinculado à sua criação por uma congregação corporativa (*il setto dei giuristi*) que se orgulha (ou orgulhava) de si mesma²⁴.

Em síntese: passou-se, pois, na contemporaneidade, da opção entre um assumido e todo-poderoso positivismo legalista e um decerto quixotesco mas aprumado jusnaturalismo de recorte clássico, para um subtil e envergonhado juspositivismo (que não deixa de imperar soberanamente na prática), a par de um pós-modernismo por vezes cáustico, mas cujas aportações construtivas parece tardarem. Quiçá que tal se lhe não possa sequer pedir,

²³ Quem se preocupar com algo mais que o papel selado (hoje extinto em Portugal, mas verdadeiro e persistente símbolo da burocracia), no dizer de Jean DARBELLAY — *La réflexion des philosophes et des juristes sur le droit et le politique*, Ed. Univ. Fribourg, Fribourg, 1987.

²⁴ André-Jean ARNAUD — *Juristes face à la Société de 1804 à nos jours* cit.; Brendan CASSIDY — *Telling stories about law*, in “*Law and Critique*”, II, n.º 1, 1991; Guastini e Rebuffa, *Introduzione a Giovanni TARELLO — Cultura Giuridica e Politica del Diritto*, II Mulino, Bologna, 1988; e ainda a obra de Paolo Grossi, e G. Tarello.

especializado que ficou na crítica e na desconstrução.

Entre os dois gigantes — que curiosamente ambos recusam ser —, o pluralismo jurídico (ou o que esteja em seu lugar, por vezes com outro nome: vimos que também se lhe pode chamar jusnaturalismo...) acaba por ficar na sombra. Encontra-se o pluralismo jurídico na paradoxal situação de se ver elevado à categoria de doutrina quase oficiosa do mundo civilizado (pelo menos na sua versão *human rights*), sendo porém, e simultaneamente, letra morta as mais das vezes (pela astúcia positivista omnipresente) e alvo das críticas intelectuais de uns e de outros, quer pelo que deseja, como (e fundamentalmente) pelo que (assim) não pode fazer.

Esta situação não significa, contudo, que um pensamento dualista, transpositivo, axiológico, dialético, etc. não tenha vindo a revelar importantes progressos, quer na exploração de novas sendas teóricas, quer mesmo em aflorações práticas: Pelo contrário: a relativa adversidade e incomodidade que advém de um só aparente triunfo sem glória tem incentivado os estudos orientados nesta senda, cuja probidade e brilhantismo são de registar, tanto mais que pouco encorajados por um clima que nada lhes é propício.

III. Condicionantes Sociais e Culturais

Com as suas duas guerras mundiais devastadoras de liberdade e potenciadoras de Estado²⁵, e um persistente clima de guerra-fria desde a última até há bem pouco, o século XX criou um espaço cosmopolita de profundo desenraizamento pessoal e social. A droga, a violência gratuita, a angústia existencial, a insatisfação ambiental, urbana, laboral e conjugal

²⁵ Bertrand DE JOUVENEL — *Du Pouvoir*, Hachette, nouvelle éd., Paris, 1972-77, F. von HAYEK — *The Road to Serfdom*, reed., Routledge, London, 1991. Ecos da mudança radical (social, cultural, etc.) desde então, encontramos-os em obras tão diferentes como Kazuo ISHIGURO — *The Remains of the Day*, trad. portuguesa, *Os Despojos do Dia*, 2.ª ed., Gradiva, Lisboa, 1995 (bem como no respectivo filme); C. S. Lewis — *That Hideous Strength*, trad. portuguesa, *Aquela Força Medonha*, 2 vols., Europa-América, Mem-Martins, s/d. Um ângulo com repercussão jurídica e de pendor memorialístico in Giovanni PAPINI — *O Passado Remoto*, trad. portuguesa, Verbo, Lisboa, 1971, pp. 124 segs. Para uma análise mais jurídica dos últimos tempos, cfr. uma excelente síntese in Paulo Dourado de GUSMÃO — *Filosofia do Direito*, 2.ª ed. revista e ampliada, Forense, Rio de Janeiro, 1994.

