

Direito e Filosofia do Direito: para uma tópica onto-epistemológica¹

Paulo Ferreira da Cunha²

Resumo: O que o Direito é não pode ser decidido aprioristicamente, como quem delineasse um axioma matemático, e daí extraísse, mentalmente, as consequências de uma utopia abstrata. O que a Filosofia do Direito seja tem também como via de acesso cognitivo igualmente não um dogma qualquer, posto pela pseudo-*auctoritas* da “tirania do logos”, mas um paciente trabalho tópico. E nessa tópica se incluem os *topoi* epistémicos. O presente artigo é uma reflexão multidimensional sobre as tópicas epistémicas sobre o Direito, que são também via para o conhecimento do seu “ser”. Resultando tudo num exercício de onto-epistemologia jurídica.

Palavras Chave: Direito, Filosofia do Direito, Tópica Jurídica, Epistemologia Jurídica, Onto-epistemologia jurídica.

Abstract: What Law is cannot be decided *a priori*, as one delineates a mathematical axiom, taking out, mentally, the consequences of that abstract “utopia”. What is Jurisprudence cannot also be accessed by any dogma, decided by the pseudo-*auctoritas* of the “tyranny of the logos”. Instead, the cognitive access to the philosophy of law can only be a patient topical work. And this topical procedure includes the epistemic *topoi*. This article is a reflection on the multidimensional topical epistemology on law and philosophy of law, which is also important as a way to the knowledge of their “being.” Resulting in an exercise of onto-epistemology juridical inquiry.

Keywords: Law, Philosophy of Law, Legal Topics, Juridical Epistemology, Legal Onto-epistemology.

“(…) filosofar significa precisamente isto: considerar a totalidade, o sentido último daquilo com que deparamos na experiência. É uma tarefa que evidentemente não pode ser encerrada no âmbito delimitado de uma disciplina académica especializada, uma tarefa da qual, além do mais, ninguém que tenha a pretensão de pautar a sua existência a partir do pleno impulso de sua vida do espírito se pode eximir.” Josef Pieper³

I. Filosofia ou Direito?

Na tópica⁴ do Direito e da Filosofia do Direito, os primeiros tópicos são, como certamente diria M. De La Palice, precisamente “Direito”, “Filosofia” e “Filosofia do Direito”. Há por vezes a tentação de os esmiuçar e contrapor.

¹ O convite para escrever um artigo para comemorar 200 números das nossas revistas e 15 anos deste empreendimento é para nós uma grande honra e uma enorme responsabilidade. Ponderamos muito sobre como honrar este compromisso, e concluímos que a nossa participação poderia concretizar-se em uma de três coisas: ou um sentido testemunho da nossa modesta mas entusiasmada participação nesta aventura, ou um estudo como que histórico-sociológico sobre as temáticas mais das nossas áreas ao longo destes três lustros publicadas, ou um artigo de fundo, simbolicamente marcando presença, contribuindo para as questões mais substanciais, afora a comemoração e a memória. Os três são possíveis, e têm o seu lugar. Simplesmente, no turbilhão de pesquisa em que nos encontramos presentemente, julgámos que ainda o mais construtivo que, pessoalmente (e só de nós falamos) poderíamos dar, *hic et nunc*, seria um estudo do terceiro tipo. Ele aqui se apresenta, constituindo também uma primeira prestação de contas públicas dos estudos de Pós-doutorado que empreendemos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Departamento de Direito do Estado.

² Catedrático da Universidade do Porto. Diretor do IJI – Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Univ. do Porto. Diretor do Cemoroc. lusofilias@gmail.com

³ PIEPER, Josef — *Dois Modos de Ser Crítico*, in “International Studies on Law and Education”, n.º 9, Setembro – Dezembro de 2011, São Paulo, CEMOrOc – Feusp / IJI – Univ. do Porto (trad. de Gabriele Greggersen e Jean Lauand), p. 39.

⁴ A abordagem tópica em Direito é para nós uma das mais preciosas. Na nossa perspectiva, ela é o mais específico que tem a Retórica Jurídica, essencial elemento (a par da Hermenêutica, da Legística e da Sinalagmática) da Metodologia do Direito. Cf., especialmente, PUY, Francisco — *Tópica Jurídica*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1984; Idem — *Teoría Tópica del Derecho Natural*, Santiago

Não discutiremos, porém, se a Filosofia do Direito é Filosofia ou Direito. Seria uma das piores maneiras de começar.

Creemos que precisamente esse é um belo exemplo dos ardis do *epistemologismo*, doença teórico-especulativa que nos leva a uma *peri-filosofia*⁵, passos em volta (como diria o poeta⁶), e quantas vezes em círculo vicioso, do vero cerne filosófico-jurídico, distraíndo-nos assim da verdadeira *démarche* epistémica útil, que em geral, deveria ser (*est modus in rebus*) simples, clara e sintética. Não nos interessam senão coisas úteis. Como aliás, em toda a Filosofia. O problema é que a nossa noção de utilidade (a noção de utilidade do jurista e do aprendiz de filósofo: dizer-se a si mesmo filósofo é, em português, grande presunção) não é primária, nem imediatista, nem utilitarista. É uma utilidade de mais longo alcance... Em certo sentido, tudo começa pela utilidade das ditas “coisas inúteis”⁷.

Respondemos já a essa aparentemente lancinante questão. A Filosofia do Direito é filosofia, naturalmente, e é o cerne e o sumo do Direito, porque é o direito pensado. A forma, o método, o estilo são da Filosofia (embora com alguma, natural, “contaminação” por parte do “objeto” de estudo, o Direito). Mas os temas, os problemas, o conteúdo sobre que se exerce a discussão, a reflexão, a meditação, pertencem ao Direito.

Obviamente que aqueles juristas, e mesmo filósofos do Direito (e outros observadores, por exemplo, sociólogos ou antropólogos) para quem o direito seja apenas um fenómeno positivo, uma determinação do poder, num dado tempo e lugar, ou, no máximo, uma emanção do poder próprio de uma comunidade (desaguando nessa fonte de direito que é o costume) não compreenderão como a Filosofia do Direito possa ser Direito. Quando muito, ela poderia ser inspiração para os determinadores do Direito – “fonte filosófica” do Direito...

Já para quem considere que a própria lei – hoje rainha das fontes do Direito – é sobretudo produto de ideias (e, no limite, ideias filosóficas, sistemas filosóficos), e a sua materialização normativa, parecerá evidente que a Filosofia do Direito se integra no mais essencial que o próprio Direito positivo tem: o seu espírito. E não é por acaso que, numa boa hermenêutica, assim como numa boa compreensão comparatística dos sistemas jurídicos e das ordens jurídicas, temos que voltar a essa categoria, que deu título à imortal (mas pouco lida) obra de Montesquieu – *De l'Esprit des lois*. Apesar da pesada crítica que sobre tal impende da parte de Lenio Streck, o qual assim termina a sua catilinária contra a interpretação jurídica tradicional: “ (...) para total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, acredita-se ainda que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (sic)!”⁸. Contudo, sem tirar a razão ao iconoclasta

do Chile, Universidad Santo Tomás, 2004; Idem — *Tópica Jurídica. Tópica de Expressiones*, México, Porrúa, 2006. Mesmo uma obra inevitavelmente com algum pendor positivo, como os seus originais *Derechos Humanos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 3 vols., 1985, se nos afigura conter o salutar *tonus* tópico. Clássico nesta senda é, naturalmente, VIEHWEG, Theodor — *Topik und Jurisprudenz*, Muenchen, C. H. Beck'sche V., 1963. Na vizinhança da questão, v.g., VILLEY, Michel, « Nouvelle rhétorique et droit naturel », *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976 e PERELMAN, Chaïm — *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976 ; Idem (colab. L. Olbrechts-Tyteca) — *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 4.º ed., Bruxelas, Univ. Bruxelles, 1983. Para uma síntese a propósito de uma metodologia jurídica tópica e problemática, cf. MALATO, Maria Luísa / FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Manual de Retórica & Direito*, Lisboa, Quid Juris, 2007; FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Iniciação à Metodologia Jurídica. Memória, Método e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009.

⁵ Sobre este conceito, v. LANE, Gilles — *À quoi bon la Philosophie*, 3.ª ed., Québec, Bellarmin, 1997.

⁶ HELDER, Herberto — *Os Passos em Volta*, 4.ª ed., emendada, Lisboa, Assírio & Alvim, 1980

⁷ REVEL, Jean-François — *La Connaissance Inutile*, Paris, 1988.

⁸ STRECK, Lenio Luiz — *A Hermenêutica Filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (Neo) Constitucionalismo*, in *Constituição e Crise Política*, coord. de José Adércio Leite Sampaio, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 294.

constitucionalista brasileiro, haveremos de considerar que o espírito da lei é como um perfume que exalam as normas, como se fossem os vinhos de Bordéus do filósofo vitivinicultor⁹.

II. Os Filósofos e os Juristas

Há é uma filosofia do Direito dos juristas e outra dos filósofos. O ideal é que quem filosofa sobre o Direito aproveitasse de ambas as experiências. Porque uma filosofia só filosofante, sem noção vivencial da experiência jurídica, é abstrata, e normalmente uma aplicação lógica ou uma extensão particular de um sistema filosófico geral (disso foram acusados mesmo Kant e Hegel¹⁰). Em contrapartida, uma filosofia excessivamente presa ao mundo jurídico, feita por quem não tenha um arcaboço filosófico político e filosófico puro suficiente, capaz de lhe permitir levantar voo e ter uma visão mais panorâmica e depurada, corre o risco de ser pouco crítica, pouco burilada, e afinal uma forma de reflexão teórica dos próprios institutos e instituições, ou uma visão cultural(ista) sobre o Direito – que tem o seu lugar, mas se não pode, em rigor, chamar filosofia jurídica.

Acresce que não é normalmente bom que se seja só filósofo do Direito, sendo-se jurista. É preciso ter-se o pé numa realidade concreta do mundo jurídico, sob pena de se especular no vazio, ou apenas com reminiscências do aprendido remotamente nos bancos da Universidade. Há ligações naturalíssimas nessa hibridação: os jusfilósofos constitucionalistas e os que são penalistas são talvez os casos mais comuns.

Mas impõe-se uma prevenção: se parece necessário que quem se dedica à Filosofia do Direito cultive na prática uma ciência jurídica material (ramo do Direito), também é imprescindível que haja jurado fidelidade a esta *episteme*¹¹ e que tenha conhecimento especializado nela (deve exigir-se título para se leccionar a matéria, a não ser para um génio autodidata, o que é raríssimo ocorrer), e mais: que possua sólido conhecimento filosófico. Não se improvisam os cultores da Filosofia do Direito. Por vezes, o desdém com que alguns juristas do direito positivo olham esta matéria volve-se em curiosidade, e podem ter mesmo a tentação de destruí-la querendo ensiná-la. É necessário que ela se defenda do amadorismo. Nenhum cultor de nenhum ramo do direito positivo (não vale a pena dar exemplos: são mesmo todos os ramos) toleraria semelhante descida de nível e intromissão na sua casa. Como pode haver quem pense que esta matéria (como, aliás, outras matérias jurídico-humanísticas) pode ser leccionada praticamente por qualquer um, jurista, ou até não jurista?

