

## Direito por Vocaçã o – memóri a e prospetiva de um per cur so<sup>1</sup>

Paulo Ferreira da Cunha<sup>2</sup>

### I. Retrospectiva...

As minhas primeiras vocaçõ es, de crianç a, foram a Química e a Arqueologia. Depois, ainda acalentei o sonho da Pintura. Mas quando a Revoluçã o dos Cravos eclodiu (1974), encontrando-me no entã o 4.º ano do Liceu, já estava determinado a seguir Direito. Apesar de ter feito estã gio de Advocacia, e de ter gostado muito, e de haver depois encarado a hipótese de seguir a Magistratura judicial, realmente o que me levara para o curso jurídico havia sido o sonho da Diplomacia. Nunca sequer concorri a esta atividade, embora tenha depois havido algumas possibilidades desse tipo, que acabaram por se desvanecer ou que recusei. Foram, poré m, a docênci a e a pesquisa que ocuparam a maior parte da minha vida ativa. Nelas tive ocasiã o de pensar o Direito.

Pensar o Direito não foi, para mim, uma cereja em cima do bolo de decorar leis e doutrinas. E a própri a escolha do curso de Direito também não consistiu numa decisã o instrumental para, como dizia proverbialmente um professor brasileiro, com graç a e acerto, tentar *enriquecer sem saber Matemática*.

Pelo contrá rio, o “Direito pensado” (e pensando em conjunto com toda a Cultura, considerado portanto como disciplina cultural, tal como enfatiza Peter Häberle) foi uma das grandes razões da escolha do curso de Direito (outras razões havia, entã o: mas isso seriam outros contos...). Ainda caloiro, em 1978, em Coimbra, procurei especular sobre o Direito (pensar sobre ele) logo nas primeiras aulas prá ticas da disciplina de “Introduçã o ao Estudo do Direito”, que à minha turma foram prelecionadas pelo Prof. Doutor Rui de Moura Ramos, que viria a ser Presidente do Tribunal Constitucional. Muito aproveitei com essas aulas, que sempre guardo na memóri a.

Desse trabalho de debutante resultariam dois estudos: o primeiro dos quais se chamava “O Drama de Arquimedes”, e que viria a inspirar, anos mais tarde, o meu livro *O Ponto de Arquimedes*<sup>3</sup>, e o segundo era uma reflexã o sobre a própri a disciplina, que se quedou inédita...

---

<sup>1</sup> Por razões de *suum cuique*: este estudo retoma, em pano de fundo, vários textos que confluíram num capítulo, “Veredas da Justiça e do Direito. Ensaio de Ego-História e Diálogos Doutrinai s”, que nos foi pedido para um volume coletivo: PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo / SALCEDO ROMO (coord.) — *Filosofía del Derecho. Nuevas Tendencias y Escuelas Actuales*, Méxic o, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 275-309. Agradeço as sugestõ es para tópicos que inspirariam estudo a vários colegas e amigos: Sérgio Aquino, Ricardo Aronne †, Everaldo Brizola, Ricardo Antônio Lucas Camargo, Amé lia Pereira da Costa, Amadeu Gonçalves, Jorge Marques, José Preto, Jorge Rosmaninho, e minha Irmã Maria da Conceiçã o Ferreira da Cunha. Tudo procurou, contudo, ser repensado e atualizado.

<sup>2</sup> Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (suspensã o devido ao exercí cio daquele primeiro cargo).

<sup>3</sup> No corpo do artigo, daremos apenas os títulos dos nossos livros, *brevitatis causa*.



(PFC no seu doutoramento solene, na Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra)

A Introdução ao Direito seria afinal uma matéria que, mais tarde, haveria eu próprio de reger (com esse ou outros nomes, e obviamente entre muitas outras), em mais de meia dúzia de universidades, ao longo dos meus primeiros anos de docência. Precisamente pelo caráter ontologicamente filosófico e metodológico dessa cadeira preliminar e formativa, foi uma das minhas preferidas, sobretudo quando sabia que os estudantes, em certos casos, não iriam usufruir, pelo menos em tempo oportuno, de disciplinas jurídicas humanísticas, de índole filosófica, histórica, comparatística, etc..

A reflexão filosófico-jurídica que tenho vindo a empreender desde esses anos, poderá certamente subdividir-se em vários vetores, que também de algum modo encontram alguma correspondência com livros que fui escrevendo e com as muito diversificadas regências de que fui sendo incumbido (mas, por exemplo, nunca regí nem Direito Penal nem Direito Administrativo – matérias sobre que já discorri<sup>4</sup>). E muitas e desafiantes foram.

Em síntese, poderá dizer-se que há, na minha obra, várias *Jurisprudências* ou Filosofias Jurídicas, e naturalmente todas elas têm necessariamente que ser inspiradas e alicerçadas numa Filosofia do Direito, que é a base de todo o pensar e agir jurídico, mesmo daqueles que a recusam. Recusar a Filosofia já é, de certa maneira, filosofar, ou, pelo menos, assumir uma atitude filosófica.

E nessa Filosofia do Direito, naturalmente, está uma raiz pós-disciplinar: é impossível cultivá-la no limite estudando-a somente. Ela é a grande ponte para o Mundo *lá fora*, a começar pelo mundo outrora quadriculado pelas fronteiras das mil e uma disciplinas ensimesmadas e por vezes em conflitos territoriais.

Importa muito sublinhar, desde já, que sempre pensamos e ensinamos que a importância de uma muito sólida formação teórica, filosófica, humanística, no caso do Direito, não deriva de diletantismo ou snobismo “culturalista”, mas é uma *conditio sine qua non* de uma atividade prática, nas profissões forenses e no apoio dos juristas a várias atividades políticas, diplomáticas, empresariais, etc. Só a união entre o saber técnico, rigoroso e apurado, como saber humanístico, permitirá uma atividade competente e esclarecida do jurista total, integral.

Assim, poderá considerar-se no que tenho vindo a fazer, nestes domínios:

1) uma *Jurisprudência* (no sentido mais anglo-saxónico ou recuperando algo que me parece poder encontrar no idioleto próprio de Francisco Puy) *Geral*, ou uma

---

<sup>4</sup> E não será decerto irrelevante o facto de ter sido dos primeiros, se não mesmo o primeiro estagiário de advocacia a pedir para trabalhar junto do Tribunal Administrativo. Assim como não será também despidendo que, depois de uma breve passagem (aliás muito enriquecedora pessoalmente) como Juiz Conselheiro na 1.ª secção (cível) do Supremo Tribunal de Justiça, tenha passado para a 3.ª secção (criminal).

Filosofia Jurídica Geral, que assumidamente engloba também uma Metodologia (enquanto Hermenêutica, Retórica, Sinalagmática e Legística) e uma Teoria Geral do Direito (como se pode ver na minha obra mais desenvolvida de *Filosofia do Direito* geral, editada pela Almedina, e que vai em 3 edições e uma reimpressão). Trata-se, portanto, de uma visão onto-fenomenológica e epistemo-teórico-metodológica, que desenvolve um “neojusnaturalismo crítico e pósdisciplinar”, se lhe quisermos dar um nome (veja-se *Rethinking Natural Law* e *Droit naturel et méthodologie juridique*, e também sobretudo a edição portuguesa de *Avessos do Direito*). Além do tratado *Filosofia do Direito*, da Almedina, referiram-se neste registo um livro ensaístico-introdutório, mas de tese, *Desvendar o Direito*, assim como as coleções de ensaios *Viagem à Tribo dos Juristas*, *Tratado da (In)justiça*, o referido *Avessos do Direito*, e uma obra que no seu tempo foi considerada inovadora e ainda hoje muito lida, mas esgotada há anos, os dois volumes de *Pensar o Direito*, entre outros. Mais recentemente, dei à estampa uma *Teoria Geral do Direito. Uma Síntese Crítica*, em que se revisitam conceitos e ideias fundantes do Direito em geral.