(quase não há domínio em que as frustrações se não acumulem...) são um punhado de sintomas do radical corte que situações de excepção e soluções abstractas operaram entre o Homem e as suas raízes e laços mais profundos, os quais efectivamente lhe davam um norte e constituíam sólido cimento social. A começar, evidentemente, pela família e pelas instituições de autoridade (*auctoritas*, não *potestas*), da escola ao governo e aos tribunais.

Terminaram, em grande medida, as presunções positivas sobre a autoridade, e mesmo a família se vai dissociando de conotações de afecto necessárias. Pois os tempos de desvendamento e a acção implacável das teorias e ideologias da suspeita (que se viriam – *hélas!* – a revelar surpreendentemente adequadas em tantos domínio...) atacaram mais fundo os idealismos que ainda funcionavam como ópios: dissecando os fundamentos da sociedade, e expondo-lhes os males e as regras do funcionamento, mesmo em zonas que o imaginário cuidava pacificadas vieram trazer a guerra, a desconfiança e por fim a descrença. Mostraram as ilusões, as grinaldas nas cadeias de ouro, e puseram a nu não só as misérias reais, com algumas mais à conta da sua própria imaginação. Conhecedor do bem e do mal, e, assim, mais do mal que do bem, a condição humana tornou-se ainda mais insuportável.

Não é este o lugar para empreender a urgente sociologia daquilo a que se poderia sem grande erro chamar a deriva social e a utopização crescente do homem moderno²⁶. Todavia, alguns traços dela deverão reter-se, porquanto contribuem poderosamente para a presente - situação do Direito.

O homem moderno, cada homem, não sabe onde está, nem quem é, nem para onde vai. Não se trata agora, evidentemente, de entender estas questões no plano especulativo, mas simplesmente sob um ângulo social. Tudo se reconduz, em muito boa medida, ao desabar das categorias simbólicas e dos freios sociais que, do berço à tumba (e antes e depois de ambos),

²⁶ Cfr., desde já, para a cultura, George Steiner — *No Castelo do Barba Azul*, trad. portuguesa, Relógio D'Água, Lisboa, 1992; para o Direito, principalmente o Direito público, Rogério Ehrhardt SOARES — *Direito Público e Sociedade Técnica*, Atlântida, Coimbra, 1969. Ver, mais recentemente, o importante contributo de Wolf LEPENIES — *Ascensão e Declínio dos Intelectuais na Europa*, trad. portuguesa, Edições 70, Lisboa, 1995.

costumavam limitar cada um, determinando-lhe um papel de acordo com um *status* em muito boa medida pré-determinado. Com o explodir das possibilidades reais de mobilidade social ascendente, que a sociedade de consumo tinha de explorar e a conversão da democracia em processo técnico (e não necessariamente ético) deveria auxiliar²⁷ o limite individual passou a ser apenas o do sonho ou das ambições de cada um. A par deste fenómeno, a dessacralização de todo o social e do político consumou a quebra das últimas fronteiras do desejo. Uma sociedade não só laicizada, como em geral sem Deus e sem transcendência²⁸ (ou em que ganham terreno crenças mercantilizadas ou superstições puras e simples – tantas delas simples caricaturas e aproveitamentos do divino e do transcendente *pro domo*), desencantada já em grande medida com os ideais de solidariedade social (desencanto que uma ideologia de egoísmo explora ao limite), com uma economia acelerada e de feroz concorrência, normalmente pouco propiciadora de vinculações de longo prazo, daqui decorrendo costumes hedonistas e conseqüentemente exaltadores das vivências, das experiências, das fatuidades e das fugacidades, só pode conceber o poder político como um conselho de gestão de interesses, mas sobretudo de negócios.