⁹ LACOUTURE, Jean — *Montesquieu. Les vendages de la liberté*, Paris, Seuil, 2003.

¹⁰ A este propósito, v. VILLEY, Michel — Prefácio a KANT, *Métaphysique des Moeurs. I. Doctrine du Droit*, de I. Kant, 3.^a ed. fr. trad. e introd. de A. Philonenko, Paris, Vrin, 1986.

¹¹ Entre juristas e graduados em filosofia incultos, e mesmo entre docentes atrevidos pode haver a tentação de pensar, ou pensar-se mesmo, que o simples facto de se ter diploma em Direito ou em Filosofia (sabe-se lá em que mais ou em que menos) habilitaria por si só qualquer um a leccionar esta matéria, em que outros expressamente por anos e anos queimam as pestanas. Que a vocação jusfilosófica não se trate de pois um capricho, tentativa de mudar de área por desenfado, quiçá com esperança de ter férias, ou meramente para concorrer a uma cátedra eventualmente com mais lugares, por falta episódica de vocação nesta ou naquela Faculdade. Infelizmente, o desprezo que muitas instituições votam a esta matéria (o qual por vezes se não sabe se não será outra face do medo) pode levar à atribuição de aulas da mesma a quem estiver disponível ou se voluntarize. O que também é revelador da necessidade de espírito de corpo dos jurisfilósofos, para que o espírito ganhe mesmo corpo. E contudo há certos docentes com outras formações que contudo se revelam magníficos professores da área, mesmo sem dela terem tido diplomas formais: é que eram autodidas empenhados da mesma, e tinham vocação filosófica clara. Mas como detectá-los bem? Serão sempre a boa surpresa e a exceção a confirmar a regra. Conhecemos alguns. Em contrapartida, pode também haver (embora seja raro, pela *natura rerum*) diplomados nestes estudos que contudo não consigam levantar voo do que vão aprendendo com os Mestres, sendo no máximo bons compiladores. Com a massificação dos diplomas de Mestrado e até Doutoramento, é inevitável que tal ocorra.

III. *Filosofia do e no Direito*

Há também Filosofia *do* Direito e *no* Direito. A primeira é a reflexão rigorosa, racional, sobre a realidade cultural e fática que é a juridicidade, nas suas mais diversas facetas e manifestações. A primeira pergunta pelo que é o Direito (*quid ius*), o que o fundamenta, como se legitima, como atua, para que serve. Afinal, o que é, de onde vem, para onde vai... A segunda procura desvendar dentro do Direito traços de filosofias gerais: porque o Direito de um dado tempo e lugar, de uma certa corrente doutrinária, de uma dada legislação traz no seu código genético o DNA de perspectivas filosóficas que o determinam no que ele tem de mais essencial.

E não se trata apenas de filosofia geral, da concepção do ser e da verdade¹², mas também de filosofia política, que por vezes dificilmente se distinguirá, se for muito elementar, da ideologia. Do mesmo modo que o Direito grego antigo parece espelhar, nas suas mil formas, as noções correntes na Hélade sobre a natureza e o homem¹³, assim o direito romano tomou a feição prática e organizada do espírito latino clássico¹⁴, o direito medieval quase desapareceu, numa pulverização de poderes feudais e numa subordinação à religião e, por via dela, a uma moral¹⁵, o direito moderno se subjetivizou, e não por acaso se baseou numa relação jurídica assente num “direito subjetivo”, o direito liberal se imbuíu de individualismo, por vezes “possessivo”¹⁶, o direito social da preocupação com a massa, e quiçá a concepção de direito que começa a despontar recorde a necessidade da cooperação, da mediação, da concórdia, da paz, e da fraternidade, mais que o rosto severo, dogmático e coactivo do *dura lex sed lex*, que, aliás, foi brocardo romano, sim, mas apenas em tempos de decadência.

IV. *Filosofia dos Professores e Filosofia dos Filósofos*

Fala-se na filosofia dos professores e na filosofia dos filósofos que o não são. Deve mesmo advertir-se que muitos professores de filosofia (pura, de outras especialidades e do direito também, é claro) não são filósofos. Tal como muitos professores de ciências biológicas não são cientistas botânicos nem zoólogos. Mesmo professores de escultura podem não ser realmente escultores: o que não quer dizer que não possam fazer, de quanto em vez, umas “instalações”.

Na filosofia é ainda mais evidente essa diferença: muitos professores de filosofia podem ser competentes pedagogos, mas não terem criado (“produzido” não é bem o termo, neste caso) especulação filosófica própria, original. E o mesmo se diga, como é óbvio, dos professores de filosofia do Direito. Não é crime não se ser filósofo, sendo-se professor de Filosofia. Pode ser que ainda não tenha chegado o tempo (ou nunca tenha chegado o tempo) para se saltar da exposição das posições dos outros para declarar posições próprias, não tiradas do nada ou da simples subjetividade (Cruz Malpique dizia: “como a aranha de si tira o fio”), mas baseadas no muito estudo das opiniões alheias. Nuns, a filosofia brota naturalmente, como quem respira; noutros, é um salto qualitativo depois de muitas acumulações quantitativas. Como ocorre com todas as artes: há quem tenha ouvido absoluto e quem, por outro lado, se aplique ao solfejo; há quem desenhe por jeito aparentemente inato, e quem o faça por dedicada

¹² MARINHO, José — *Teoria do Ser e da Verdade*, Lisboa, Guimaráes Editores, 1961.

¹³ Uma síntese admirável é a de TZITZIS, Stamatios — *Introduction à la philosophie du droit*, Paris, Vuibert, 2011, p. 9 ss. (são quase cem páginas de jurisfilosofia helénica: coisa rara em livros introdutórios, e muito de saudar).

¹⁴ Por todos, VILLEY, Michel — *Le Droit Romain*, 8.^a ed., Paris, P.U.F., 1987.

¹⁵ Idem — *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 1975, nova ed. Paris, PUF, 2003.

¹⁶ MACPHERSON, C. B. — *The Political Theory of Possessive Individualism*, Clarendon Press, Oxford University Press, 1962.

aplicação. É a grande diferença entre a *inspiration* e a *perspiration*. Em todas as áreas, há uma eterna querela entre os que têm o dom e os que mourejam no labor. Evidentemente que os mais temíveis e invejados são os que acumulam os dois.

Pois bem. Quando o professor de filosofia se mete a filosofar, teria uma particular forma de o fazer: mais sisuda, talvez, mais sistemática, decerto, mais “escolar”... E certamente mais institucional e diz-se que em alguns países mais eclética. Muita da filosofia do direito dos professores de filosofia do direito é afinal uma mescla, uma manta de retalhos (ou uma admirável síntese) de muitas teorias dos muitos autores que estudaram e ensinaram. Jacques Leclercq não deixa de nos prevenir contra essa pretensa originalidade que deriva apenas da proliferação de fontes a que se teve acesso¹⁷.

Isto tem, como é óbvio, vantagens e inconvenientes. A vantagem é a não precipitação, o não se pensar que se descobriu uma pólvora afinal já descoberta. Vantagem é a moderação e a perspectivação, sopesando-se argumentos de uns e de outros. Mas inconveniente é que, de tanto mirar e remirar as teorias já existentes, muitas vezes o filósofo professor vê abafar-se em si a criatividade, a espontaneidade do criador... E muitas vezes acaba mesmo por nem dar nascimento a uma filosofia que ia germinando no seu pensamento... Mas que secou, à míngua de ousadia, de rasgo, e de alguma imprudência também. Não há bela sem senão...

Já a Filosofia dos filósofos muitas vezes é estigmatizada como literatura, poesia, reflexão pouco depurada, ou como ideologia camuflada (ou nem isso). Por exemplo, um conjunto de pensadores que foi sendo identificado com o rótulo de “Filosofia Portuguesa”, ou “movimento da filosofia portuguesa”¹⁸, uns formados e até docentes universitários, outros mais autodidatas, durante bons anos foram olhados de soslaio pela filosofia universitária, como algo de não filosófico. Por exemplo, um dos seus expoentes, Agostinho da Silva, fundador de várias universidades, seria menosprezado nesse contexto. Ora Agostinho da Silva não é um pensador convencional¹⁹. Cremos ter vivido como pensava e pensado como vivia. Era um filósofo vivencial.

Mas mesmo descontando casos extremos, é claro que um filósofo sem as peias da rotina e da burocracia universitárias crescentes, sem as *bienséances* da etiqueta académica, sem os seus temores, tremores e terrores reverenciais e não só, se tiver meios de subsistência para filosofar sem as corveias do trabalho quotidiano absorvente, pode filosofar muito mais livremente. A profissionalização dos filósofos pode destruir a verdadeira filosofia, a que coloca as grandes perguntas, hoje substituídas pela técnica (muito mais segura)²⁰. E a propósito de uma obra de Leo Strauss²¹, Claude Lefort lembra que aquele autor escrevia como que nas entrelinhas, por crer a filosofia sempre em perigo, pelo menos se ousasse dizer toda a verdade²².

¹⁷ LECLERCQ, Jacques — *Du droit naturel à la sociologie*, trad. port., *Do Direito Natural à Sociologia*, Duas Cidades, São Paulo, s/d..

¹⁸ BRAZ TEIXEIRA, António — *História da Filosofia do Direito Portuguesa*, Lisboa, Caminho, 2005; Idem — *O Essencial sobre A Filosofia Portuguesa (séc. XIX e XX)*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2008. No plano jusfilosófico, FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000; Idem — *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisboa, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

¹⁹ Cf., por todos, SILVA, Agostinho da — “A Justiça”, in *Diário de Alcestes*, nova ed., Lisboa, Ulmeiro, 1990.

²⁰ SOLOMON, Robert C. / HIGGINS, Kathleen M. — *A Passion for Wisdom. A Very Brief History of Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1997, trad. cast. de Ángel Rivero, *Breve Historia de la Filosofía*, 2.ª reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 10.

²¹ STRAUSS, Leo — *La persécution et l'art d'écrire*, trad. fr. de Olivier Bérichon-Seyden, Paris, Presses Pocket, 1989.

²² LEFORT, Claude, *Écrire – à l'épreuve du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, trad. port. de Eliana de Melo Souza, *Desafios da Escrita Política*, São Paulo, Discurso Editorial, 1999, p. 259 ss..

E contudo se dirá que muitos dos constrangimentos institucionais (da academia, mas, por exemplo, de uma igreja ou seita, ou de um partido, ou de um Estado-partido ou partido-Estado), em que alguns filosofam, ou a partir de onde filosofam, também são benéficos, por vezes. Obrigando a mais rigor, e por vezes a mais engenho. Até para iludir certas censuras, ou evitar certas críticas, ou a afastar dados anátemas... A adversidade aguça inegavelmente o engenho.

V. *Filosofia Explícita e Implícita.*

Também devemos fazer a distinção entre o explícito e o implícito em Filosofia do Direito. O que parecerá à primeira vista muito simples, mas não deixa de ter um ou outro obstáculo teórico: desses que aguçam o engenho. Não podem ser todos plácidos caminhos aplainados...