Reitoria e parte da Faculdade de Direito da Univ. de Coimbra

2) Uma **Jurisprudência Especial**, de várias dimensões particulares da Filosofia Jurídica. Aqui, podemos falar especificamente em:

a) uma *Filosofia Constitucional e Política*, com interseções, evidentemente, com a Filosofia Política, o Direito Constitucional, a Teoria Geral do Estado, a Ciência Política, etc. Momentos mais significativos deste específico percurso são os livros *Política Mínima* (nova edição), *Filosofia do Direito e do Estado* e já antes a *Filosofia Política* e o livro ensaístico *Repensar a Política*, numa dimensão menos normativa. A Filosofia do Direito e do Estado vai ter novas edições, espera-se que em breve, de um e do outro lado do Atlântico. E no domínio mais ético-político, mas não só, *Para uma Ética Republicana*. Numa dimensão mais normativa, pode colher-se essa filosofia mais especificamente constitucional na segunda edição de *Direito Constitucional Geral* (cuja primeira edição brasileira ganhou um prémio Jabuti) e na “trilogia” *Constituição & Política*, *O Contrato Constitucional* e *Direitos Fundamentais: Fundamentos e Direitos Sociais*. E demos depois a lume uma *Síntese de Justiça Constitucional*, texto que no seu princípio e fim não deixa de ter incursões menos voltadas para o muito concreto direito positivo *tout court*. Sob a clave da Teoria Geral do Estado, é uma síntese útil (e usada mesmo como *textbook* por mim em São Paulo na respetiva docência) a obra, prefaciada por Paulo Bonavides, *Nova Teoria do Estado*. Ainda no Brasil, saiu recentemente, na prestigiada editora Saraiva, uma *Teoria Geral do Estado & Ciência Política*. Está em apreciação editorial uma obra muito volumosa que pretende coroar o edifício, já em diálogo com os novos desafios da sociedade da informação.

b) Uma *Filosofia Penal*, consubstanciada ainda em poucas obras: *A Constituição do Crime*, editada pela Coimbra Editora, e *Responsabilité et Culpabilité* (embora com interseções de direito médico e de filosofia jurídica mais “pura” ou “fundamental”), editada em Paris pelas PUF. Esperando-se a saída de uma nova reflexão, o livro *Crimes & Penas*, que também recolhe artigos meus editados na “Revista Portuguesa de Ciência Criminal” textos para volumes de homenagem (e outros). É um livro que tem vindo a ser depurado desde há anos....

c) *Uma Filosofia Internacional*, também comparativamente não muito prolífica. Em que se contam o livro de autognose nacional portuguesa e relações internacionais *Lusofilias*, que ganhou menção honrosa da SHIP, uma reflexão constitucional-internacional, *Novo Direito Constitucional Europeu*, publicado pela Almedina. Saíram ainda a lume duas obras neste domínio: *Direito Internacional: Raízes & Asas*, e *Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, em colaboração com o Decano Yadh Ben Achour. A primeira tem no prelo uma nova edição, em Portugal, que corrige já muito a edição brasileira.

Além destas três, que replicam filosoficamente grandes áreas do direito positivo, tenho ainda desenvolvido uma perspectiva mais pós-disciplinar, com apelo a vetores extrajurídicos. Donde se poderia falar de:

d) uma *Filosofia Mítica, Simbólica e Literária do Direito*. Neste contexto se enquadram as minhas teses *Mito e Constitucionalismo* (Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que constitui boa parte do I volume da minha *Teoria da Constituição*), *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal...* (Doutoramento na Universidade Paris II), e *Constituição, Direito e Utopia* (Doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), os meus livros *Le Droit et les sens*, *Constitution et Mythe* e *La Constitution naturelle*. Assim como *Droit et Récit e Comunicação e Direito*, e uma boa parte de *Filosofia Jurídica Prática*. Assim como várias obras mais históricas, como *Mysteria Ivris*, *Raízes da República*, etc. E *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-brasileira*, e *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*. Saiu recentemente um volume de *Direito & Literatura*, numa perspectiva prática: com textos literários e seu comentário por outros autores: *Tributo a César...* com prefácio do saudoso advogado, político e escritor (criador do Serviço Nacional de Saúde português) António Arnaut e posfácio do também saudoso “príncipe dos poetas brasileiros”, Paulo Bonfim. Encontram-se também no prelo dois outros livros de *Direito & Literatura*, também com ilustrações, em que partindo de poemas se empreende o diálogo com juristas: *Fauves e Primavera Outono. Direito & Artes*.

## II. *Diálogos com os Gigantes.*

O grande ensaísta Cruz Malpique (de formação jurídica, mas tendo cursado Ciências Histórico-Filosóficas e havendo-se dedicado muito também às Letras em geral), que terá escrito por volta de uma centena de obras, a quem eu encontrava invariavelmente em bibliotecas quando já aposentado da docência, costumava dizer que só a aranha tira o fio de si própria. É essa uma imagem que gosto de repetir, num tempo em que falsamente alguns são apresentados (ou mesmo se apresentam – *stupete gentes!*) como grandes génios, o cúmulo da originalidade, veros desbravadores de terras incógnitas ou mesmo novos céus... É aquilo a que passei a chamar o “complexo de Bandeirante”. A esses, tem que se mostrar que as mais das vezes o que estão fazendo é pôr “ovos de Colombo”.

Há, hoje em dia, um excesso de superlativos no mercado das celebridades jurídicas, coisa a que não estávamos habituado nos nossos primeiros tempos de Academia, quer como aluno, quer como professor. Qualquer obscuro académico ou prático pode agora ser adornado com os mais excelsos adjetivos. Isso empobrece todos. E dá ao conjunto uma sensação de feira, e feira de vaidades. O Direito costumava ser mais circunspeto. Sombrio, talvez, mas ainda que sisudo, exalava mais confiança e seriedade.



(Paulo Ferreira da Cunha na tomada de posse no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal)

De facto, se analisarmos o nosso labor com distanciamento e frieza, somos, no Direito, em geral pouco criativos. Ao contrário de ciências práticas que se desdobram e aplicam em tecnologias, desde as Engenharias às Medicinas, o Direito não quer descobrir “pólvoras”, e não tem que fazê-lo. Apenas pacientemente encontrar parâmetros que, em cada época, em cada lugar e em cada momento, permitam que no dia a dia “haja mais Justiça neste mundo”<sup>5</sup>. A nossa arte é de artesãos, que paciente, laboriosamente, afincadamente, procuram os detalhes que garantirão o ganho da nossa (boa) causa, ou o amontoar de erudição que nos permitirá entrar para a congregação dos (sábios) doutores. Os que, mais recentemente, não sacrificam aos deuses antigos, não têm muitas vezes sido reconhecidos, não pelo reconhecimento formal da obtenção jurídica dos graus e títulos, mas pelo reconhecimento já por alguns dito “sentimental”. E esse é o que mais parece importar na complexa “tribo dos juristas” (subtítulo de um livro meu).

A verdade é que muito dificilmente se admite um autor puramente independente de gerações e gerações de doutrina, de jurisprudência, de legislação (pelo menos). Os autores têm de se nutrir de fios alheios para fazer o seu texto, que é sempre uma teia. Só presunçosos solipsistas ou muito raros génios inspirados (e estes, mesmo assim, em áreas muito específicas do saber, talvez mais artísticas, místicas ou contemplativas...e mesmo assim...) podem viver sem a grande conversa com os autores que os precederam. E quando a não façam explicitamente, muitas vezes o farão implicitamente.

Um dos nossos principais vetores de demanda, de procura, foi, desde cedo, tentar entender a juridicidade. E fazê-lo com profundidade interdisciplinar ou já mesmo pósdisciplinar: atendendo a todas as dimensões internas, assim como a várias conexões contextuais do Direito. Portanto, desde a rosa dos ventos que tem como eixos a História, a Sociologia e a Filosofia do Direito, o Comparatismo jurídico, e no plano do direito positivo começando pelo mais fundante, ao nível interno, o Direito Constitucional, e depois alcançando a dimensão internacional. Trata-se, conseqüentemente, não tanto de assimilar montanhas de saber pontual, mas verdadeiramente *pensar o Direito*. Na sua tese, Michel Bastit<sup>6</sup>, logo nas primeiras

<sup>5</sup> LOMBARDI-VALLAURI, Luigi — *Corso di Filosofia del Diritto*, Cedam, Padova, 1978, nova ed., 1981.

<sup>6</sup> BASTIT, Michel — *Naissance de la Loi Moderne*, Paris, PUF, 1990.

páginas, chama a atenção para o excesso que é a pressuposição em que ancora o brocardo *ignorantia legis non excusat*. Marcelo Caetano já de tal se dera conta, e dissera-o: seria impossível conhecer todo o Direito. E Goethe, bem antes de ambos, teria dito que se tivéssemos que conhecer todas as leis não restaria tempo para as violar. Portanto, o meu empreendimento sempre foi compreensivo, e, em certa medida, animado pela vontade de desvendamento (que ganhou forma explícita no livro *Desvendar o Direito*, que tive a sorte de ver comentado por muitos colegas).

É bem sabido que Bernardo de Chartres dizia que somos anões aos ombros de gigantes (metáfora usada mais recentemente por Allan Bloom e Umberto Eco). Num tempo em que alguns colocam coturnos e até andas, para se fazerem por tal passar, tenho um particular orgulho de celebrar os clássicos e os meus mestres. E em especial os meus orientadores de Mestrado e Doutorado de Coimbra (Rogério Ehrhardt Soares) e de Doutorado de Paris (François Vallançon). Sou ainda do tempo em que os orientadores eram escolhidos de forma pessoal, e pela *simpatia* real e empática (ousou dizer), e não por outras razões, nem sempre muito nobres (sendo as mais comuns as burocráticas)... Do mesmo modo que só se aceitavam orientandos depois de conhecimento pessoal e provas dadas, e não sob a pressão de avaliações que fazem depender a nota dos docentes do volume de orientações assumidas, ainda que só formalmente... Mais uma das banalizações, funcionalizações e domínio do “reino da quantidade” que vai tornando certas Universidades em hipermercados.