Uma tal sociedade gera um cidadão egoísta e desejoso de triunfar na vida, isto é, de enriquecer e de a “gozar”, acotovelado por outros cidadãos que, querendo o mesmo, lhe não vão tornar a tarefa fácil. Esta cosmovisão tem implicações políticas óbvias²⁹. Todos estes - ávidos cidadãos terão, porém, de confrontar-se com instituições várias e sobretudo com o Estado que, no seu gigantismo, burocratização e perda natural de vinculação ao político, funciona cada vez mais como uma máquina de inércia ou *motu perpetuo*, fundamentalmente

²⁷ Cfr. Alberto MONTORO BALLESTEROS — *Razones y Límites de la Legitimación Democrática del Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1979; Mário Bigotte CHORÃO — *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1986.

²⁸ Francesco D'AGOSTINO — *Diritto e Secolarizzazione*, Giuffrè, Milano, 1982; Luigi LOMBARDI VALLAURI / G. DILCHER (org.) — *Cristianesimo, Secolarizzazione e Diritto moderno*, Giuffrè-Nomos Verlag, Milano-Baden Baden, 1981.

²⁹ C. B. MACPHERSON — *The Political Theory of Possessive Individualism*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1962; sobre uma outra mundividência, Paolo GROSSI — *Un Altro Modo di Possedere*, Giuffrè, Milano, 1977.

alheia aos próprios titulares do poder³⁰, e, por isso, não só frequentemente cega a valores, como cega aos Homens³¹.

Legítimas e generosas aspirações foram urdindo uma teia complexa de poderes e contrapoderes, redundando no estilhaçamento da soberania numa policracia fomentadora da não responsabilização política e bloqueadora das iniciativas de uma vontade que ainda se assemelhe à decisão livre da velha função política dos indo-europeus. Mas desgraçadamente, nem por isso essa malha apertada deixa mais liberdade ao cidadão comum — que assim ganha mais senhores a quem prestar tributo, os quais, todavia, singularmente se encontram em regra pouco providos de meios para poderem retribuir-lhe.

Donde, o cidadão não encontra outro arrimo, nas suas justas ou injustas petições, que não seja o aparelho judicial, sede da aplicação prática do Direito *in extremis*. E que, desamparado no direito por instâncias de «fisiologia» e «profilaxia» jurídicas, e sobretudo sem crenças imanentes ou transcendentais que o consolem ou retraiam — sem veneração pelo poder, sem respeitos humanos (sem vergonha, sem honra e sem educação), sem religião, sem moral, sem estáveis interdependências sociais, até sem perenes afeições, etc. — o cidadão desenraizado vê no Direito (externalização de uma força do mais forte, o Estado — ou o que lhe faça as vezes) o único árbitro nos conflitos de que é parte³². E este cidadão, que não aprendeu boas maneiras nem crê em penas do Além, atacado na guerra de todos contra todos, desconsiderado, desprotegido, frequentemente ferido e mesmo acossado, tende natural e despreocupadamente para a querela, é quezilento — e é, radicalmente, infeliz. Dele se poderá dizer ter adoptado o lema da personagem dos *Plaideurs* de Racine: *Mais vivre sans plaider, es-ce contentement?* Como vão longe os tempos em que se acreditava que isso dos tribunais

³⁰ Jonathan LYNN / Antony JAY — *Yes Minister*, London, 1984; Idem — *Yes Prime Minister*, London, 1986.

³¹ François VALLANÇON — *L'Etat ou l'Odyssée*, in “EYDIKIA”, Atenas, 1991, n.º 1, pp. 73 segs.; Blandine BARRET-KRIEGL — *L'Etat et les esclaves*, Payot, Paris, 1989; Robert-Édouard Charlier — *L'Etat et son droit, leur logique et leurs inconséquences*, Economica, Paris, 1984; Martín KRIELE — *Introducción a la Teoría del Estado*, trad. castelhana, Depalma, Buenos Aires, 1980.

³² E não raro o próprio Direito agride a Moral, ou as morais em presença. Cfr., por todos, Kent GREENAWALT — *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, New York / Oxford, 1989.

era para gente muito especial (na verdade: gente de algum modo reprovável), e em que mesmo os homens de bem tinham relutância, verdadeiro pudor, em pleitear, preferindo conciliar, ou mesmo transigir!...