Quando (hoje em dia tal é normalmente obra dos professores de Filosofia do Direito), se faz um livro de filosofia do direito (ou um vídeo, ou um programa de rádio, televisão, um blogue, uma página de uma rede social) que se chama mesmo “filosofia do direito” ou um nome semelhante, e tem o fim confesso e explícito de se ocupar de tal matéria, estamos patentemente no domínio da Filosofia do Direito explícita. A menos que o dito nome esteja ali colocado por humor, por erro, ou má fé. Um publicitário ou um criativo aplicado a uma campanha política poderiam perfeitamente chamar “filosofia do direito” a coisas ou situações que talvez o não sejam, para jogar com o *Verfremdungseffekt*, o efeito de estranhamento, tão importante no humor e na comunicação para públicos já cauterizados pelo excesso de informação, como são os normais hoje em dia...

Um pouco mais complicadas são as coisas com a filosofia do direito implícita.

A sua consideração como tal depende de uma interpretação *a posteriori* feita pelo observador, normalmente um estudioso da nossa área. Este, perante uma obra literária (um romance, um poema, uma peça de teatro), ou um filme, uma ópera, enfim, uma manifestação discursiva de alta cultura, ou mesmo de cultura popular (um romance de cordel, uma *lenga-lenga*, um canção popular, etc.), ao detectar a presença de muito importantes, de muito significativos, elementos de reflexão sobre o Direito, a Justiça, a Lei, o Poder, o Estado, etc., passa a integrá-la nessa categoria. Fá-lo, antes de mais, para si e por sua conta e risco. Mas a comunidade dos interessados no tema pode ter casos consensuais de obras nesta classificação. Evidentemente.

O problema reside em que haverá certamente casos tão consensuais que o carácter literário de uma obra poderá colocar uma outra questão: a dos géneros literários da Filosofia do Direito. Vejamos, por exemplo, a *Antígona*, de Sófocles, que Javier Hervada dizia estar sempre presente em todas as obras da nossa área²³. É verdade inegável que ela é uma peça de teatro, e como tal foi apresentada, segundo as regras cénicas da época, na sua estreia. Mas não será ela, afinal, um exemplo apenas de filosofia do direito *filosofica*, tida por alguns (mais juristas e professores) como *laica* (ou *leiga*) e obra dos não professores? O fito de Sófocles não seria precisamente refletir filosoficamente sobre o poder, o dever, a ordem, a desobediência, o crime, a punição, as leis positivas e as leis a elas superiores, etc., etc.? E não o fez de uma forma eficaz, tão eficaz que é muito mais citado que grossos infólios teóricos sobre os mesmos assuntos? Não chegou a mais público? E não são profundas e dignas de meditação as suas aporias?

²³ HERVADA, Javier / MUÑOZ, Juan Andres — *Derecho. Guía de los Estudios Universitarios*, Pamplona, EUNSA, 1984.

É que, realmente, tal como a verdade, como o Espírito, “sopra onde quer”²⁴ a filosofia também se manifesta em múltiplos gêneros literários, e não apenas em volumes pesados e maçadores de forma dogmática, apriorística, abstrata. Ou com aquilo a que Kant (que não é um autor fácil, longe disso) chamava já “um ar de grão senhor em filosofia”²⁵.

VI. *Filosofia do Direito e Gêneros Literários. Direito e Literatura e outros Saberes Humanísticos Afins*

Para obras mais antigas, sobretudo, como entrar nas intenções dos autores? Será que o autor queria mesmo fazer filosofia do Direito? E ele saberia sequer que tal coisa existe? Poderia não saber o nome, mas querer a coisa... Mas, realmente, interessa assim tanto a intenção do autor, ou antes as características e o valor intrínseco da obra?

Julgamos que o que tem mais interesse é mesmo a obra. Objetivamente, o *Poema de Parménides*, a peça de teatro *Antígona*, de Sófocles (como várias outras, de muitos mais autores que o tema glosariam ao longo dos séculos – lembremos apenas a de Jean Anouilh e a de António Sérgio) ou o romance *A Queda*, de Camus, são importantes para reflexão filosófica sobre o Direito, são Filosofia do Direito. E, no fundo, tanto importa que tal filosofia jurídica seja explícita como implícita. Aliás, o reconhecimento da importância da literatura para a Filosofia do Direito (e para o Direito, *tout court*) está na pujante nova área de estudos de Direito e Literatura (*Law & Literature*), que é uma das que, justamente, tem mais sucesso entre juristas e mesmo não juristas nos EUA. E muitos outros países vão seguindo este bom exemplo. As relações entre Direito e Literatura têm passado por várias fases que, como as “gerações” dos direitos fundamentais, a partir do momento em que existem, passam a coexistir – acabando por ser, mais que fases, dimensões.

Não podemos esquecer-nos dos primeiros tempos, em que a literatura era vigiada, e por vezes perseguida. Quantos processos judiciais foram mesmo perseguidores de escritores (assim como de artistas plásticos)! É o tempo em que há pelo menos algum Direito *contra* a Literatura. E ao sublevar-se e ao criticar a injustiça, haverá também, naturalmente, Literatura *contra* Direito.

Ao verificar-se que a literatura tinha tantas matérias jurídicas, começou o interesse por analisar o Direito *na* Literatura. É uma investigação ainda hoje em curso, e fascinante, e que do simples inventário da presença de tópicos jurídicos pode elevar-se a questões mais filosóficas: a culpa em Dostoiévsky, a traição em Shakespeare, ética e marginalidade em João Guimarães Rosa, o ofício de jurista em Eça de Queiroz, crime e castigo em Camilo Castelo Branco, o bom governo no *Quijote*... Ou então passar a temas ético-jurídico-políticos: nobreza de espírito e totalitarismo em Thomas Mann, poder e lei natural em Sófocles, pessoa, massa e partido em *As Mãos Sujas* de Jean-Paul Sartre e *O Doutor Jivago* de Boris Pasternack. Também se podendo passar a algum comparatismo entre autores ou obras: A presença do poder e do direito nas *Antígonas* de Sófocles, Jean Anouilh e António Sérgio, a imagem da corrupção da “corte” demo-liberal oitocentista n’*A Queda de um Anjo* de Camilo Castelo Branco e n’*A Capital* de Eça de Queiroz, etc.

Certamente pela convivência de alguns investigadores juristas com a literatura, terá surgido a ideia, espantosa para alguns – e decerto muito chocante, arrepiante até – de que o próprio Direito *é* Literatura. E tal é um ovo de Colombo,

²⁴ Jo., III, 8.

²⁵ KANT, Emmanuel — *D’un ton grand seigneur adopté naguère en philosophie*, trad. fr. de L. Guillermit, Paris, Vrin, 1982.

afinal. Por exemplo, quando se vê uma acusação criminal, é toda uma história que está a ser contada, normalmente até com os nomes próprios dos protagonistas (mesmo que sejam pessoas importantes: mas esse era já o procedimento até da tragédia grega, provavelmente para captar maior empatia do público). E as sucessivas peças vão rebatendo a história, dando pormenores, esclarecendo outros, apresentando versões sucessivas... Germano Schwarz, por exemplo, colocou a questão mais centrado na Constituição²⁶. Ela também, afinal, uma forma de escrito literário. Há bastantes anos que se tem defendido (e sem conotações valorativas, note-se) que a Constituição é uma utopia descarnada, escrita em artigos, e as utopias constituições com maior fôlego literário²⁷.

É muito útil a um jurista saber que o direito é literatura. E ao advogado saber que uma sentença é ainda literatura, e ao juiz saber que a lei também o é (assim como as peças processuais que faz e que recebe). Porque do lado da literatura floresceram toda uma panóplia de saberes (que não são propriamente literatura, mas gravitam na órbita das ciências da literatura) que constituem também armas de longo alcance na desconstrução dos textos a que a gravidade jurídica empresta uma especial *auctoritas*. Na confluência do literário e do filosófico pode hoje o jurista contar com a hermenêutica, a semiótica, a linguística, análises de conteúdo, além da retórica, da tópica e da dialética, e outras, que propiciam uma muito melhor compreensão e preparação para a sua função que é, em grande medida, a de leitor e intérprete de texto, e produtor e intérprete (agora no sentido teatral) de textos.

Finalmente, vir-se-ia a sintetizar (pelo menos por agora) estes estudos, com a categoria Direito *com* Literatura²⁸. Tal no plano interno, porque no plano irradiante destes estudos, há a contar com a sua proliferação por todo o corpo do Direito. Uma das manifestações da presença da Literatura no Direito em geral, mesmo no normal Direito positivo, é a integração na economia retórica até de manuais de disciplinas mais ou menos clássicas, como o Direito Constitucional, de elementos literários (assim como artísticos em geral). Como ocorre, por exemplo, com o manual de Direito Constitucional de Walter Claudius Rothenburg²⁹.

VII. Epistemologia Jurídica Geral ou Externa e Especial ou Interna

Pode ser útil dividirmos a Epistemologia Jurídica, como há anos fez Miguel Reale³⁰, entre epistemologia jurídica especial, ou interna (compreendendo os diversos ramos do Direito ou ciências jurídicas materiais: Constitucional, Penal, Civil, etc.) e epistemologia geral ou externa (versando as conexões interdisciplinares do direito: desde o direito e outras ordens sociais normativas, como direito e outros saberes, ciências, e experiências humanas...). Está fácil de ver que esta última é objeto em boa medida de estudos no seio da Filosofia do Direito, como os de direito e ética e moral, direito e estética, direito e arte, direito e literatura, análise económica do direito, etc., etc.

E os estudos de epistemologia jurídica especial concentram-se sobretudo sobre a delimitação territorial e relações fronteiriças entre o direito positivo, em toda a sua

²⁶ SCHWARTZ, Germano André Doerdelein — *A Constituição, a Literatura e o Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.

²⁷ Cf., desde logo, FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, 'Studia Iuridica', Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 1996.

²⁸ CALVO GONZÁLEZ, José — *Derecho y Literatura. Intersecciones Instrumental, Estructural e Institucional*, in *Dereito & Literatura*, coord. de Paulo Ferreira da Cunha, "Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros", Vol. II, Porto / São Paulo, Instituto Jurídico Interdisciplinar / CEMOrOc, 2009.

²⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius — *Direito Constitucional*, São Paulo, Verbatim, 2010, p. 45 ss..

³⁰ REALE, Miguel — *Filosofia do Direito*, 13.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 306. Para mais desenvolvimentos, v. FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Princípios de Direito*, Porto, Rés, s.d., p. 157 ss..

extensão: o que são os diversos ramos do Direito (o que é cada um deles) e como se articulam.

Houve tempo em que as primeiras páginas dos manuais de todas as cadeiras académicas do Direito positivo começavam precisamente com a delimitação das disciplinas respectivas face às demais. O que, para alguns, era redundante. Mas não o seria tanto assim, porquanto, se bem víssemos, não haveria completa correspondência quanto à delimitação de fronteiras – havendo sempre lugar a zonas cinzentas e territórios passíveis de disputa.