### **III. Filosofia Jurídica Geral e Paideia Jurídica.**

#### ***Re)pensar e Desvendar o Direito.***

O Pensar está na base mesmo de títulos como *Pensar o Direito*, obra que coleciona ensaios e outros trabalhos avulsos sobretudo de Filosofia do Direito, *Repensar a Política*, obra de Ciência e Filosofia Políticas que teve até o momento duas edições, a segunda das quais com um texto inicial de J. J. Gomes Canotilho, *Pensar o Estado*, na mesma área, *Repensar o Direito*, uma síntese de Filosofia do Direito, com bastantes afinidades com uma obra editada no México, pela prestigiada editora Porrúa: *Fundamentos del Derecho. Iniciación Filosófica*. E finalmente *Repensar o Direito Internacional*, que já mencionámos.

Já o desvendamento (que também procura ser desconstrução) se encontra explicitamente no título de *Desvendar o Direito*, que pode funcionar como uma introdução iconoclasta ao Direito, como já aflorámos.

A razão jurídica convencional, ou a convenção sobre a razão jurídica (que é apenas a de alguns juristas, conformando-se outros com ela, e outros ainda a ignorando, pelo menos conscientemente) privilegia o pensamento dogmático, sistemático, legalista e normativista, tendo o *presente* e o *imperativo* como lemas, e o comando como vetor e pedra de toque. Pelo contrário, a perspectiva que sempre defendemos é diametralmente oposta a esta: heterodoxa e adogmática, problemática e tópica (e por isso retórica e dialética também), respeitadora da lei (que não seja clamorosamente injusta: essa, como diz São Tomás de Aquino, inspirado já em Santo Agostinho, *non est lex*), mas indo mais além que ela (contra o mero e pedestre *dura lex sed lex*), e em grande medida dando ouvidos à capacidade teórico-prática da doutrina e da jurisprudência. Sem se fascinar com os prodígios do feiticeiro (ou mágico) de Oz que pode estar por detrás de ambas.

Essa razão ou racionalidade dominante (com todo um lastro também de irracionalidade essencial inerente, mas em geral não apercebida) é uma razão que, assim, não é conversada nem *conversável* (como a típica razão, *rectius*, o lídimo

espírito lusófono, para recordar Agostinho da Silva<sup>7</sup>), mas exposta, unilateralmente. Como num “ditado” (e *diktat*). *O que é, é. E é porque tem de ser...* Haverá algo de mais antifilosófico, de mais dogmático, em “pensamento”? E sempre, de novo – o que é o mais deprimente para os amigos da liberdade, e os juristas devem sê-lo – assoma à consciência, meia volta, volta e meia, a observação de Rousseau, no *Contrato Social*: “*de vils esclaves sourient d'un air moqueur à ce mot de liberté*”. É estranho, mas verdadeiro, que as vítimas da Liberdade mais escandalosamente oprimidas, não tendo provado desse fruto exótico da Vida, não apenas não lhe sentem aparentemente a falta, como chegam a caluniá-la. Por isso é que amam tanto os seus grilhões... E por isso é que seus algozes tantos as querem sempre na caverna, sem educação. A educação é um perigo imenso para todo o tipo de opressores. E à educação e à sua “filosofia” dediquei boa parte da minha reflexão: desde logo no livro *A Escola a Arder*. E em repetidos artigos ainda não reunidos, em coluna no jornal “O Primeiro de Janeiro”, em publicações da editora Mandruvá, e na revista “Ensino Superior”, a qual publica há uns anos, em folhetim, um romance filosófico académico, *Diálogos do Bule*, cujo último artigo (ou folhetim) foi enviado para publicação.

No princípio da minha Filosofia Jurídica Geral está, afinal, a *Paideia jurídica*. Não por acaso já a segunda edição do livro *Filosofia do Direito*, começa por uma parábola académica, entre mestre e discípulo chineses. A terceira edição continua nessa senda. Afinal, a falta de educação e de uma formação séria e de qualidade está na base de muitos problemas, inclusivamente na própria doutrina... Mais importante do que as leis é a educação (*paideia telion ton nomon*), e é precisamente a falta de educação a vários níveis que prejudica a qualidade de todos os “produtos” jurídicos. O que é prodigioso, mas terá de reconhecer-se, pelo menos em algumas situações. Há quem comece a pensar que, se por um lado haverá desbragamento de libertinagens (abuso dos direitos e desertificação de valores – e desde logo por *white collar crime* financeiro, corrupção e outros) e proliferação de miragens quanto à titularidade e alcance dos direitos (por via de um mediatismo desenfreado e sem critério, ou com critério antivalores), por outro lado também os legados mais elementares da Civilização Clássica (greco-romana), da Revolução Cristã, do Renascimento e do Humanismo e da Revolução Francesa e, ulteriormente, do Estado Constitucional (de direito, democrático e social – e agora também ecológico), são postos hoje em causa, olvidados mesmo, com soberana sobranceira, como se nunca tivessem existido. Caluniados de todas as formas, e agigantando-se os erros que, necessariamente, todos os empreendimentos de pessoas acabam por cometer. Alguns muito graves, é certo, mas que não ensombram os grandes ideais, que são de Valores. E mais além deles. Sobre os valores, falamos sobretudo em *Filosofia Jurídica Prática e Para uma Ética Republicana* ou *Political Ethics and European Constitution*.

Esse é também um dos pesados preços a pagar pelo desprezo das sociedades hodiernas pela Educação e pela História e as suas lições: mesmo pela História não assim tão antiga.

#### **IV. Filosofia Social e Política do Direito.**

Há ainda juristas para quem o Direito, para merecer tal nome (e dignidade), teria que ser pretensamente “puro”, confundindo-se a dita pureza com o ser apenas forense, prático, ou depurado e sistemático (leia-se: dogmático, abstrato e decisionista no fundo). O Direito Público, a Filosofia do Direito e outras áreas jurídicas humanísticas são, por eles, confundidos com política ou especulação diletante. Sempre

---

<sup>7</sup> SILVA, Agostinho da — *Vida Conversável*, org. e pref. de Henryk Siewierski, Lisboa, Assírio & Alvim, 1994.

foi contra esta perspectiva do Direito (afinal como um serventuário fiel e subordinado de qualquer *statu quo*) que me insurgi.

Conta Michel Villey que em 1894 o reitor da Universidade de Paris, Liard, explanava a concepção fria e “geométrica” *hoc sensu* em que se refugiam tanto os que lavam as mãos do sangue dos justos como Pilatos<sup>8</sup>, como os que, sabendo o que está por detrás e ao que serve o legalismo, nas nossas sociedades, mistificam o Direito invocando a sacralidade do rigor, ciência, técnica, “dogmática” (pomposamente), e atacando como impuros e – oh anátema! – até “políticos” os demais:

“Le droit c'est la loi écrite; partant, la tâche des facultés de droit est d'apprendre à interpréter la loi, et il résulte que leur méthode est déductive: les articles du code sont autant de théorèmes dont il s'agit de démontrer la liaison et de montrer les conséquences: le juriste est un géomètre”.

Será um geômetra, mas um geômetra dogmático, não ensinando essa geometria de abertura de espírito que propugnava, por exemplo, um Alain. Não esqueçamos Morton J. Horwitz:

“A principal condição social necessária ao florescimento do formalismo jurídico em uma sociedade é que os grupos de poder dessa sociedade tenham grande interesse em disfarçar e abolir a inevitável função política e distributiva do direito”<sup>9</sup>.

Um jurista agelasta pensará que tem apenas e cegamente que cumprir ordens e aplicar o que as ordens escritas dizem, e fazer com que os outros cumpram ordens. Em relação à contextualização econômica, por exemplo, este jurista, que não quer nada com interdisciplinaridade, fechará os olhos e fará o que lhe disserem os economistas e financeiros no poder. Acreditará piamente no dogma ultraliberal “there is no alternative”. Mas, ao contrário deste jurista, haveria que ler os Economistas que fazem a diferença. A começar pelos “Prêmios Nobel” Gunnar Myrdal, Daniel Kahneman, ou Joseph Stiglitz e os que anunciam ou desenvolvem já uma Economia nova, não como castigo e até praga (prisão de onde se sairia: *nunca haveria alternativa*), mas, pelo contrário, uma Economia da Felicidade, solidária, naturalmente, do direito constitucional global à Felicidade, um dos elementos fundantes de um novo paradigma jurídico, o Direito Humanista e Fraternal. Já Bertrand Russell se apercebera de como é um perigo não saber Finanças e outras coisas<sup>10</sup>...

Os juristas têm grandes responsabilidades. Um jurista deve ser, não um “burocrata da coação”, ou um ideólogo disfarçado de cientista, mais ou menos subtil, mais ou menos dogmático, criando nuvens de fumo com as suas construções insípidas e abstrusas e raciocínios especiosos, mistificando como sendo Direito e Justiça as soluções ditadas pelos interesses a que, direta ou indiretamente, serve.

Pelo contrário, o Jurista deve ter compromisso com a busca da Verdade e da Justiça, com as vozes dos injustiçados que clamam no deserto e na floresta de aço e

---

<sup>8</sup> Mt. XXVII, 24.

<sup>9</sup> HORWITZ, J. Morton — *The Transformation of American Law*, reed., 1992, p. 266, *apud* POSNER, Richard A. — *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, trad. port. de Evandro Ferreira e Silva, *Para Além do Direito*, São Paulo, wmf Martins Fontes, 2009, p. 288, n. 3.