Trata-se de uma situação preocupante, e condicionadora de toda a actual juridicidade. Porque o Direito, assim erigido em chave mestra dos problemas sociais e humanos, é chamado a resolver litígios para que não está preparado e para que não foi concebido³³, e em número astronomicamente crescente³⁴. A regra que proíbe a denegação de justiça pelos tribunais, sendo justa, parece não ser interpretada correctamente: é que o juiz não tem de julgar todos os casos, só os verdadeira e especificamente jurídicos. E coisa análoga se diga para as vastas zonas de liberdade e indiferença jurídica, e até de verdadeira reserva de não juridicidade, que parece constituírem sentido proibido à cavalgada imparável da legislação³⁵.

A criação epistemológica e vivencial autónoma do Direito³⁶ pressupusera, evidentemente, um tipo de sociedade muito diferente, em que outras ordens sociais normativas muito profundamente criavam um pano de fundo de urbanidade com o qual hoje já se não pode contar, e em que um poder político de outro timbre dava o tom nas questões fundantes do poder, o qual assumia uma dimensão simultaneamente paternal e sacral. Tais pressupostos ou requisitos foram sendo basicamente constantes, no essencial, nas sociedades

³³ Anthony ALLOT — *The Limits of Law*, London, 1980.

³⁴ Cfr., por todos, e apenas sobre o mais significativo exemplo desta tendência (que todos desejam imitar), Norbert ROULAND — *Aux confins du Droit*, Odile Jacob, Paris, 1991. p. 13: «En Amérique, les consommateurs n'hésitent plus à attaquer les producteurs, même lorsque le dommage est dû à un mauvais usage manifeste du produit (par exemple le fait d'appuyer une échelle métallique sur une ligne électrique); les malades citent sans atermoyer leurs médecins devant les tribunaux. Hypertrophie des litiges, inflation des avocats: il y en a un pour trois cent cinquante Américains». Algumas linhas acima, havia o autor afirmado a consequência destas inflações: «L'avenir, n'est-ce pas ces cabinets américains climatisés, appareillés de tous les perfectionnements de la bureautique, qui emploient huit cents lawyers performants, travaillant parfois cent heures par semaine... et si stressés que la profession compte deux fois plus d'alcooliques que la moyenne nationale?». Isto podia ser, para nós, um aviso eloquente. Mas tudo indica que queremos ultrapassar os Americanos, ao menos no número de juristas e de processos *per capita*.

³⁵ Cfr., a propósito dos graus de intervenção jurídica, Rogério Ehrhardt SOARES — *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Atlântida, Coimbra, 1959, pp. 1-41.

³⁶ Essa autonomia é apanágio do realismo clássico. Cfr., v.g. a obra de Michel Villey. V. Juan VALLET DE GOYTISOLO — *Metodologia Jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 125 segs.

indo-europeias, partindo-se da original trifuncionalidade social e do imaginário³⁷ para uma divisão clara da função mágico-soberana nos domínios político, religioso e jurídico, que no Ocidente assumiria foros definidores de uma civilização, aliás anunciados já pelos Evangelhos (*A César o que é de César*) e pela Filosofia Grega (máxime aristotélica), desaguando preciamente nesse grande instrumento de civilização que foi o Direito Romano³⁸. Mas estamos hoje em crer, depois da análise, embora ainda lacunosa, de alguns autores concretos, que, para além de todas as desinências e cores locais do mundo que se seguiu à fase clássica do *Ius romanum*, e mesmo depois de Tomás de Aquino, mesmo depois do chamado direito natural clássico continuaria em muito boa parte a viver um sentido de justiça que servia a justa repartição do meu e do teu: pelo que depois desta fase não teria sido, como se tem dito, sobretudo a ruptura, mas alguma continuidade – até ao advento do positivismo legalista, o qual, esse sim, é um corte numa forma de pensar e de agir no e do Direito.

Matéria, porém, para mais estudos, para ulteriores reflexões...