Grandes fatias do bolo da Filosofia do Direito são hoje compreendidas no que poderia chamar-se Epistemologia especial: ou seja, desde logo, Direito e Literatura, Direito e Ética, Análise Económica do Direito, etc.

Contudo, talvez se deva analisar a questão com mais refinamento teórico: é verdade que a epistemologia jurídica geral ou externa trata das relações do Direito com outras ciências, realidades, etc. Mas do mesmo modo que cada cadeira e cada disciplina de direito positivo é autónoma, e não se pode compreender, se não na sua dimensão epistémica (que é de si uma parte bem pequena, se compararmos com o demais), na epistemologia jurídica especial ou interna, também os grandes continentes do axiológico no Direito, do literário no Direito, do social no Direito, do político no Direito, etc., etc. não são simples apartados desta disciplina. Têm vida própria, dentro da Filosofia Jurídica, *tout court*, e como estudos interdisciplinares que também são.

VIII. *Filosofia do Direito e outras Epistemai*

A Filosofia do Direito é uma disciplina (ou *episteme*: não queremos usar o nome de “ciência” porque nem o Direito é ciência³¹, nem a Filosofia o é – salvo no sentimento muito geral e pouco denotativo de “disciplina”, área de estudos) jurídico-humanística. Ou seja, não é uma disciplina jurídica material, substantiva ou adjetiva (estas, como se sabe, são direitos processuais), mas é um saber de índole cultural, social e humanístico³².

Acontece que depende do observador e das suas preocupações e inserção epistémica a particular qualificação deste tipo de saberes por vezes: são mais associados a questões mais de tipo social, e qualificados como ciências sociais; outras vezes, são os clássicos que prevalecem, e até um certo tom literário, e então consideram-se Humanidades ou Letras jurídicas; outras vezes ainda apela-se para a sua generalidade e dizem-se estudos (ou “ciências”) jurídicos gerais; noutros casos ainda reconhece-se que são matérias fundamentais, e no seu nome, em alemão, já se colocou esse título (que outros, teoricamente amigos do que vem da Alemanha³³, contudo não parece suportarem): *Fundamentos do Direito (Juristische Grundlagen)*.

Seja qual for a denominação, porém, tudo conflui para englobar neste grupo a rosa dos ventos do filosófico, do histórico, do sociológico-antropológico e do

³¹ Sabe-se pelo menos desde KIRCHMANN, Julius von — *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft. Vortrag vor der juristischen Gesellschaft*, Berlin, 1848 (nova ed. org. por Anton Shefer, 1999).

³² GUZMÁN BRITO, Alessandro — "El derecho, ciencia humanística o social ? Y otros problemas", *Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso*, XII, 1988, p. 11 ss.

³³ Não importa o País, a invocação do exemplo estrangeiro em Direito é um tópico ao mesmo tempo prestigiado e realmente frustrante. Há os amigos e incensadores das maravilhas do Direito do país X ou Y, que aliás, como sublinhava Adelino da Palma Carlos, por vezes parecem escrever a sua língua “traduzida” da que adoptaram como “Mãe cultura”, mas nem sempre é consequente essa admiração. Normalmente a invocação do exemplo estrangeiro é apenas *pro domo*, argumento para num caso ou conjunto de casos, se impressionar e convencer os interlocutores ou o público em geral. E depois está a advertência muito arguta e esclarecida de PUY, Francisco, segundo o qual, depois de traduzidos, os monstros sagrados estrangeiros comportam-se como paisanos nacionais: acertam ou equivocam-se como qualquer “hijo de vecino”.

comparatístico. Essas são as disciplinas jurídicas humanísticas. Mas outras há que são muito próximas das intenções da Filosofia do Direito. E alguns mesmo confundem-nas com ela, de boa ou de má fé.

A Teoria do Direito, por exemplo, não é uma disciplina propriamente filosófica. Por vezes substitui a Filosofia jurídica quando há alguma aversão à expressão filosofia, que alguns confundem com uma metafísica dogmática, ou mera extensão de dogmas extra-jurídicos. Mas a Teoria do Direito tem o seu lugar, como que ordenando, no seio da racionalidade propriamente jurídica, a casa formal do Direito. Do mesmo modo que todos os estudantes de Direito conhecem a Teoria Geral do Direito Civil, assim também será fácil conceber uma Teoria Geral do Direito. E há ainda, relativamente bem conhecida, a Teoria Geral do Estado – que em boa medida é Direito, embora possa também ser, por exemplo, Ciência Política. Mas não se confunde nem com a Filosofia do Direito, nem com a Filosofia Política (ou do Estado; embora, como facilmente se intui, a Filosofia Política seja mais abrangente que a Filosofia do Estado, pois o Estado é apenas uma datada forma da organização política das sociedades).

Já a Metodologia do Direito é mais claramente recortável. E é a disciplina do *modus operandi* jurídico. Se analisarmos sobre o que e como o Direito actua, encontraremos as suas diversas partes.

Utilizemos a uni-tridimensionalidade como molde teórico de partida.

Na medida em que o Direito é *norma*, a Metodologia jurídica preocupa-se com a sua elaboração, numa teoria da legislação e áreas afins, normalmente cultivadas pelos constitucionalistas e não tanto pelos filósofos do direito “puros”. Mas a tal nada impedirá, sobretudo se estes estudarem as especificidades da separação dos poderes, das técnicas normativas, do processo legislativo, etc.

Na medida em que o direito é *facto*, é já fora da Metodologia que a questão se coloca – na Sociologia e na Antropologia jurídicas.

Enquanto valor, é na Filosofia do Direito que a questão se aborda: numa ética jurídica e até numa estética jurídica.

Mas o Direito é também *texto*. E como texto, volta a ser objeto da Metodologia jurídica. Como texto escrito, normalmente, é objeto da interpretação / aplicação, na Hermenêutica jurídica. E como texto escrito ou oral, na dimensão da persuasão, na disciplina da Retórica Jurídica, que é solidária da Tópica e da Dialética.

A Metodologia do Direito pode embrenhar-se, é claro, pela história das teorias metodológicas, por exemplo. E será assim muito esclarecedora do passado e do presente dos andaimes teóricos das nossas *epistemai*. Mas se quiser ser prática, e ter uma importância mais imediata na formação dos juristas, não deixará que a sua formação metodológica propriamente dita ande ao sabor do que, esparsamente, se for aprendendo nesta ou naquela disciplina de direito positivo, esperando também que as sempre repletas e normalmente desvirtuadas introduções ao direito ensinem alguns rudimentos³⁴.

Assim, a Metodologia jurídica é sobretudo, como se sabe: teoria e técnica da legislação, hermenêutica jurídica (teoria e técnica de interpretação / aplicação), e retórica jurídica (teoria e técnica de persuasão – em que avulta, pela sua especificidade

³⁴ Deveria haver Metodologia jurídica no 1.º ano (por exemplo, no semestre logo a seguir ao de uma verdadeira introdução filosófica e cultural ao direito e aos seus métodos de estudo – não tem sentido o ensino de rudimentos de um ramo ou conjunto de ramos do direito: muito menos se apenas pro domo de algumas áreas, e com o esquecimento de outras).

no direito, a Tópica Jurídica)³⁵. A estas se acrescenta a sinalagmática, teoria e técnica específica dos contratos.

IX. *Função Proselítica e função legitimadora na Filosofia do Direito?*

É evidente que pode haver filosofias do direito, ou pretensas filosofias do direito que, com intuitos ideológicos, de poder, religiosos ou outros, se revistam de uma falsa *auctoritas* (por exemplo, de uma linguagem, de um estilo, da citação de autores da nossa área de estudos...) apenas com o fito de promover um conjunto de crenças e de dogmas, ou mesmo de fazer a apologia de um poder qualquer, de qualquer tipo. Obviamente que os cultores da área mais experimentados (desde que sejam pessoas livres) não terão dificuldade em detectar estes intentos realmente propagandísticos e legitimadores.

Pode assim dizer-se que fazer *marketing* de ideias ou legitimar grupos ou situações políticas, por exemplo, não faz sequer parte da Filosofia do Direito, e que os seus autores têm de ser desmascarados e banidos das nossas fileiras? Temos que entender a condenação que fizemos em termos hábeis. Ela não pode ser proscrição senão para o que não tem, de todo, qualidade especulativa. Pode haver elementos de valor filosófico numa intenção enviesada e até pervertida, de fito propagandístico ou apologético. Aliás, se formos muito rigorosos, e se julgarmos apenas as filosofias destes e daqueles pelas suas intenções (as declaradas, e sobretudo, quiçá, as profundas e inconfessadas), poderia ser que o desinteresse total, o saber pelo saber, não viesse a ser apanágio muito generalizado. E que as convicções religiosas ou políticas tivessem um grande papel, em última instância, na decisão de filosofar. Além de terem muita presa sobre o que se filosofa, e até como.

A prevenção deve ser, pois, sobretudo em relação aos que pretendam fazer passar como filosofia o que é meramente parte de outro sector da atividade humana. E que, portanto, venham a infiltrar no rigor filosófico (que contudo é lato, e plural, nada unívoco) formas de argumentação que não são as nossas. É sobretudo manifestamente condenável a chamada desonestidade intelectual, a manipulação de dados, o plágio, e mais ainda o plágio *pro domo*, copiando e truncando e desfigurando, e toda a submissão da *episteme* Filosofia do Direito a um programa de seita ou de partido, etc., sem que haja alguma dúvida e auto-dúvida, alguma ironia e auto-ironia³⁶.

X. *Descrever ou Valorar na Filosofia do Direito. Filosofia do Direito Analítica ou Descritiva e Filosofia do Direito Normativa. Filosofia do Direito Crítica.*

Diferentemente das funções proselítica e legitimadora se passa com outras funções que têm, de há muito, sido identificadas como possíveis nesta nossa matéria.

Austin distinguiu entre *analytical jurisprudence* e *normative jurisprudence*³⁷. É certo que a “Jurisprudence” anglo-saxónica não será exatamente a mesma coisa que a nossa Filosofia do Direito. Por exemplo, será talvez difícil encontrar realmente no seio desta última divisões como a *historical jurisprudence* (“a study of the historical development and growth of legal systems and the changes involved in that growth”³⁸),

³⁵ É normalmente por razões práticas e pouco teóricas que se junta por vezes a metodologia e a filosofia numa mesma cadeira, com os práticos a reivindicar que os filósofos que por vezes a leccionam esqueçam a filosofia e façam num semestre de cadeira híbrida o que ninguém mais fez durante um curso inteiro: a formação metodológica dos estudantes. É obviamente impossível. E é também por isso que seria desejável que a Filosofia do Direito se autonomizasse totalmente nos *curricula* escolares.

³⁶ RORTY, Richard — *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

³⁷ AUSTIN, John — *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832.

³⁸ *Jurisprudence*, 3.ª ed., Londres / Sydney, Cavendish, 2002, p. 3.

que nos parece ser mais do âmbito da nossa História do Direito, ou a *sociological jurisprudence* (“seeks to clarify the link between law and other social phenomena and to determine the extent to which its creation and operation are influenced and affected by social interests”³⁹). E o mesmo, *mutatis mutandis*, se diria para a *economic jurisprudence* (“investigates the effects on the creation and application of the law of various economic phenomena, for example, private ownership of property”⁴⁰).