<sup>10</sup> RUSSELL, Bertrand — *In Praise of Idleness*, trad. port. de Luiz Ribeiro de Sena, *O Elogio do Lazer*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1957, p. 69 ss..

betão. Deve ser cavaleiro andante da Justiça. E como tal não pode ter uma prática, nem sequer uma prática teórica, velha, poeirenta e ensimesmada, numa hoje claramente ridícula e antiquada concepção de Direito como, afinal nada mais nada menos que “aquilo que os juristas fazem”. Leia-se: juristas seriam apenas as gentes do foro – que não são todos os juristas, e mesmo assim, entendidas com preconceito sobre quem sejam e como atuem os práticos forenses (há *gentes do foro* que, pela sua fidelidade ao Direito e à Justiça, colocariam muitos problemas aos teóricos positivistas que idealizam *pro domo* esses mesmos “práticos” – ainda bem). Recordando, assim, a definição, já apodada de cínica, de Jacob Viener para a Economia.

Não, o Direito não é apenas a prática (sem teoria, sem pensamento, sem enquadramento, sem contexto, nem sempre justa, nem sempre sequer legal, nem sempre ética, nem sempre informada) de um pretense e idealizado “jurista comum”, naturalmente pressuposto como razoável e ponderado (num certo sentido), porque resignado. O Direito é mais, é melhor. É *constante e perpétua vontade* de atingir o justo. Tudo o resto são tiques e preconceitos. Em alguns casos, o seguir um modelo na mira estulta da fama. E como é vã a fama, e mil vezes vã a fama de um jurista, trabalhando no seio de um *episteme* que (quase parece que de caso pensado) oculta - ou pelo menos torna muito discretos - até os nomes dos autores das suas maiores teorias, para que pareçam óbvias e “naturais”; e por isso o seu discurso legitimador (como anda esquecido Baptista Machado!) seja retoricamente mais eficaz. Canseiras tormentosas, pois. Vigílias vãs... Mas a vaidade a tanto obriga (e como está esquecido Matias Aires!).

Não se pode pretender ser grande jurista e esquecer a principal função do Direito, sofismá-la em minudências: o jurista tem de “atribuir a cada um o que é seu”, mas numa “constante e perpétua” sede de Justiça, e não como mero polícia ou guardanoturno protegendo os que muito têm dos que não possuem nada. Não se trata, portanto, do *seu* que a roda da *fortuna* (nada justa) ou mesmo o esbulho e o crime (leia-se Addison<sup>11</sup>) vieram colocar nas mãos deste ou daquele. Mas o que é *de cada um* antes de mais pelo verdadeiro mérito (e o mérito social, a aportação social do seu labor e engenho), e ainda, no limite, o que é *de cada um* pelo simples facto de se ser Pessoa (e todos têm direito a um mínimo para uma existência digna). E não esqueçamos ainda que há pretensas meritocracias ou argumentos de “mérito” que, olvidando as condições efetivas da “competição”, são apenas discursos legitimadores da desigualdade; assim como há certos discursos da correção desta que são apologias de entorses a favor destes ou daqueles, potenciadores de mais e novas desigualdades. Nada nestas coisas é a “preto-e-branco”, como querem os fanáticos de todos os quadrantes, e sobretudo dos extremos dos diversos quadrantes.

Há quem queira um Direito dogmático teorista ao máximo (charadístico: e como sofrem os estudantes com essas *adivinhas!*), embora coberto pelo álibi e guarda-chuva da experiência da burocracia e do foro. Se a prática fosse essa teoria, a Administração e os Tribunais seriam ainda mais imobilistas do que se critica. E diga-se que a crítica de imobilismo forense, pelo menos, é muito injusta e populista em muitos casos. Mas infelizmente parece que são precisos bodes expiatórios para escape das maleitas sociais e pessoais... E normalmente escolhem-se os que não podem ou não devem sequer defender-se (uma releitura do *If*, de Kipling, pode ajudar a entender o estoicismo de alguns grupos, estratos, profissões ou funções, caluniados sistematicamente, mas que não podem facilmente vir a defender-se muito, pelo menos segundo os seus hábitos tradicionais).

---

<sup>11</sup> ADDISON, Joseph — *A Vision of Justice*, in *A Book of English Essays*, selected by Sir W. E. Williams, reprint., Londres, Penguin, 1987, pp. 30-36.

Para os defensores desse direito dogmático-teoricista seria esse o pseudodireito “puro” (embora, não gostando normalmente de Kelsen, em geral sem o terem lido, não usem normalmente esta expressão). Ora sabemos que Direito “puro” nunca existirá: é uma contradição nos próprios termos. E por isso sempre será uma vã miragem o solipsismo jurídico de torre de marfim. Mas compreende-se porque esses teóricos, que por vezes se desdobram em prática (e vivem uma dupla existência), não aguentam o vasto mundo dos saberes não jurídicos, melhor, do que não seja a hiper-especialidade que cultivam. Isso os deixa sem pé. E isso atenta contra o enorme complexo de superioridade que têm, não apenas relativamente aos *oficiais de outros ofícios* (eles são dos que dizem, por exemplo, que “Letras são tretas”, que os artistas são marginais, os psicólogos e psiquiatras “malucos”, os cientistas sociais “comunistas”, etc.), como face aos colegas de outros ramos jurídicos. A esses consideram cultivarem saberes sempre inferiores ao seu. E face aos juristas humanistas e pós-disciplinares – felizmente, pelo Mundo fora, cada vez mais e melhores –, nem sequer lhes reconhecerão a qualidade de juristas, tratando-os com desprezo, que tributam aos puros diletantes (na melhor das hipóteses).

Este Direito ultrapassado, enclausurado, que ainda pensa na Hermenêutica como regras de mera “interpretação e aplicação da lei”, que ignora sobranceiramente os princípios constitucionais e a Constituição principiológica (para além do mais importante ainda, que é a Constituição material / *matrrial* ou matricial), só para dar um par de exemplos, acha-se com legitimidade para julgar a vida (e como julga as inovações, condenando-as severamente do alto do seu dogmatismo!), mas na verdade encontra-se fora do nosso tempo e alheio a ela. Este Direito, por muito que, contra os cultores das Ciências Sociais, da Filosofia, das Artes e da Pós-disciplinaridade, se reivindique do real e *do que se passa*, não é mais que um jogo de salão, de uma charada, no seio da “casta” ou a classe dos juristas (*il ceto dei giuristi*), desprezando no fundo o Povo (esse que incomodamente vota e em quem reside, em última instância, o poder de fazer o Contrato Constitucional) e, como dissemos, tudo o que, nos saberes, ultrapasse a porta do seu salão. Pobre saber esse, parca técnica essa, triste dogmática, e desgraçado de quem caísse nas malhas de uma tal Justiça levada ao cúmulo das suas consequências lógicas. Justiça de classe, e de limitação epistemológica, além de justiça fora do tempo, arcaica. Esse mundo a preto e branco, felizmente, nunca foi o de todos os juristas. Sempre houve juristas cultos (e não apenas de uma cultura de flor na botoeira), sempre houve juristas socialmente empenhados e atentos ao clamor dos que sofrem e clamam por Justiça. E se esse mundo nunca foi, mesmo entre os juristas, completamente uniforme, hoje pode dizer-se que globalmente está a morrer, sendo algumas investidas e bravatas um mero canto do cisne.

A ideia de que o jurista (como o religioso, também) devem ser alheios aos gritos e às misérias de uma sociedade injusta, e cada vez mais trituradora das pessoas tem muito curso em alguns meios. Como diz o Papa Francisco,

“(…) seria uma paz falsa a que servisse como desculpa para justificar uma organização social que silencie ou tranquilize os mais pobres, de modo que aqueles que gozam dos maiores benefícios possam manter o seu estilo de vida sem sobressaltos, enquanto os outros sobrevivem como podem. As reivindicações sociais, que têm a ver com a distribuição dos rendimentos, a inclusão social dos pobres e os direitos humanos não podem ser sufocados com o pretexto de construir um consenso de gabinete ou uma paz efémera para uma minoria feliz. A dignidade da pessoa humana e o bem comum estão acima da

tranquilidade de alguns que não querem renunciar aos seus privilégios”<sup>12</sup>.

No mesmo documento dissera antes o Papa:

“Enquanto não forem radicalmente solucionados os problemas dos pobres, renunciando à autonomia absoluta dos mercados e da especulação financeira e atacando as causas estruturais da desigualdade social (...), não se resolverão os problemas do mundo nem, definitivamente, problema algum. A desigualdade é a raiz dos males sociais”<sup>13</sup>.

Há também, inclusivamente em meio jurídico, quem pense que mesmo a ação pela solidariedade social deve incumbir não tanto ao Estado (ou nada a ele, no limite). Mais ou menos como alibi, muitos endossam essa responsabilidade para uma vaga obrigação (sem sanção) da sociedade, desobrigando o Estado. Ora de novo o Papa Francisco contraria essa demissão, indicando quem é o sujeito passivo do contrato:

“O cuidado e a promoção do bem comum da sociedade compete ao Estado (...) Este, com base nos princípios de subsidiariedade e solidariedade, e com um grande esforço de diálogo político e criação de consensos, desempenha um papel fundamental – que não pode ser delegado – na busca do desenvolvimento integral de todos”<sup>14</sup>.