Encontramo-nos, agora, pela primeira vez, numa situação generalizada em que a primeira função indo-europeia quase não encontra esteio senão no domínio jurídico. A própria juridicização do poder, nomeadamente ao nível administrativo e constitucional, disso é um eco eloquente, e um verdadeiro «milagre»³⁹. É fatal que o Direito não possa responder a contento de todos, e arrisca-se quicá a não poder satisfazer já ninguém.

Concomitantemente com este fenómeno social, vivemos uma situação cultural e educacional totalmente nova. Estamos na era da «deseducação obrigatória», em que a “cultura

³⁷ Cfr. a obra de um George Dumézil. Uma síntese interessante será, v.g., o seu *Mythes et Dieux des Indo-Européens*, Flammarion, Paris, 1992.

³⁸ Ver, em geral, a obra de Michel Villey; Mário Bigotte CHORÃO — *Introdução ao Direito*. I. *O Conceito de Direito*, Almedina, Coimbra, 1989; Agostinho da SILVA — *Ir à Índia sem Abandonar Portugal*, Assírio & Alvim, Lisboa, 1994, máx. pp. 32-34; *Idem* — *Vida Conversável*, Assírio & Alvim, Lisboa, 1994, pp. 107 segs.

³⁹ Prosper WEIL — *O Direito Administrativo*, trad. portuguesa, Almedina, Coimbra, 1964; Julien FREUND — *Préface a Carl SCHMITT — La notion du Politique, suivie de Théorie du partisan*, trad. francesa, Flammarion, Paris, 1992.

inculta” impera⁴⁰. A proliferação dos diplomas sem real valor e a inversão da pirâmide sócio-profissional e de títulos, além de ser já hoje um sério problema social (com desemprego de licenciados e escassez de técnicos e operários qualificados, para além da desertificação do interior e a deserção dos campos) conduzem necessariamente a insatisfação geradora de anomia, com reflexos jurídicos graves⁴¹.

Não é problema o número de licenciados: é problema a incapacidade de algumas sociedades em se adaptarem às necessidades de desenvolvimento, e em absorverem o acréscimo de formação, que, paradoxalmente, acaba por ser um obstáculo, quando deveria ser um motor.

Não se trata também de simples opção (condenável, mas admissível) pelo abaixamento do nível; pela massificação imbecilizadora, pela produção em massa e por muito tempo da dita «geração rasca». É um suicídio ingénuo e suave... De que todos estamos a ser vítimas — com a incompetência clamorosa a todos os níveis. Recuperar das reformas do ensino que nos decapitaram de elites demorará décadas. Já hoje se vai concordando que o saldo negativo destas últimas décadas é, sobretudo, o fracasso da educação. Haver elites verdadeiras, actantes, auto-conscientes e conceituadas (e para isso, quanto trabalho importaria fazer) é a única forma de travar o mau elitismo, o elitismo *snob*, dos que se auto-proclamam, sem competência, escol.

Todavia, há por essa Europa fora Universidades justamente prestigiadíssimas.

Mas há inflação de licenciados, enquanto se teimar em não tornar obrigatória a contratação de juristas habilitados mesmo para os *guichets* da função pública e para muitas

⁴⁰ Allan BLOOM — *The Closing of the American Mind*, 1987, trad. portuguesa, *A Cultura Inculta*, Europa-América, Mem-Martins, s/d.; Alain FINKILKRAUT — *La Défaite de Ia Pensé*, Paris, 1987, trad. portuguesa, *A Derrota do Pensamento*, Dom Quixote, Lisboa, 1988.

⁴¹ Sobre a anomia, cfr. o número monográfico de *Oñati Proceedings*, 11.

funções privadas. De uma posição de centralidade⁴² e de merecido prestígio⁴³, os juristas, agora superabundantes, pior preparados, mal pagos e desconsiderados, arriscam-se a tornar-se mão-de-obra intelectual barata e inespecífica.