Embora a Filosofia do Direito não prescindia de conhecimentos histórica e sociologicamente baseados. E, no caso concreto da ligação do Direito com outros fenómenos sociais (como referido no texto citado) em muito grande medida pareça dever ser ela a tratar da questão. Ou, pelo menos, partilhar o tema. Veja-se, por exemplo, a questão das relações entre direito e moral, direito e religião, direito e cortesia, etc., que não podem ser encaradas meramente do ponto de vista sociológico. A menos que a sociologia em causa também se transporte já para um patamar mais filosofante. O que por vezes sucede.

Há, pois, muitíssimo em comum entre a *Jurisprudence* e a Filosofia do Direito ao ponto de muitos as considerarem a mesma coisa, e traduzirem uma pela outra.

Feita a referida prevenção, assim procederemos.

A Filosofia do Direito analítica é descritiva. A Filosofia do Direito Normativa é valorativa.

À realidade epistémica a que Austin chamava *analytical jurisprudence* parece chamar o mais contemporâneo Raymond Wacs *descriptive jurisprudence*⁴¹. Esta divisão lembra, embora sem rigor, a divisão do *quid juris* e do *quid jus* (embora só este seja filosófico; o primeiro é jurídico-positivo), e, com mais propriedade, a contraposição germânica do *sein* e do *sollen*, ou, na tradição anglo-saxónica, o debate *is / ought*.

Assim, a Filosofia do Direito analítica (ou descritiva) preocupa-se não com a solução específica para um caso, mas com o funcionamento efetivo, “a realidade” do Direito, o seu “ser” (*sein, is*). Já a Filosofia do Direito normativa ou valorativa se detém na questão do “dever-ser” (*sollen, ought*).

Pareceria assim que a Filosofia do Direito analítica realmente descreveria... E apenas a normativa imprimiria uma direção axiológica ao seu labor. Mas estas, como todas as divisões, são feitas apenas por comodidade, para arrumação provisória e falível das coisas. Porque ao analisar e descrever, o filósofo do Direito, o simples professor de Direito que procura sistematizar, não deixa de transparecer as suas opções, os seus preconceitos, até. E a descrição pode não conter em si comandos, máximas, mas a forma como se analisa e o resultado da análise já se encontram como que contaminados pela inveterada sede de determinar o real, de o ver com os nossos próprios olhos, ou as nossas próprias lunetas...

Isto não retira, contudo, o carácter prático da divisão.

XI. Normas, Factos e Valores em Filosofia do Direito

Problematizemos apenas um pouco mais. Se, como diz Wacs, a Filosofia do Direito descritiva é sobre factos e a normativa sobre valores⁴², perguntamos, na célebre divisão que Miguel Reale burilou e difundiu: e onde estão as normas? Porque,

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 3-4.

⁴¹ WACS, Raymond — *Philosophy of Law. A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. XIV ss..

⁴² *Idem, Ibidem*.

como vimos já, o Direito é norma, facto, valor (e também texto, mas, neste caso, como suporte de todos, parece).

Alguns se inclinarão certamente a pensar que as normas são do foro do direito positivo, e só os factos e os valores da filosofia jurídica. Mas outros diriam, então, com idêntica legitimidade, que os factos, sendo sociais, seriam da sociologia, o os valores da ética. É infundável e potencialmente estéril a epistemomaquia, e é por isso que deve ser limitada ao mínimo útil, com uma navalha mais afiada que a de Ochkam: *inutilia truncat*, diríamos, com os académicos (ulteriores ao filósofo inglês, como é óbvio).

A verdade é que na tríade *normas, factos, valores*, cada um dos elementos está intimamente imbricado com os demais. Falar num deles é falar nos outros. Não há, em Direito, como focar o puro facto, a pura norma, o puro valor, se quisermos ter um raciocínio coerente e com consequências práticas. Assim, as normas (como os factos e os valores) também são, obviamente, do foro da Filosofia do Direito. Simplesmente, como será evidente, a forma como vê a norma um prático do Direito (e pior ainda um burocrata desconhecedor do Direito, e ainda pior um burocrata ignorante que julga que sabendo de cor a letra das normas a sua miopia jurídica alcança o todo do Direito) não é a maneira como a encara um jurista completo.

E dizemos “jurista completo” porque o filósofo do Direito, na nossa perspectiva, não deve ser um sujeito abstruso, excêntrico, que não conheça o direito real, e que efabule teorias incompreensíveis⁴³; antes, pelo contrário, filósofo do Direito deve ser o jurista integral, completo, que conhece, além da norma, o seu sentido, a sua génese, a sua razão mais profunda, etc., etc. E que sabe os textos, e os sabe interpretar para agir no real, no mundo dos factos, tendo como inspiração e Norte essa outra realidade dos valores, que infelizmente só a alguns é dado atingir plenamente. Não, como é óbvio, por *capitis diminutio* intrínseca, em geral, mas por “culpa na formação da personalidade”.

Não é assim incompatível, antes complementar, a inteligência das normas e o domínio dos factos e dos valores. Só no conhecimento destas três dimensões (e com a cons-ciência dos textos e da sua hermenêutica) é que poderá haver bons juristas. É inevitável que o jurista que não cursou Filosofia do Direito, tal como dizia um texto de Bacon para a necessidade absoluta da leitura, da escrita e da conversa⁴⁴, terá que se dar a alguns artifícios, ou colmatar a lacuna pelo autodidatismo.

Por outro lado, ainda, em certo sentido a norma é facto. E nela deve estar incorporado valor – pelo que, por uma forma ou por outra, acabaria por estar abrangida pela Filosofia do Direito.

XII. *Filosofia Jurídica Crítica*

Importa ainda uma precisão, nestas primeiras classificações.

Quando a Filosofia do Direito valorativa procura sobretudo crítica do *statu quo*, e aponta vias para a sua mudança, pode bem chamar-se, como alguns fazem já, Filosofia do Direito Crítica (*critical jurisprudence*). É uma forma de Filosofia do Direito normativa, cremos. Não uma categoria à parte⁴⁵.

⁴³ Aliás, o Direito, ao contrário de outras áreas, de resto muito estimáveis e estimulantes (como, desde logo, a Literatura, o Teatro, o Cinema, a Música ou as Artes Plásticas...) não é normalmente palco para excêntricos. A excentricidade limita-se a umas historietas anedóticas quase infantis de alguns professores antigos, que a falta de memória institucional dos novos tempos farão ir para a tumba certamente com a geração do autor destas linhas.

⁴⁴ BACON, Francis(co) — *The Essays, or Counsels Civil and Moral*, 2.^a ed., trad. port. e prefácio de Álvaro Ribeiro, *Ensaaios*, Lisboa, Guimarães, 1972, p. 219 ss.

⁴⁵ Como categoria à parte é tratada in *Jurisprudence*, p. 3.

A designação Filosofia do Direito Crítica, numa disciplina académica ou num título de um livro ou artigo parece-nos ser leal aviso do autor ao seu potencial público de que não fará plácida descrição de Filosofia analítica integrada e conformada. Mas que, provavelmente com instrumentos analíticos mais ideológicos ou de filosofia política menos convencional, procurará um olhar menos aderente ao real do direito dado, e pretenderá quiçá que a sua análise seja normativa, e interventiva até⁴⁶.

XIII. *Divisões Filosóficas da Filosofia do Direito*

A Filosofia do Direito comunga com a restante Filosofia não só de preocupações, como de nomenclaturas, como é evidente. Assim, se em geral os problemas além dos físicos (além dos concretos, palpáveis, materiais) são considerados metafísicos, é a Metafísica do Direito a que trata de questões análogas no âmbito jurídico. Se o ser é objeto da ontologia, será ontologia jurídica o que lide com o ser do direito. Se o conhecimento é tratado na gnosiologia, o conhecimento jurídico está sob a alçada da gnosiologia jurídica. Etc., etc.

Esta é mais uma das importantes razões para se não improvisar nesta matéria, e se conhecer os conceitos e o vocabulário próprio da Filosofia... Pelo seu adequado uso (ou não) se pode bem aquilatar da consistência de quem pretende refletir sobre o Direito⁴⁷. Tudo isto sem prejuízo de híbridos, que são interdisciplinaridades, no próprio âmbito da Filosofia Jurídica. Por exemplo, este mesmo escrito, ao referir-se a matérias explicitamente epistémicas, não pode deixar de implicar questões ontológicas. Um outro exemplo desta mescla é a ontofenomenologia de Sergio Cotta, em que a matéria do ser e a do parecer (ou aparecer) se imbricam⁴⁸.

XIV. *Filosofia Jurídica Prática*

Não é fácil e não concita unanimidade o conceito de Filosofia Jurídica Prática. Razão tem Adela Cortina ao considerar a filosofia prática *tout court* uma aventura: “Embrenhar-se no âmbito da filosofia prática — moral, jurídica e religiosa — é sempre uma aventura. Mas uma aventura irrenunciável para qualquer sociedade que deseje medir-se com a altura humana — não apenas animal — no decorrer quotidiano da vida. Disso dá testemunho a nossa já vasta tradição ocidental que, a par do saber pelo saber, converteu em foco da sua preocupação o saber para e a partir do fazer: o ‘saber prático’.

⁴⁶ Contudo, pode ocorrer que as críticas sejam desencontradas. E conhecemos pelo menos um caso em que, de dois autores que se afirmam “críticos” ou algo afim, pelo menos um deles não reconhece o outro como tal... Ora afixamos que, cada um a seu modo, é um iconoclasta. Apenas um de uma heterodoxia mais conhecida, e por isso mais ortodoxa, e outro de uma *differentia specifica* mais singular, e com menos difusão. Por isso, é o heterodoxo de heterodoxia de mais renome que não reconhece o outro. Este não sabemos o que diga do primeiro: certamente o tem por ortodoxo, de uma certa ortodoxia...

⁴⁷ Pode colocar-se a questão: e como é que estudantes de Direito, que tiveram no ensino secundário uma vaga filosofia, ou nem a tiveram, vão entender e usar essa linguagem? A resposta só pode ser uma: com esforço adicional de autodidatismo. Quando a escola nos deixa sem instrumentos, não devemos cruzar as mãos e culpar a escola. Mas devemos nós mesmos ir estudar o que nos não ensinaram. O autor destas linhas, que todavia teve excelentes professores de filosofia no Liceu, também teve que estudar muito porque os programas que eles tiveram que ensinar eram ridiculamente elementares e lacunosos, não preparando não só para a Filosofia do Direito, mas não preparando realmente no plano filosófico para o ensino superior. Não era culpa desses excelentes professores, mas de um sistema que massifica e nivela por baixo. Na verdade, gastando milhões e aparentemente sendo democrático, mas, efetivamente, tudo fazendo “para inglês ver”. Defraudando todos.

⁴⁸ COTTA, Sérgio, *Il Diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milão, Giuffrè, 1985; MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio — *Ontofenomenología del Derecho en la obra de Sergio Cotta*, Madrid, Universidade Complutense, 1993.

Nele se incluem, por direito próprio, três perguntas (...): pela felicidade, pela justiça e pela legitimidade do poder⁴⁹.