Há, portanto, que pensar o Estado como promotor do bem comum. Mas para isso é necessário desmitificá-lo (desde logo, “desconstruindo” a Teoria Geral do Estado, o que procuramos começar a fazer em *Pensar o Estado, Nova Teoria do Estado e Direito Internacional: Raízes & Asas*), porquanto à sua voltam pairam também muitos mitos, e, de mãos dadas com o Direito (um certo Direito), pode ser um poderoso instrumento não de libertação e bem-estar, mas de opressão.

Com mais ou menos rendilhados, há, de um lado, os juristas positivistas, cuja pedra de toque é o refúgio nos formalismos para se furtarem às preocupações com a Justiça Social (ainda que alguns *jusnaturalistas positivistas* se preocupem muito com justiças abstratas e pareçam ser e queiram até ser antipositivistas pelo seu discurso idealista) e os juristas comprometidos com a integralidade da Justiça, o que implica uma compreensão ideológica, hermenêutica, problemática, enfim, moderna (ou talvez ainda melhor: contemporânea), do seu papel. Pelo contrário, o positivismo é a filosofia inata dos juristas, e é preciso contrariar esse peso do “senso comum” de classe.

Por muita teoria e retórica que se use, o grande teste ao positivista é a sua metodologia efetiva, prática, a forma como encara ou não o contexto do Direito, designadamente político. Quem pretende não ser mumca e nem um pouco político é político e positivista. Como afirma um grande cultor de um ramo maldito para os positivistas, o Direito & Literatura, Peter Goodrich,

---

<sup>12</sup> Papa FRANCISCO — *Evangelii Gaudium*, 218 (trad. das ed. Paulinas, com muito ligeiras adaptações estilísticas).

<sup>13</sup> *Idem, ibid.*, 202 (adapt. estilística muito ligeira).

<sup>14</sup> *Idem, ibid.*, 240.

“(...) o positivismo jurídico pode ser descrito como a filosofia inata, ou de senso comum, da profissão jurídica. Nesse sentido, é uma filosofia dogmática, que procura legitimar um conhecimento profissional na base da auto-representação da profissão. Cumpre assinalar, a esse respeito, que o positivismo jurídico procura isolar o direito de seus contextos políticos e administrativos. Estuda o direito como atividade à parte dos outros fenômenos sociais e como um discurso incomparavelmente livre de quaisquer características subjetivas ou intertextuais que possam ameaçar o valor supremo do 'domínio da lei’<sup>15</sup>.

Há, contudo, que ter cuidado porque há um antipositivismo ou pretensa superação do positivismo jurídico, pretendo direito crítico, que antes de mais acha possível ser jurista sem estudar Direito, sem saber Direito e sem criar/fazer viver o Direito, refugiando-se num discurso demagógico, ideologizado, numa linguagem de substituição. É preciso o máximo cuidado, e compreender que o jurista verdadeiramente pluralista e crítico tem de saber muito Direito (o que não é fácil, nem rápido) e não pode dar de barato, desde logo, a Lei. Perante tantos ataques, atropelos, desdém pela Lei o jusnaturalista mais fiel terá de começar, tantas vezes, por defender a Lei. A Lei é o grau zero do Direito. E começa a reconhecer-se que está perigosamente acontecer, na prática, mais que a existência de leis injustas (que as pode sempre haver, claro), a reiteração de atividades injustas por desconhecimento, desprezo, incumprimento das leis.

O mundo está a mudar, e mudou já muito. São de Humanismo e de Fraternidade, com hermenêutica, tópica e interdisciplinaridade a suportar teoricamente novos rasgos político-jurídicos, os novos ventos do Direito. Claro que vivemos ataques ao jurídico-politicamente (constitucionalmente) já alcançado. Mas no plano histórico e do progresso civilizacional qualquer recuo será alvo de severa condenação, e virá a ser retomado mais tarde o fio perdido, na espiral do Tempo. Alguns redutos de direitos de outros tempos (algumas teias de aranha jurídicas) estão a recuar, porquanto a constitucionalização “invade” todo o mundo do jurídico. O caráter principiológico do Direito, a começar pelo Direito Constitucional, implica aquilo a que Paulo Bonavides chama “uma hegemonia vinculante, de ordem constitucional, sobre todos os institutos de Direito Privado, os quais acabam reduzidos a mera província do direito público de primeiro grau que é o Direito Constitucional”<sup>16</sup>. E não é só o Direito Privado, é todo o Direito, que tem de respeitar a Constituição. Como é óbvio, e por definição. As constituições hodiernas são irradiantes no conjunto da ordem jurídica, não sendo apenas meras “constituições políticas”, vinculando todos, entidades públicas e privadas, e todos os cidadãos de cada Estado.

Ora tal ganha corpo e dimensão com o legítimo e necessário processo de constitucionalização de *todo* o Direito (a que alguns, com mil subterfúgios, ainda que alguns deles formalmente inteligentes, tentam fugir, designadamente com a reivindicação de exceções ou especificidades ontológicas ou metodológicas para os seus próprios ramos de Direito). Por isso, não mais há um escuso recanto ou caverna recôndita a salvo da luz dos valores político-jurídicos superiores que pulsam nas hodiernas constituições.

---

<sup>15</sup> GOODRICH, Peter — *Positivismo Jurídico*, in *Dicionário do Pensamento Social do Século XX*, ed. por William Outhwaite, Tom Bottomore, Ernest Gellner, Robert Nisbett, Alain Touraine, com editoria bras. de Renato Lessa e Wanderley Guilherme dos Santos, ed. bras., Rio de Janeiro, Jorge Zahar, Lisboa, Dinalivro, 1996, p. 597.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, pp. 18-19.

O Direito foi, sem dúvida, no passado, oscilante balança entre o desejo mais ou menos idealista de encontrar Justiça (apesar do contexto geral a ela desfavorável) e a crua realidade de ser instrumento objetivo de injustiça (aparelho ideológico e fundamento da força pública, muitas vezes ao serviço de interesses privados). Com a constitucionalização do Direito, ele não mais pode viver essa esquizofrenia senão como um resíduo do passado. O seu *telos* é a Justiça, e compreendida em todas as suas dimensões, incluindo a social. Nada mais. Nada menos. E por isso é que os inimigos da Justiça (que, insistimos, também é *social*, e hoje mais que nunca o tem de ser) não gostam das constituições cidadãs, que são um contrato pelo progresso, a liberdade e a justiça para todos os cidadãos, e não apenas para alguns. Não gostarem delas é um direito seu, claro, mas os defensores das constituições em vigor têm, ao contrário deles, a Lei do seu lado (lei de que aqueles tanto dizem gostar, em abstrato): a lei vigente e mesmo a lei natural, ou, em linguagem atual, os Direitos do Homem.

Quem se preocupa com os valores no Direito, num plano ético problematizador (não dogmático, e muito menos inquisitorial) tem à sua frente um longo e árduo caminho. Quem dos valores apenas tem uma visão oratória, empolada, oca afinal, demagógica e cristalizada em dogmas ao serviço de verdades-feitas não precisa (nem quer) sair do lugar. Aí está e aí permanecerá, ainda que tudo em volta mude.

#### V. Defesa do Bom Senso Jurídico.

Há, evidentemente, perigos, não só esperanças. Em vez de um direito pensado, sentido e vivido, e libertador, um direito instrumental, feito por burocratas da coação, para servos que se querem obedientes. Ou então uma festa caótica, como que uma mascarada de maus alunos que houvessem decidido fazer um carnaval, imitando, a seu modo histriônico, as poses e os tiques dos velhos mestres agelastas, num mundo jurídico às avessas. Com isto de modo algum se coloca qualquer reticência à positiva inovação, mas mesmo Warat criticava já a pose pretensamente *crítica* sem substância. E Warat era, como é sabido, um iconoclasta.

Esse direito todo mandado e obedecido (sem diálogo, sem pessoas, sem sentimentos, sem, muito menos, afetos – e neste ponto lembremos os trabalhos de Eduardo Bittar<sup>17</sup>, desde logo) é direito que, na sua definição clássica, deriva sempre do Leviathã estadual, que lhe empresta a força, de que possui monopólio (de Leviatã falamos no nosso livro *Anti-Leviathã*). E essa força será, afinal, o traço mais marcante do Direito: a sua coação, que outros suavizam em coercibilidade (como Baptista Machado<sup>18</sup>), sem, todavia, afastarem por completo o espectro do horizonte da definição, já de si ardil metodológico positivista.

O juspositivismo, designadamente o legalista, tem, todavia, um momento em que é excelente e imbatível: quando, com a mais apolínea das clarezas, a justiça tem a lei e todos os regulamentos do seu lado, de forma tal a que se possa invocar o (apesar de tudo) erróneo brocardo *in claris...*, calando qualquer réplica: afora este caso, é uma perspectiva estiolante e frequentemente legitimadora dos piores abusos. Mas não há dúvida de que a tirania se combate com argumentos e legitimidades da Ética e das ruas, mas, no plano institucional, se não quiser fazer figura de puro arbítrio (como um Calígula), deverá curvar-se à sua própria legalidade: *patere legem quam fecisti*.