Mas, a essa vicissitude fundamentalmente exógena, acresce um complexo de inferioridade interior (embora exteriormente induzido), que se revela na rendida permeabilidade dos juristas, mesmo de alguns juristas pensantes, aos cantos de sereia de outras racionalidades ou propostas, epistemológicas e práticas. Nenhum perigo correriam, pelo contrário só benefícios, se tal se tratasse de salutar interdisciplinaridade ou curiosidade cultural, a qual, aliás é biunívoca nos grandes espíritos⁴⁴.

Já uma outra avaliação do fenómeno terá de fazer-se se se concluir que deparamos com um vasto processo de crise de identidade, radicado essencialmente na perda de vocação para o *sacerdócio da justiça*, com a singularidade, o sacrifício e a *auctoritas* que tal envolve⁴⁵ e a consideração do Direito como um simples emprego, e em especial um emprego assalariado em que se obedece.

A “crise de vocações” jurídicas acompanha a inflação dos candidatos a juristas. E o - sintomático é que mesmo juristas com carreiras longas e brilhantes, ou recentes, mas já promissoras, perigosamente caem numa descrença acerca das suas próprias tarefas, da sua utilidade, ante alguns sinais de uma impotência que se teria apoderado do sistema. E a descrença na especificidade e excelência da proposta “Direito” é o melhor terreno de cultura para as sementes alheias e para as ervas daninhas.

⁴² António HESPAÑA (org.) — «O Antigo Regime (1620-1807)», in *História de Portugal*, dir. de José Mattoso, Círculo de Leitores, Lisboa, 1993; *Idem* — *Poder e Instituições no Antigo Regime. Guia de Estudo*, Cosmos, Lisboa, 1992.

⁴³ Guilherme Braga da CRUZ — *História da Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2 vols., Coimbra Editora, Coimbra, 1975 e 1979; *cum grano salis*, Sousa LAMY — *Advogados. Elogio e Crítica*, Almedina, Coimbra, 1984.

⁴⁴ Cfr., v.g., Delfim SANTOS — «Psicologia e Direito», in *Obras Completas*, III, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1977; Michel SERRES — *Le Contrat Naturel*, François Bourin, Paris, 1990.

⁴⁵ ULPIANUS, *Lib. 1 Institutionum* = D. 1, 1, 1, 1.

A tendência reflexiva é talvez excessivamente tributária de um pessimismo decorrente da verificação que os tempos mudaram demais e demasiado depressa, e a paisagem de hoje torna-se estranha e hostil. Não é necessariamente má a situação de hoje. Há muitos aspectos hodiernos de genuinidade, de quebra de hipocrisias, de generosidades verdadeiras irrompendo...

Falta o necessário diálogo entre o passado que parece olvidado em demasia, olvidado de uma mortal amnésia, e o futuro que, ingénuo, desponta sem os pés na terra e nas raízes. Se conseguirmos – e tal só poderá ser feito pela formação, nas nossas Universidades, elas também tão ameaçadas, tão desvirtuadas em tantos sentidos –, se conseguirmos unir a sabedoria perdida e o *élan* dos novos tempos, poderá nascer, depois dos tempos do direito objectivo e dos tempos do direito subjectivo, uma nova era de direito. Talvez “direito humano”, talvez “direito social”. Mas, independentemente dos nomes⁴⁶, direito mais Justo, a caminho do verdadeiro direito – meta inatingível, pois que a Justiça é não só firme determinação (como lembra S. Tomás), como constante busca: *constans et perpetua voluntas*. Por isso um dos grandes deveres do jurista, hoje, é ter esperança. E trabalhar por ela.

⁴⁶. Ainda sobre os “direitos humanos”: Francesco GENTILE – *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento políticos*, Milão, Giuffrè, 2003, máx. p. 157 ss. Sobre as denominações e as críticas e pós-críticas de algumas das categorias, cf., em geral, Paulo Ferreira da CUNHA – *Teoria da Constituição*, II. *Direitos Humanos, Direitos Fundamentais*, Lisboa / São Paulo, 2000, máx. p. 133 ss. e p. 305 ss.