E assim coloca a questão Paulo Ferreira da Cunha: “a Filosofia Prática não se adentra pelas regiões arcanas da metafísica, da teodiceia (e obviamente da teologia, que não é filosofia), da ontologia, que são o *mistério tremendo* do Ser e da transcendência, nem, por outro lado, se preocupa com a dimensão lógica, gnoseológica, metodológica, epistemológica, e afins, que são como que o *instrumentarium* tecnológico do saber... Dir-se-ia que, quase tudo o mais na Filosofia, fora as altas regiões do Ser e as rigorosas planícies do método, das regras do pensamento, das ciências e afins pode caber na filosofia prática, em sentido lato.”⁵⁰

Repensando tudo, como poderíamos sintetizar e concretizar a síntese? Diríamos certamente que a dimensão prática da Filosofia Jurídica está, em grande medida, no que ela tem de político (e portanto no que poderia ser uma Filosofia do Direito Político ou Constitucional), e no que ela comporta de axiológico, dirigido à ação (englobando, assim, a Estética do Direito e as relações entre Direito e Estética e Arte, por um lado, e, por outro, a Ética Jurídica e as relações entre Direito e Ética).

XV. *Afinal, o que é a Filosofia do Direito?*

De há muitos anos que compreendemos que a definição é um ardil positivista, e que no Direito ela é ainda mais perigosa, porque, por vezes, se apresenta sob o manto da “descrição”⁵¹, a qual acaba por ser nada menos que uma definição mais longa, e por vezes até assumidamente mais impressionista (menos rigorosa)⁵².

Mas a definição / descrição não é apenas perigosa para o Direito – isso já os romanos sabiam: *omnis definitio in iure periculosa est*⁵³. Ela é letal para a Filosofia do Direito. Uma Filosofia jurídica feita de conceitos e sem liames entre eles, sem as devidas exceções, sem um olhar segundo (e terceiro, e quarto...) sobre os objetos, sem dialética, seria o contrário de si mesma. Por isso parece-nos não ser uma boa ideia definir ou descrever o que seja a Filosofia do Direito. Nem, dentro desta, fazer da matéria um aglomerado de chavetas e designações opacas.

Já sabemos o seu fito: pensar e repensar o Direito, fora das amarras do quotidiano forense ou da mera preparação para nele ganhar causas, acusar, ou julgar. Pensá-lo tendo em vista a questão fundamental da Justiça (ou, para os cépticos, a sua inexistência, ou a sua impossibilidade, ou a sua ilusão). Será isto uma definição? Não o cremos. Apenas a identificação do seu projeto.

A própria filosofia nos diz que para identificar uma *episteme* precisamos de um objeto, de um método... e depois foi-se acrescentando, e acertadamente, que também um problema, um escopo, e uma congregação de especialistas.

A Filosofia do Direito tem como objeto o Direito e a Justiça, o seu método é o da filosofia, com todas a pluralidade das suas variantes, o seu problema é o de como encontrar formas justas (mais ainda que apenas corretas, úteis, adequadas, etc.) de convivência humana através de mecanismos politicamente formalizados e autonomizados num sistema de fontes (os tópicos-fontes) complexo, que são aceites,

⁴⁹ CORTINA, Adela — *Ética Mínima. Introducción a la Filosofía Práctica*, 3a ed., Madrid, Tecnos, 1992 (trad. nossa).

⁵⁰ FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Filosofia Jurídica Prática*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 18.

⁵¹ BIGOTTE CHORÃO, Mário — *Introdução ao Direito, I. O Conceito de Direito*, Coimbra, Almedina, 1989.

⁵² Cf. o início de FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Princípios de Direito*, cit.

⁵³ D. 50, 17, 202. A máxima é de Giavoleno Prisco.

em geral, pelos cidadãos como obrigatórios⁵⁴. Mas note-se que esta perífrase poderia ser bem diversa... na forma.

E a congregação de especialistas existe, embora sempre ameaçada de morte (e efetivamente atacada, comprimida e extinta, quando o possam fazer) por aqueles a quem este saber incomoda (aqueles para quem o direito deve ser apenas obedecido, e não pensado – ou pelo menos não pensado radicalmente como a Filosofia pode e deve fazer: pensando as coisas na sua raiz): são os cultores da filosofia do Direito, uns filósofos do Direito, outros, apenas, aprendizes de filósofo do Direito... Outros ainda, funcionários ou empregados dessa matéria, para glosar referências *supra*.

XVI. *O que pode dizer a Filosofia do Direito sobre o que seja o Direito. Direito e outras Realidades*

A Filosofia do Direito não é a tutora do Direito. Uma das provas mais cabais de ignorância filosófica e jurídica é acreditar-se que os filósofos do Direito seriam uns sábios que dominariam um qualquer esoterismo superior, e assim seriam capazes de ditar aos práticos do foro a verdade pura sobre a sua ciência. Nada de mais falso. Tanto como os práticos, os filósofos (alguns dos melhores de entre eles também foram ou são de algum modo práticos) têm entre si opiniões tão desencontradas que em vão pediria um Norte quem piamente neles acreditasse... O problema não é, pois, que a Filosofia do Direito indique soluções, mas que levante, eternamente, problemas. Que desafie e inquiete os dogmáticos. Essa uma sua grande função.

Evidentemente, há algumas coisas que a Filosofia do Direito é capaz de esclarecer, e esse esclarecimento pode ser meio caminho para uma solução. Contudo, tal não ocorre senão em questões mais ou menos laterais ou instrumentais. Os grandes, os mais sérios problemas, continuam sem solução: ou, noutros casos, como nos problemas que relevam da política ou da ideologia, com soluções alternativas, conforme a paixão e a opinião de cada um e de cada grupo, e, por vezes, de modas, ventos, correntes.

O mesmo ocorre com as questões que relevam de problemas morais. Já lá vai o tempo em que “moral e bons costumes” pareciam ter no seu acolhimento legal uma formalização unívoca. Tempos mais austeros se avizinham, e certamente algumas liberdades de comportamentos tenderão a, de novo, ser vistas como dislates de cigarras, por formigas agelastas. Há, nas sociedades, ao longo da História, e de terra para terra, muitas divergências sobre os comportamentos corretos: os pais de muitas gerações chocam-se com a falta de maneiras e de pudores dos filhos (normalmente os filhos dos outros), e os avós também, embora o distanciamento seja já suficientemente grande para os desculparem mais, e a liberdade da idade mais permita que, nalguns casos, menos secretamente os invejem... De todo o modo, até no velho e pétreo Egito antigo se deplorava a perda da juventude...

Também, de vez em quando e em certos grupos, há reações e rigorismos que voltam, revivalismos que se revivem.

O que tem o Direito a ver com tudo isto? Há quem conceba o Direito como uma espécie de moral armada, mas é um erro pensar-se nisso. Há mesmo quem gostasse que o Direito fosse guarda avançada de uma crença religiosa, ou filosófica, ou afim... Mas isso seria uma guerra civil ideológica. Uma das correntes profundas do Direito é precisamente essa liberdade de mínimos, inscrita no seu código genético, desde a sua autonomização romanística: o Direito não é um moralismo, não pode

⁵⁴ Cf. o sugestivo estudo de MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María — *La Obediencia al Derecho en la España Democrática*, Madrid, Dykison, 2000.

servir uma religiosidade, é apenas – e isso já é muito – um conjunto de bases para convivência pacífica e justa entre pessoas diferentes, com perspectivas diversas. Claro que os ventos modernos, iluministas, liberais e sociais viriam a densificar e a alargar este “isolamento” do Direito, embora haja nestas correntes alguma contradição: purifica-se por um lado e abandona-se a autonomia por outro. O Direito hodierno pode ser menos religioso, mas a muitos parecerá mais submetido à política. Seria necessária uma muito vasta e profunda indagação sócio-historiográfica para se poder falar com propriedade.

Em todo o caso, não há uma purificação total, uma racionalidade jurídica completamente alheia a outras racionalidades ou a outras ordens sociais normativas. E isso, não contendo com a laicização do Direito e o seu não moralismo, não é um mal, é um bem. Um dos casos mais patentes de “impureza” jurídica (por “contaminação” pela política) são os Direitos Humanos, que tiveram, aliás, nos seus primeiros tempos de recepção teórica, severos e inteligentes opositores (havendo, porém, ulteriores “conversões”⁵⁵). Mas como prescindir deles, se são, afinal, a linguagem moderna do Direito Natural? Como afirma Francisco Puy: «Cuando digo que los derechos humanos son el derecho natural de nuestro tiempo, lo que digo es que son una y misma cosa — como el fútbol e el balompié —. Y nada más. Los antropodikeos son el derecho natural de rostro actual que puede entender nuestro mundo. Y la teoría de los derechos humanos es así la ciencia del derecho natural más comprensible para el público actual. [...] La experiencia me avisa de que, o utilizamos ese canal, o cortamos la comunicación con el derecho natural.»⁵⁶

Mil e uma teorias se podem encontrar (e certamente todas imperfeitas e lacunosas) para explicar a situação de intersecção entre Direito e Moral⁵⁷. É inegável, no plano do simples bom senso, que um direito anti-moral, imoral num sentido muito abrangente, porque injusto, não seria vero Direito. Mas, existindo verdadeiramente caótico (ou anómico) pluralismo moral, será que o Direito tem de agradar a todas as morais, de todas as pessoas e grupos? Morais além do mais antagónicas? Obviamente que não.

Na prática, a questão tem de resolver-se com recurso a uma história ideológica das morais (se quisermos, uma genealogia da moral – para retomarmos o título emblemático de Nietzsche). O certo é que se por um lado todas as morais aspiram à universalidade (transformando-se quiçá em Éticas no sentido mais depurado), elas são todavia radicadas, e em muitos casos são éticas de classe. A burguesia foi de tal forma eficaz na promoção da universalização da sua ética⁵⁸ que mesmo chegaria a

⁵⁵ VILLEY, Michel — *Le Droit et les Droits de l'Homme*, PUF, Paris, 1983 ; Idem — *Polémique sur les Droits de l'Homme*, in "Etudes Philosophiques", n.º 2, 1986, p. 191 ss. Villey viria porém a afirmar: « je ne suis pas un adversaire des droits de l'homme », numa entrevista ao jornal « Le Monde », 9-10 de Dezembro de 1984.

⁵⁶ PUY, Francisco, *Derechos Humanos*, vol. III. *Derechos Políticos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1985, p. 359.