---

<sup>17</sup> Por exemplo, v. BITTAR, Eduardo C. B. — *Razão e Afeto, Justiça e Direitos Humanos: Dois Paralelos Cruzados para Mudança Paradigmática. Reflexões Frankfurtianas e a Revolução pelo Afeto, in Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.

<sup>18</sup> BAPTISTA MACHADO, João — *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, reimp., Coimbra, Almedina, 1985.

Infelizmente, começam a proliferar, nas nossas macrodemocracias, pelo menos bolsas de tirania localizada, em que é cada dia mais necessário a pura e simples invocação da legalidade, da constitucionalidade e da convencionalidade.

As nossas sociedades não baniram microtiránias ou microditaduras, que mais resistem até pela ilusão geral de democracia plena dada pela superestrutura institucional dos hodiernos Estados de Direito. Há, nas dobras do sistema, e a começar a ter muito eco, em algumas sociedades, quer tiranetes clássicos que abusam dos poderes que têm (há muitos lugares na sociedade em que se pode exercer um poder quase absoluto sobre os subordinados), quer até grupos ativistas (que aparentam mais idealismo, embora totalmente lunático e perverso) que, com razão pontual ou sem nenhuma razão (não são todos idênticos) procuram legislação e atividade administrativa que permitam e até imponham certos comportamentos consonantes com a sua utopia (na verdade, trata-se de distopias de vocação totalitária). O politicamente correto é um inibidor do pensamento crítico e leva a um clima de potencial totalitarismo. Desenha-se, por exemplo, uma terrível sanha punitivista contra grupos quase indefesos, como fumadores, omnívoros, gordos, pessoas que falam como a Gramática da sua infância lhes ensinou, etc., para não falar dos “suspeitos do costume” dos totalitarismos clássicos. Felizmente são grupos ainda localizados, apesar do seu ativismo e convicções fanáticas.

Nos casos de tirania individual ou de totalitarismo em potência, felizmente ainda muito nos valerá a Lei em vigor. Ora, é triunfo do jurista e do cidadão amigo do Direito invocar, como se fora um aplicado positivista legalista, o simples e resplandecente texto da norma. Ser-se legalista acaba por ser, em situações-limite, o aderir-se e invocar-se o grau zero do Direito. Há muitos outros graus, mas esse saber-se em que lei se vive é o primeiro passo. Trata-se assim de um legalismo como base, e de alguma forma representando uma resistência. André Ramos Tavares chama certamente a atenção para o “respeito às normas, pela superação do chamado 'governo dos Homens' figurando como *paramount law* a Constituição”. E sublinha de seguida:

“No Estado Constitucional de Direito, o desrespeito às normas por parte dos agentes públicos, das autoridades, dos mandatários do povo, deve contar com a pronta e imediata resposta, de maneira a repor a situação ao regime previsto pelo Direito”<sup>19</sup>.

Se pensarmos que até entidades públicas, mundo afora, violam as leis mais simples e fáceis de cumprir, não podemos deixar de lutar, antes de mais, pela legalidade. O resto vem depois...

Oxalá se pudesse ter uma situação político-jurídica, social, económica, cultural – e antes de mais educativa – que permitisse um pluralismo jurídico mais exigente. Mas, como disse Michel Villey<sup>20</sup>, o Direito Natural não é recomendável para todos... Muito menos (digo eu agora) para o subjetivismo e o frenesim ativista, que pode assumir formas demasiadamente ideológicas. É necessário (na minha opinião sem perder suplementos de alma e de esperança<sup>21</sup>) algum *self restraint*, e mesmo bom

<sup>19</sup> RAMOS TAVARES, André. *Manual do Novo Mandado de Segurança. Lei 12.016/2009*. Rio de Janeiro: Gen/ Forense, 2009, p. 16.

<sup>20</sup> VILLEY, Michel — *Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, PUF, Paris, 1995.

<sup>21</sup> *Neoconstitucionalismo*, coord. de Regina Quaresma, Maria Lucia de Paula Oliveira, Farlei Martins Riccio de Oliveira, Rio de Janeiro, Forense, 2009 (com dois textos meus, aliás); BARROSO, Luís Roberto Barroso, em colaboração com Ana Paula de Barcellos — *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo)*, in “*Interesse Público*” n.º 19, 2003; FRANCISCO, José Carlos (org. e coautor) — *Neoconstitucionalismo e Atividade Jurisdicional – Do Passivismo ao Ativismo Judicial*, Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

senso, desde logo, como apontaram Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Elival da Silva Ramos<sup>22</sup>. Pior ainda que uma lei injusta que se encontre positivada, é o receio de uma judicatura ou de um executivo que possam aplicar as leis de forma excessivamente criativa, ou seja, em excesso subjetiva. Esse receio fora esquecido de algum modo desde que, no *Ancien Régime*, se temia a *équité* dos *parlements*, mas voltou agora, pelo menos em alguns casos e nalgumas experiências. Algumas se acolheram à sombra do Neoconstitucionalismo e do Ativismo judicial, que podem, porém, ter versões muito mais equilibradas.

Sabemos que nem no terreno hermenêutico as coisas são tranquilas, porquanto há em muitos casos uma exegese pedestre que se recusa a ler o que está escrito, nuns casos (lendo o que está na sua cabeça e no seu preconceito), ou que então alinha por uma hermenêutica antiquada cheia de pressupostos, subentendidos e mitologias de outros tempos e outros patamares filosóficos, como foi soberbamente denunciado por um Lenio Luiz Streck<sup>23</sup>.

A desconstrução dos modelos mentais e interpretivo-aplicativos dos juízes e dos atores jurídicos em geral é higiene vital para se compreender, vendo diretamente e não simplesmente, como diz São Paulo, *per speculum*<sup>24</sup> a nossa realidade e a nossa mentalidade jurídicas. Nesse contexto, todo o juízo de “naturalidade” (isso também Barthes ensinou<sup>25</sup>) é um ardil. É preciso desconfiar do “natural saber” dos juristas.

Já um Louis Althusser admitira a existência de filosofias espontâneas, e Braz Teixeira considerara o positivismo como a filosofia espontânea dos juristas (e a tal, parece, todos nos tínhamos já resignado). Mas (até por ecos que vêm de outras áreas em vias de revisão, como a Economia), talvez possamos ter esperança que algumas das nossas certezas familiares (e desagradáveis) se possam esboroar. Quem sabe se a atitude dos juristas, puxando logo da lei como quem saca da pistola, não possa ser, apenas, um dos pecados da civilização, e não inscrita no nosso código genético de juristas!

Mas ainda pesa, com a insustentável leveza desse manto diáfano de naturalidade, ainda pesa plenamente sobre todos nós a ideologia positivista, exegética, logicista, e institucionalista (*hoc sensu*, à la Hauriou e sua posteridade intelectual e política). E de que maneira pesa! Sentem-lhe o peso, antes de mais, os estudantes de Direito em muitas latitudes, sem que, contudo, saibam explicar o paradoxo de terem ido para a Faculdade em demanda de Justiça e lá afinal penarem (e eventualmente de lá saírem) com outra coisa às costas, nas cabeças e nos corações.

## **VI. Pósdisciplinaridade, Direitos Humanos, Direito Fraternal.**

Em contrapartida, nos antípodas desta visão, que engendra todo um certo tipo de juristas (empobrecidos) e uma dada forma de sociedade (não olvidemos o carácter conformador do pensamento e da ordem em geral que o pensar e o agir jurídicos determinam – como afirmam, por exemplo, Pierre Legendre e L. A. Warat), o pensamento tópico, problemático, tentativo, perspetivista, pluralista, interdisciplinar e

---

<sup>22</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — *Notas sobre o Direito Constitucional Pós-moderno, em particular sobre certo Neoconstitucionalismo à brasileira*, in “Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, vol. 2, n.o 1, 2010, pp. 101-118; RAMOS, Elival da Silva — *Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos*, São Paulo, Saraiva, 2010.

<sup>23</sup> Máxime, 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.

<sup>24</sup> I Cor., XIII, 12.

<sup>25</sup> BARTHES, Roland — *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, ed. port., *Mitologias*, trad. de José Augusto Seabra, Lisboa, Edições 70, 1978.

mesmo pós-disciplinar<sup>26</sup> (Gonçal Mayos) abre janelas de Direito para um outro Direito, animado por uma razão que se não fascine, como Narciso, consigo própria, ficando cristalizada na autocontemplanção. E esta clausura e ensimesmamento muitas vezes tem a forma de uma pretensa assepsia. O jurista estaria acima ou pelo menos ao lado das questões políticas, dos dramas sociais, da guerra de todos contra todos em que se tornou a nossa sociedade. Mas não. O jurista e a doutrina jurídica têm um contexto, e o Direito é tanto mais político e ideológico quanto mais se pretende neutro (conforme bem sublinharia Orlando de Carvalho). Coisa diferente é o jurista saber-se contextualizado (conhecer “a sua circunstância” social e de pensamento, desde logo), mas ser capaz de se elevar a um patamar não de pretensa neutralidade, mas de isenção, equidistância, independência, afirmando os valores comuns e constitucionais de Justiça, e ponde entre parêntesis as suas predileções e particularismos, num efetivo e coerente *self-restraint*.