⁵⁷ De entre inumeráveis, cf., v.g., DEVLIN, P. — *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965; DREIER, Ralf — *Recht-Moral-Ideologie (Studien zur Rechtslehre)*, Frankfurt am Main, 1981; FERREIRA DA CUNHA, Paulo — “As Duas Justiças – Justiça Moral e Política vs. Justiça Jurídica (A partir do Comentário de Tomás de Aquino ao Livro V da Ética a Nicómaco de Aristóteles)”, in *O Século de Antígona*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 43-70 ; FULLER, L. — *The Morality of Law*, nova ed., Yale, 1969; GAUTHIER, David — *Morals by agreement*, Oxford, reimp. Clarendon Press, 1987 ; GREENAWALT, Kent — *Conflicts of Law and Morality*, Oxford University Press, New York / Oxford, 1989; LIPOVETSKY, Gilles — *Le crépuscule du devoir*, Paris, Gallimard, 1992; MACINTYRE, Alasdair — *A Short History of Ethics*, 9.ª reimp., Routledge, 1993 ; Idem — *After Virtue. A Study in Moral Theory*; reed., Londres, Duckworth, 1985 ; RACHELS, James — *The Elements of Moral Philosophy*, 4.ª ed., McGraw-Hill, 2003, trad. port. de Roberto Cavallari Filho, *Os Elementos da Filosofia Moral*, 4.ª ed., Barueri, São Paulo, Manole, 2006 ; RAWLS, John — *Lectures on the History of Moral Philosophy*, ed. Barbara Herman, Cambridge, Harvard University Press, 2000, trad. port. de Ana Aguiar Cotrim, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

⁵⁸ BARTHES, Roland — *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, ed. port., *Mitologias*, trad. José Augusto Seabra, Lisboa, Edições 70, 1978; Idem — Roland Barthes, *O Grão da Voz*, trad. port., Lisboa, Edições

contaminar os seus jurados “inimigos de classe”, que aspiram também a uma universalização ética, embora reiterem (*pro domo* e em causa própria) a sua “superioridade moral”⁵⁹... A moral judaico-cristã, que lhe está na base, passa em muitos casos por ser a grande matriz no nosso mundo ocidental.

O Direito não recebe acriticamente nem passivamente as injunções da moral cristã ou da moral burguesa, ou mesmo da moral proletária que se tentou implantar nos países soviéticos. Ele filtra a moral, mas não deixa de ter nela inspirações e determinações. O Decálogo, não sendo para muitos jusnaturalistas (nomeadamente para alguns dos mais sensíveis à tópica e ao pensamento problemático), e ao contrário do que parece ter pretendido Álvaro D’Ors⁶⁰, a quintessência nem se podendo confundir com o direito natural, não deixa de estar subliminarmente presente nas grandes linhas das ordens jurídicas em que vivemos...

Há muita insatisfação no tratamento deste tema, muito propenso a exageros⁶¹ ou a *nem-nem-ismos* que não dizem nada, ou quase nada. É um desafio não pequeno tratar-se de forma rigorosa e desapiedada de preconceitos.

Afigura-se-nos que o Direito atual se encontra banhado no grande oceano da moral, embora seja um navio com motores próprios e velas que captam outros ventos: por exemplo, os da política. Será possível navegar em seco⁶², sem nenhuma moral? Será possível transplantar-se para outro oceano?

Em todo o caso, e do ponto de vista prático, há algumas prevenções importantes a fazer. Antes de mais, o Direito não pode sofismar as querelas morais: não pode assumir como indiscutível uma moral de grupo, ainda que prestigiado ou maioritário. Depois, não pode esquecer a presença social dessas morais de peso simbólico e até numérico. Mas deve assumir uma perspectiva ética própria, que não é uma *via per mezzo*, mas uma decisão de acordo com aquilo a que poderíamos chamar, alargando o emprego do conceito, “mínimo ético”. Não é nada de novo. Já os Romanos sabiam que nem tudo o que pode ser permitido é em si moral – *non omne quod licet honestum est*.

Mas ao mesmo tempo que o Direito não pode ir a reboque de morais e de morais tantas vezes impostas por religiões ou ideologias, não deixando de atentar no que de muito válido, racional e consensual há nelas, também não pode, e com não menor vigor, alinhar por uma perspectiva desenraizada, meramente utilitarista.

Quando, por exemplo, os Estados decidem não ensinar boas maneiras, nem educação cívica, nem direitos humanos, nem política, nem religião, sob o pretexto de que não podem doutrinar, não querem doutrinar (só os totalitários doutrinarium), entram por uma linha de assepsia excessiva, não por uma neutralidade moral ou ideológica, mas por uma passividade que é objetivamente condenável. Os Estados democráticos têm o dever ético e jurídico de ensinar para a cidadania e para a democracia e os Direitos Humanos. Não, obviamente, com cartilhas, catecismos⁶³ e

70, 1981, p. 99 ss.; HOURDIN, Georges / GANNE, Gilbert — *Les valeurs bourgeoises*, Nancy, Berger-Levrault, 1967, trad. port. de Alfredo Barroso, *Os Valores Burgueses*, Lisboa, Livros do Brasil, s.d..

⁵⁹ CUNHAL, Álvaro — *A Superioridade Moral dos Comunistas*, s. l., Edições Avante, 1974, última página, “artigo publicado na revista *Problemas da Paz e do Socialismo*, n.º 1, Janeiro de 1974.

⁶⁰ D’ORS, Álvaro — *Derecho y Sentido Común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*, Madrid, Civitas, 1995; Idem — *Nueva Introducción al estudio del Derecho*, Madrid, Civitas, p. 29 ss..

⁶¹ GROSSI, Paolo — *Primeira Lição sobre o Direito*, 1.ª ed., 2.ª tiragem, Rio de Janeiro / Gen / Forense, 2008, p. 70.

⁶² PAIVA, Manuel José de — *Governo do mundo em seco...*, Lisboa, Domingos Rodrigues, II tomo, 1751

⁶³ Um delicioso exemplo é [SOARES], João Pereira Baptista Vieira], *sub J.P.B.V. S. — Manual de Religião Cristã e Legislação Criminal Portuguesa, ou Código da Mocidade. Dividido em dez lições segundo o Decalogo, e as classes dos Crimes. Por onde os Pais de famílias, e as de mais pessoas encarregadas da educação dos meninos, devem ensinallas, para que aprendao com proveito desde os*

propagandas, mas precisamente permitindo a educação da Liberdade, do exercício do espírito crítico, etc. É sintomático que os mesmos que não querem cadeiras de Direito, Direitos Humanos, Etiqueta, Educação Cívica, etc., também não acham interesse ou importância às velhas cadeiras de Filosofia no Ensino Secundário. É a confusão da função do Estado, que para alguns só teria que instruir, e não educar. Ora é tanto mais preciso que o Estado eduque quanto é certo que as famílias, cada vez mais nucleares, e não raro monoparentais, vergadas ao peso de horários de trabalho crescentes e sem tempo para as crianças e os jovens, cada vez menos se encontram em condições de fazer o papel educativo que outrora era pacífico e repartido por muitas em agregados familiares extensos (com várias gerações vivendo sob o mesmo teto), em que a casa e o trabalho muitas vezes se confundiam.

Considerar a possibilidade de coisas mais ou menos absurdas pela simples aplicação de princípios é de repudiar. E a falta de discernimento e de prudência por vezes invadem os que não conhecem limites.

Será que um juiz deve conceder que um município se endivide para pagar uma cirurgia plástica a um cidadão que não gosta do formato do seu nariz, porque todos têm direito à felicidade? Ou que um outro tenha direito a asilo pago pelo Estado, por ser alérgico ao seu país? E será que um presidente de Câmara pode proibir os pássaros de cantar a partir de certa hora, com base no direito ao repouso dos cidadãos, e outro pode impedir os cidadãos de um determinado género de sair de casa num determinado dia da semana, para dar a vez aos do outro (como se a saída devesse ser rotativa por decreto... ou postura camarária)? E é justo que durante um terramoto os sobreviventes com recursos espoliem os demais, aproveitando-se da sua debilidade, invocando as leis da oferta e da procura?⁶⁴

São tudo exemplos de falta de bom senso, que, nos tempos em que vivemos, deveria ser uma das primeiras bases de uma moralidade consciente e abrangente. O Direito não pode pactuar nem com a moral hipócrita de quem se choca por tudo e por nada (e a moral *pro domo* de quem sempre se acha ofendido “na sua honra e consideração”), nem com a moral plástica amoral e potencialmente imoral de quem perdeu toda a memória, todo o bom senso, toda a prudência. É a velha distinção entre os de consciência *rigorista*, típica do mordomo do conto do Padre Brown⁶⁵ (cujo enredo não vamos aqui desenvolver, para não perder o *suspense*), e os de consciência *cauterizada* (para lá do laxista), como aquele que sempre vê nos demais maior imoralidade que a sua, e assim tranquilamente se auto-absolve⁶⁶.

Não nos parece ser verdade, como dizem sofisticadamente alguns, saudosos quicá de alguma variante de tempos de ar mais *grão-senhor em Filosofia*, que o pluralismo hoje imperante seja uma férrea e unitária ditadura, pior que a ditadura de quem dogmaticamente ditava as suas leis⁶⁷...

Mas não deixa de ser um perigo o pluralismo mal recebido pelo Direito. Porque o Direito tem também como função indicar rumos, e julgar, decidir. Não pode ficar paralisado se uns querem A e outros o contrário de A e ambos o defendem com juras de morte e imprecações épicas. O Direito mais dúctil⁶⁸ que se espera venha poder

seus tenros annos o que deve saber essencialmente o Christao e o Cidadão Portuguez para ser verdadeiramente feliz, que à nação offerece..., Bahia, Na Typ. de Manoel Antonio da Silva Serva, s/d, [post 1759].

⁶⁴ Para este último exemplo, logo o início de SANDEL, Michael J., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus and Giroux, 2009.

⁶⁵ CHESTERTON, G. K. — *The Honour of Israel Gow*.

⁶⁶ GOMEZ PEREZ, Rafael — *Deontología Jurídica*, Pamplona, EUNSA, 1982.

⁶⁷ Comentando estes assuntos, BRITO, António José de — *Apontamento quasi superficial sobre Ética*, in “Nova Águia”, n.º 8, 2.º Semestre de 2011, p. 252 ss.

⁶⁸ CARBONNIER, Jean — *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6.ª ed., Paris, LGDJ, 1988 ; WOLKMER, Antonio Carlos — *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma Nova Cultura*

vir a surgir e a imperar (mas isso depende muito da qualidade dos juristas, nos seus diversos aspectos), pode, em muitos casos, tentar composições, conciliações. Mas noutros casos tem de dar a Pedro e tirar a Paulo, dar razão a este e não àquele.

A questão da ligação entre Direito e Moral é a mais complexa. Hoje a interdisciplinaridade jurídica permite muito mais diálogos do Direito com muitas outras realidades, racionalidades, experiências humanas.

Mesmo a ligação com a religião só não é por vezes pacífica por se não levar a sério a necessária separação entre os Estados e as Igrejas, e haver, em certos casos, alguns ressentimentos mal curados, e, noutros, pretensões hegemónicas e de instrumentalização. Felizmente, as questões dessa índole estarão, espera-se, a caminho de uma convivência saudável, apesar de aqui e ali serem naturais escaramuças de fronteira, incidentes que os estadistas de parte a parte têm só vantagens em acalmar e minimizar. Para além de eventuais guerrilhas no terreno de extremistas de um e de outro lados.