O Direito a construir tem de estar aberto a realidades que a razão meramente desperta (em simples vigília) normalmente rejeita, tapando os ouvidos (seu único sentido desperto, já que está vendada e não toca, não cheira, não saboreia) ao que considera serem cantos de sereia: até ao imaginário, ao inconsciente, ao instintivo, e, naturalmente, ao simbólico, mítico, ritual, utópico e ao princípio esperança<sup>27</sup>. Direito com lema: “*nada do que é humano me é alheio*”. E a nossa já pósdisciplinaridade não pode, por definição, ser apenas multi- ou trans-, mas real dialética e cânone (na sua metáfora musical). Aliás, como nos sugeriu a leitura de Joe Moran, hoje sob tal capa pode esconder-se, sobretudo nas Humanidades e nas Ciências Sociais, a perversa política de diminuir disciplinas e poupar no número de docentes<sup>28</sup>. E pode haver também a tentação de diluir o rigor de certas matérias num arco-íris ou carrossel de farrapos mesclados de dados e extrapolações, carregados para provar teses densamente ideologizadas. Para quem não entenda bem o que isto quer dizer, propomos uma simples contraprova ou prova real da ideologia: estamos perante tanto mais ideologização quanto começarmos a excluir e a rotular, como anátema, cada vez mais setores, grupos e pessoas. A ideologia é por natureza divisora. Mas obviamente não se pretende acabar com ela, num pretense unanimismo ou consenso falso. O necessário é que numa sociedade não se caia num excesso de ideologização. A qual também pode ser a do unanimismo falso, totalitário.

As possibilidades são muitas para os juristas que sempre foram construtores de pontes – ou seja, pontífices: mesmo, por exemplo, fazendo dialogar a arte e a lógica, como faz Maria Francisca Carneiro. E como recordamos os sucessivos colóquios em Paris II, organizados por François Vallançon e Stamatios Tzitzis, sobre Estética e Direito. Mais tarde, Carmela Grüne propôs a própria legitimação do Direito pela Arte. E Marcílio Franca, Rodolfo Pamplona Filho e Geilson Salomão Leite coordenaram um *Anti Manual de Arte e Direito*, que me deram a honra de prefaciar.

Direito altruísta, humanista, fraterno, paradigma jurídico da razão sensível (com Michelle Carducci, Eligio Resta, Carlos Ayres de Britto, Reynaldo Soares da Fonseca e já tantos outros), e os próprios direitos humanos, são categorias ou protocategorias que ameaçam as certezas particulares da *pequena quinta do direito* (ou pequena fábrica, como observaria Jean Robelin), em que tudo – que tudo!? - estaria previsto, como no proverbialmente rebarbativo *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*. Recordamos também a questão de Francisco Puy, tão certo e

---

<sup>26</sup> MOYANO, Y. COELHO, S. , MAYOS, G. (eds.) — *Postdisciplinarietà y desarrollo humano. Entre pensamiento y política*, Barcelona: Red ediciones, 2014; MAYOS, G. — *Macrofilosofia de la Modernidad*, Rota, dLibro, 2012.

<sup>27</sup> BLOCH, Ernst — *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1959.

<sup>28</sup> MORAN, Joe — *Interdisciplinarity*, Londres e Nova Iorque, Routledge, 2002.

subtil ao diagnosticar esse paradoxo do nosso tempo, dos que amam os Direitos Humanos e abominam o Direito Natural, e vice-versa. E como isso para nós faz sentido como compreensão histórica e ideológica de grupos e capelinhas, mas não pode fazer sentido no grande nível das coisas altas. Porque, como dizia Teilhard de Chardin, “o que se eleva conflui”. Ora Direito Natural e Direitos Humanos confluem. Apesar de, realmente, um e outros andarem muito confundidos e manipulados, *pro domo* ou por pura ignorância. Há quem defenda o primeiro rotineiramente sem grande diferença (senão na “retórica” ou *mise-em-scènes*) do positivismo normativista, e quem esgrima os segundos para todas as causas, especialmente as mais improváveis.

E contudo, os Direitos Humanos foram e continuam a ser o grande motor da regeneração do Direito. Apesar de todas as deformações e incompreensões.

Antes mesmo que se manifestassem as novas correntes, de algum modo “pós-modernas”, e que concorrem para o germinar cada vez mais rápido de um novo paradigma em Direito (após o paradigma do direito objetivo e o paradigma, ainda vigente, mas com plúrimas brechas no seu edifício, do direito subjetivo), o que mais tinha perturbado a serena paz de séculos dos juristas fora a emergência, tanto na teoria como na prática e no discurso mediático, dos Direitos Humanos. O Mundo, mesmo os ditadores, converter-se-iam hipocritamente a eles. Mas mesmo essa hipocrisia haveria de contribuir para o suave milagre teórico: a conversão dos renitentes da doutrina. Num tempo, não muito distante do nosso, só minorias muito minoritárias e intelectuais estavam contra os Direitos Humanos. Hoje, se por um lado a ideia terá convertido mais intelectuais e professores, surgem também (para alguns observadores muito surpreendentemente) forças políticas e religiosas, e alguns gurus, que se afirmam contrários aos Direitos Humanos. Principalmente com a alegação de que seriam esquerdistas e a favor dos criminosos. O que é um absurdo.

Eles tudo subverteram no plano metodológico, não mais permitindo que as velhas teorizações se sustentassem. E depois deles não mais parariam as novidades, todas demolidoras do velho templo (para alguns, habitado por fantasmas, como a própria Constituição povoada só de sombras). Mas tudo mudaram principalmente na percepção do Direito. Não tanto pelo que ele efetivamente é, mas pelo que potencialmente em si encerra. Não mais um Direito potencialmente titularista apenas, dividindo seguramente, como diria Agostinho da Silva, os choros e os risos por sebes proprietaristas bem separadas<sup>29</sup>, mas um Direito até e m que, no limite, pode haver uma *opção pelos pobres*<sup>30</sup> por parte dos seus protagonistas mais ativos, os juristas. E essa opção nem sequer é fortemente ideologizada. Nela acabam por confluir muitos quadrantes, e não se pode negar que a pobreza (em todos os seus aspetos) é um obstáculo muito sério à Justiça.

A função dos Direitos Humanos no contexto do Direito é avassaladora, e não só resgata o prestígio da juridicidade no mundo profano à especificidade jurídica (que nunca viu o Direito com muito bons olhos), como se alarga para além do normativo especificamente legal, para o terreno da moralidade social e da política em geral. São os Direitos Humanos um grande bilhete de identidade do Direito, mas também um excelente passaporte. E passam eles a ser captados, muitas vezes com brilho e propriedade, mesmo por não juristas, que muito enriquecem esta área do saber. Antropólogos, sociólogos, semiólogos, filósofos puros (políticos, eticistas, etc.) e até teólogos (especialmente os que cuidam de teologia moral, e de filosofia social ou

---

<sup>29</sup> SILVA, Agostinho da — «Justiça», in *Diário de Alceste*, nova ed., Ulmeiro, Lisboa, 1990, pp. 23-24.

<sup>30</sup> Cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim — *O Direito dos Pobres no Ativismo Judiciário*, in *Direitos Fundamentais Sociais*, org. com Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia, São Paulo, Saraiva, 2010.

doutrina social) muito contribuem para melhor compreendermos toda a dimensão dos Direitos Humanos no novo Contrato Social que firmamos hoje.

Uma das contribuições que nos ajudará a captar melhor essa mesma dimensão é a do teólogo e especialista em doutrina social da Igreja Católica, reitor da Universidade Pontifícia de Salamanca, Ángel Galindo García, que assim sintetiza:

“La instancia ética inherente en los Derechos Humanos está ejerciendo una crítica utópica de las condiciones sociales en las que se intentan vivir los valores de la persona humana. Así, ejercen una crítica sobre las estructuras sociales (económicas, políticas, culturales) que tienden en ocasiones (...) a convertir las libertades ciudadanas en instrumento de dominio o de opresión de los más debiles”<sup>31</sup>.

E continua:

“Asimismo esta instancia ética de los Derechos Humanos impide que la ley positiva se desvíe hacia posiciones contrarias a la dignidad y a la realización del hombre en cuanto aporta la clave de interpretación de suas aplicaciones y urge la toma de conciencia progresiva de la violació de la dignidad de la persona”.

Por outro lado, as Constituições não mais se encontram desarmadas. Elas têm a dar-lhes força e efetividade órgãos jurisdicionais, Tribunais Constitucionais e Supremos Tribunais. Isso faz toda a diferença: *“The theory of the law of the state plays theoretical and practical orientations, methods, and themes in different keys, when faced (or not) with a constitutional court and court practice”*<sup>32</sup>.

É possível resolver conflitos jurídicos com ductilidade, com inteligência prática, e pelo verdadeiro diálogo. A Concórdia também é um valor. A sensação de alta plenitude quando se resolve um problema a contento de todos (ou pelo menos de muitos) é disso a prova.