O Direito tem tudo a ganhar de mais educação cívica, de mais educação *tout court*, e espera-se que entretanto ninguém confunda boas maneiras com deveres jurídicos. Por vezes, há casos de fronteira: a continência é devida nas Forças Armadas, não é uma atenção de cortesia. E já houve um caso em tribunal, comentado, sobre o uso obrigatório de fato de macaco numa empresa⁶⁹... Em contrapartida, são de temer imposições de salamaleques por ordem de serviço, ou ordem simples, por parte de pequenos tiranos mais ou menos recém-chegados (nisso o tempo de poder costuma dar alguma sabedoria: mas não a psicopatas incorrigíveis⁷⁰, claro) a certos poderes (por vezes mínimos, quando vistos em perspectiva). Ou mesmo retaliações por faltas de vénias e de ademanos de tratamento pessoal ou por escrito. O mundo do Direito é também o mundo das honras, e as normas de trato social são uma espécie de democratização de honras, que alguns querem só para si... O Direito não pode alhear-se desse continente algo esquecido, algo ignoto. E tem hoje que proteger o cidadão comum, o trabalhador comum, o comum munícipe e o comum funcionário do poder gigantesco e quase sem limite que podem assumir todos quantos têm uma fatia da sua vida em sua mão. A começar por quem tem o magno poder (*ius vitae ac necis*, se diria) de despedir, num tempo, como o nosso, em que emprego é sobrevivência e desemprego caminho para todas as misérias, degradações sociais e morais.

Mas se, como muito rapidamente fomos dizendo já, o Direito se recorta por entre as normatividades, se é diverso de uma religião, de uma moral, de normas de cortesia, etc., o que vem a ser ele? Para além das classificações, pergunta-se agora pelo *quid*. Os positivistas legalistas conseguiram impor uma definição, que sempre mais ou menos se repete, com uma ou outra variante: O Direito é um conjunto (ou sistema) de regras (ou normas / e normas) que se impõem coativamente pelo Estado com o fim da ordem (ou da paz, ou do bem social, etc.).

Mesmo analisando apenas os factos mais patentes do que tem sido o Direito veríamos que não há um único aspecto desta definição que não tenha erros, ou muitas

no Direito, 3.^a ed., São Paulo, Alfa-Omega, 2001 (1.^a ed. 1999); RESTA, Eligio — *Il Diritto Fraternal*, Roma/Bari, Laterza, 2002; CARDUCCI, Michele — *Por um Direito Constitucional Altruísta*, trad. port., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003; AYRES DE BRITO, Carlos — AYRES DE BRITO, Carlos — *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Forense, 3.^a reimp. da 1.^a ed., 2006, p. 216 ss.; Idem — *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Forum, 2007; STOLLEIS, Michael — *Vormodernes und Postmodernes Recht*, in “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno”, Universidade de Florença, vol. 37, 2008; e FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Geografia Constitucional. Sistemas Juspolíticos e Globalização*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

⁶⁹ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo — *Recusa da prestação do trabalho por não uso de fato apropriado. Suspensão. Despedimento disciplinar*, in “Revista de Direito e Estudos Sociais”, ano XXXIII (VI da 2.^a série), n. 3-4, julho-dez. 1991, p. 347 ss..

⁷⁰ Cf. o estudo inquietante da psiquiatra BARBOSA SILVA, Ana Beatriz — *Mentes perigosas*, Rio de Janeiro, Fontanar, 2008, máx. p. 101 ss.

e significativas exceções⁷¹. O Direito positivista tem, realmente, os traços de acervo ou sistema (não de problema e de caso), normativista (não judicialista, não consuetudinário, etc.), coactivo (não de diálogo, conciliação, equidade, fraternidade), estadualismo (não de outras dimensões políticas, infra- e supra-estaduais), e envolve-se num mito de ordem e pacificação sociais ou bem comum, que é o que legitima com um toque positivo o bastante desagradável de tudo o resto.

Do lado não positivista não há propriamente uma definição. Mas há quem remeta para Ulpianus e a sua descrição de Justiça, sendo que esta é a mãe do Direito, como dizia uma glosa medieval⁷²: a Justiça seria a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu – *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*⁷³. cremos que, depois de muitos milhares de páginas lidas sobre o assunto, ainda é esta a melhor maneira de falar do Direito: não falando diretamente. Dizendo que ele tende para a Justiça, pretende reencontrar a sua Mãe, mas que é a ela que se deve mais procurar. E a Justiça de Ulpianus também não é fixista: ela é problema, ela é sempre algo que se nos escapa – *constante e perpétua vontade*. Não há vontade constante e perpétua vontade do que possa colher-se, comprar-se, congelar-se, isolar-se, definir-se.

Mas vontade de quê? De atribuir a cada um o que é seu. Não numa perspectiva meramente titularista, mas entendendo que há coisas de cada um porque ele ou ela é uma Pessoa. Portanto, há direito por título positivo e direitos por título natural: e o mais alto de todos é a própria humanidade. *És Homem, logo, tens direitos*. Esse é o *Cogito* do jurista. E todo o ser humano tem direitos ao Mundo. Como São Tomás de Aquino sublinhou, a própria propriedade privada é uma invenção de direito positivo⁷⁴. Só os proprietaristas é que a pensam como um direito natural.

Obviamente, como sabemos, e o diz o Estagirita, melhor cuida cada um do que lhe dói na fazenda, e portanto é socialmente útil a propriedade. Mas, para sabermos o que é de cada um, precisamos, por isso, de avaliar a utilidade social, geral, comunitária, de qualquer direito de propriedade (entendido em sentido lato)⁷⁵.

O Direito diz o que é *o teu* e *o meu*, divide, reparte. Mas por detrás dele não só a moral o inspira, como a ideologia. Não é o mesmo acreditar-se que a propriedade é um roubo, como para Proudhon, ou um direito natural, como para Locke. Direitos diferentes daqui decorrem. Varridos, chocados, indignados, espantados por tempos críticos, os cidadãos da Europa, que criou o Direito, certamente verão que o Direito a emergir, depois da crise, será diferente. Não importará tanto a legislação pontual que vai retirando direitos contratuais, legais e até constitucionais, mas o que se vier a consolidar. Ora é a oportunidade de que surja um Direito mais próximo das pessoas, mais dúctil, menos coactivo, mas rigoroso e eficaz, menos estadualista mas sensível aos diversos patamares da pólis global / glocal, etc., etc.

De qualquer modo, ele será sempre constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu: por título positivo e por natureza. Pode é no concreto aproximar-se ou distanciar-se mais da mãe Justiça. Mas essa proximidade depende do sentimento ético geral que inspire a ação política, esta ou aquela. O Direito depende da imaginação jurídica⁷⁶, e, normalmente antes dela, da imaginação política.

⁷¹ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2001.

⁷² Glosa a D. 1,1,1, pr.: “Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius.”

⁷³ ULPIANUS — *lib. 1 Regularum* = D. 1, 1, 1, pr..

⁷⁴ TOMÁS DE AQUINO — *Summa Theologiae, IIa IIae*, q. 66, arts. 1 e 2.

⁷⁵ VALLANÇON, François — *Domaine et Propriété (Glose sur Saint Thomas D'Aquin, Somme Theologique IIa IIae QU 66 ART 1 et 2)*, Paris, Université de Droit et Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1985, 3 vols..

⁷⁶ WHYTE, James Boyd — *The Legal Imagination: studies in the nature of legal thought and expression*, Little Brown, Boston, 1973; MARTINEZ GARCÍA, Jesús Ignacio — *La Imaginación Jurídica*, Madrid, Debate, 1992; PETIT, Carlos (ed.) — *Pasiones del jurista: amor, memoria, melancolía, imaginación*,

Não é também o Direito uma mera correia de transmissão da política, mas, como está hoje patente, sem política justa, sem política com sensibilidade ao justo, dificilmente a autonomia que hoje ao Direito se consente consegue instituir uma ordem justa. Platão sabia-o muito bem, e por isso, na *República*, tratou do problema da Justiça precisamente no seu contexto: o da cidade justa.

Obviamente que todos e cada um dos juristas (obviamente mais responsabilidades tem um juiz de um Tribunal Constitucional que um advogado de uma aldeia recôndita) são armados cavaleiros da Justiça, e perante ela prestarão contas (ainda que simbolicamente, por exemplo na reputação social ou histórica com que ficarão). A todos, quotidianamente, se coloca o dilema (não maniqueísta, mas real: mais difícil ainda porque não simplesmente dualista, mas altamente complexo) do Bem e do Mal, da transigência ou da defesa dos princípios e dos valores, mas também da inflexibilidade ou do diálogo.

Um dos problemas fulcrais é o da Ética no Direito. E nela podem analisar-se valores e virtudes. Das virtudes, deve certamente cuidar expressamente mais a política. E como hoje são precisas as clássicas virtudes republicanas⁷⁷! Dos valores, cumpre especialmente ao Direito atualizar os valores jurídicos e jurídico-políticos. Os valores são luzeiros éticos com vida própria, e deles dependem até os princípios, que inspiram e iluminam as regras. Donde que os valores superiores sejam essenciais. Mas como encará-los?

A Constituição espanhola de 1978 integrou os valores⁷⁸ logo no primeiro artigo, e começa por falar de três⁷⁹: Liberdade, Igualdade e Justiça. Essa tríade é que valorativamente deve iluminar as nossas Constituições, logo, o nosso Direito (porque elas são o máximo direito, do qual todo o mais deve decorrer e ao qual todo o mais deve obedecer).

O nosso Direito deve ser pois, de fundo ético e político, devidamente filtrado e ponderado pela racionalidade jurídica autónoma (problemática, judicialista e pluralista – no nosso entender), e fundar-se nos valores superiores da Liberdade, da Igualdade e da Justiça (esta última, por vezes, sendo em alguns casos substituída pela Solidariedade – mas todas caminhando para o terceiro elemento de uma tríade clássica já: a Fraternidade, que é mais alta e mais profunda que a Solidariedade e que a Justiça), para no concreto se conseguir sempre, e cada vez mais, uma atribuição do *seu a seu dono*.

Pode não ser a mais alta aventura do Homem na Terra, mas é, sem dúvida, uma demanda essencial, e exaltante.

Recebido para publicação em 18-08-12; aceito em 15-09-12

Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; EDELMAN, Bernard — *Quand les juristes inventent le réel*, Paris, Hermann, 2007.

⁷⁷ FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Para uma Ética Republicana*, Lisboa, Coisas de Ler, 2010.

⁷⁸ Cf., numa interface muito proveitosa do jusfilosófico e do constitucional, OTERO PARGA, Milagros — *Valores Constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 1999. Cf. ainda, sobre a temática, PÉCES-BARBA, Gregorio — *Los Valores Superiores*, Madrid, Tecnos, 1.ª reimp., 1986; Idem — *Seguridad Jurídica y Solidariedad como Valores de la Constitución Española*, in *Funciones y Fines del Derecho. Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia, Universidad de Murcia, 1992; PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos — *Constitución, Principios, Valores*, in “Dereito”, vol. 13, n.º 1, 2004, pp. 189-216.

⁷⁹ E acabaria por integrar um quarto, a nosso ver menos líquido enquanto “valor” – não estará integrado no valor da Liberdade? –, posto seja importantíssimo como princípio estruturante de uma sociedade democrática, que é o “pluralismo político”. Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Direito Constitucional Geral*, São Paulo, Método, 2007, p. 150 ss.