Quando se procura resolver mesmo um problema, sem ser a torto e a direito, antes com afínco, inteligência, sensibilidade às realidades e suscetibilidades em presença, maleabilidade, subtileza, e vontade que triunfe a Justiça é possível encontrar soluções. Mas, evidentemente, não é só o julgador que tem de fazer um gesto ao mesmo tempo independente e empático. Os interessados, as partes, devem também dar passos no mesmo sentido. Começa a ganhar terreno a Mediação, a Arbitragem, a Concertação... Alguns dirão: Justiça de anjos. Apenas meio-anjos, certamente, que entre anjos não deve haver litígios, pelo menos depois da queda de Lúcifer. Mas também de Homens, verdadeiros Homens e Mulheres. Há situações em que, se todos cooperassem não pelo interesse, não pela ganância, mas procurando boas soluções, elas chegariam. Há casos reais...

E não deixa de ser paradoxal, e entrar pelos olhos dentro (salvo se estivermos tolhidos pelo interesse, a mira das benesses, o temor reverencial, ou o dogmatismo psitacista), que muitos dos que pregam a expurgação filosófica, científico-social e interdisciplinar do Direito, e até do Direito pensado no seu ser e no seu agir, dão largas

---

<sup>31</sup> GALINDO GARCÍA, Ángel — *La Fe y la Ética en la Cultura Actual*, in “Humanística e Teologia”, Porto, Universidade Católica Portuguesa, vol. 34, fasc. 1, 2013, p. 31.

<sup>32</sup> Arthur JACOBSON / Bernhard SCHLINK — *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, 2002, p. 3.

à ideologia e à verbosidade empolada (totalmente não científica nem jurídica) quando lhes toca pronunciarem-se sobre temas que lhes são caros ou que consideram pedras-de-toque, e / ou glosados pelos autores (que têm por *auctoritates*) da sua devoção. *Dois pesos e duas medidas*<sup>33</sup>), pois. Já o sabíamos: “Orthodoxy is my doxy - heterodoxy is another man's doxy”, como afirmou com toda a propriedade William Warburton.

Nem todos cumprem o contrato social, claro. Alguns acham que são apenas credores da sociedade.

Sobretudo nota-se que há uma vaga de ávidos, sedentos de poder, dinheiro, luzes da ribalta e coisas afins. Esses nada respeitam, nenhum limite (desde logo moral, ou sequer “físico” – das próprias leis da Física, dir-se-ia: por exemplo, são ubíquos) conhecem. Servem de forma untuosa e subserviente, se tal for escada para o topo, e uma vez este alcançado (“não sirvas a quem serviu nem peças a quem pediu” - diz um ditado popular) espezinham e troçam desapiedadamente dos demais, sem a mais leve réstia de consciência, e muito menos remorso. São os novos bárbaros, decerto em alguns aspetos até piores que os antigos, implacáveis exterminadores de uma civilização “cristã e humanista”, essa velha civilização que (independentemente do nome e com todos os seus defeitos, e certamente alguma hipocrisia) ainda cultuava alguns valores e algumas virtudes.

Contudo, não se trata apenas de um fenómeno geracional: é decerto uma questão do tempo. Dir-se-ia mesmo que muitos dos mais velhos estão hoje a ponto de olvidar a sua educação, os seus princípios, e quererem imitar os mais novos (a febre de parecer mais novo é tão ridícula...), embora muito menos bem sucedidos.

Seria necessária uma renovação ética – não hipócrita e revanchista, mas olhando de frente e sem preconceitos e avatares. A falta de cumprimento na sociedade civil das obrigações micro- e macro-sociais deixa alguns desalentados, e são indutoras do laxismo. Um clima instalado de agitação e propaganda, na comunicação social e na própria escola, cria um caldo de cultura propício à eclosão infecciosa grave do totalitarismo ou, no mínimo, a um apertado cerco ao pluralismo de opinião.

Uma degeneração cancerígena é possível, com a colonização mental das massas acríticas, que apoiarão um pseudo-salvador, na verdade um medíocre voluntarioso erguido mediaticamente e ao serviço dos grandes interesses (sempre opacos aos olhos de um povo narcotizado e desesperado), ou pura e simplesmente um fanático louco, que a breve trecho, como a História tem dado abundantes exemplos, poderá mesmo mostrar os seus instintos criminosos. Com o condimento do poder, a loucura deixa frequentemente vir ao de cima o crime.

Em suma, o novo paradigma jurídico que se sente despontar, para desespero dos passadistas, é de fraternidade e humanismo. Valores que já estão nas constituições cidadãs. Os novos ventos que da nova prática jurídica se levantam (que é jurídica e social, como tantos movimentos como “direito no cárcere”, “direito achado na rua”, mesmo direito e música e literatura... para não falar na ação social e jurídica de entidades públicas interventivas como as Defensorias Públicas e afins) sopram precisamente em consonância com um estudo do Direito crítico, pós-disciplinar e pensado (apesar de aqui e ali haver exageros e mistificações, o que é inevitável em tempos de novidade). E são solidários do programa jurídico-político das Constituições que não pretendem apenas regular a dança das cadeiras parlamentares e ministeriais, mas contribuir para se criar efetivamente mais Justiça neste Mundo. O que não deveria espantar ninguém, porque essa é a função específica do Direito.

---

<sup>33</sup> Prov. XX, 10.

## VII. *Filosofia Constitucional.*

Aos Direitos Humanos, que nos tempos iniciais da sua universalização tão boas almas e tão rigorosos juristas chocaram (mas viu-se depois que, ao menos em alguma medida, era sobretudo uma questão de estranhamento, de falta de hábito metodológico e diferente linguagem... salvo raras exceções), suceder-se-iam grandes novidades, sobretudo a partir do Direito Público, e muito particularmente a partir do Direito Constitucional. Como este tem o condão de se renovar a cada revolução, pôde mais facilmente captar e transmitir os ventos de mudança. E as Constituições que se foram elaborando, a partir dos anos 70 e 80 do século XX, seriam faróis para grandes esperanças. Como, desde logo, as Constituições portuguesa, espanhola e brasileira. Onde se procura uma equilibrada e harmoniosa síntese entre os valores da Liberdade e da Igualdade, na aspiração maior à Fraternidade, pela Solidariedade e pela Justiça.

As constituições deixaram de ser, como dissera o escritor e diplomata novecentista Eça de Queiroz, no seu certo texto sobre a proibição das Conferências do Casino, meramente úteis para buscar um argumento ou poisar o charuto. O controlo da constitucionalidade, que tanto deve ao por alguns tão execrado (por outras razões) Hans Kelsen, viria a dar real corpo à rigidez constitucional, que se desenvolveu em cláusulas pétreas, cláusulas eternas, ou limites materiais de revisão, onde se procurou colocar o cerne justamente irrevisível das leis fundamentais. E esta blindagem constitucional proporcionou também que as magnas cartas se reassumissem, ou passassem a consequentemente assumir, como verdadeiros vértices da pirâmide normativa, com a consequência necessária da constitucionalização de todo o demais direito a partir dessa *Grundnorm* revelada.

Neste arquipélago de juridicidades, o Direito Constitucional passou a desempenhar um protagonismo tal que passou a perigar o próprio conceito autónomo de Direito Natural, na medida em que os princípios e os próprios valores outrora jusnaturais não apenas se positivaram em Declarações de Direitos e Constituições, como a sua tutela se tornaria efetiva: o que impressionaria mesmo Michel Villey. A defesa dos direitos, ao nível nacional e internacional, em certos casos, passou a ser sindicável juridicamente, desfazendo a crítica mordaz e sobranceira dos que negavam até juridicidade aos direitos humanos porque alegadamente privados dessa realidade ou tangilidade jurisdicional. O controle de convencionalidade é um passo enorme à frente, de par com a compreensão, cada vez mais evidente, de que o Direito Internacional (Público) não é uma ameaça a uma pretensa soberania mais ou menos pura, que seria garantida pelo direito interno: o Direito Internacional já é direito interno. O juiz comum pode, em geral, e deve, as mais das vezes, aplicar não apenas a Constituição, como o Direito Internacional. E não perde com isso ou por isso dignidade ou “status”.

E o Neoconstitucionalismo viria não apenas a revolucionar a hermenêutica constitucional, e, por via dela, toda a hermenêutica jurídica, como ainda a colocar desafios às próprias correntes ontogenéticas do Direito, como os clássicos jusnaturalismo e juspositivismo. Porém, se o movimento neoconstitucionalista e as inovações e em geral a generosidade do ativismo judicial (especialmente no Brasil) foram uma esperança, o desenrolar das coisas, a maré baixa dos tempos, revelou a sorte inerente a todos os empreendimentos humanos: um reverso da medalha, que pode redundar em subjetivismo excessivo, e, portanto, implicar falta de segurança jurídica, assim como levar a protagonismo contrário à própria lei, ou num perigoso fio da navalha. São, na verdade equilíbrios complexos, a reclamar uma revisitação das teorias da separação dos poderes (desde Locke e Montesquieu). Mas a nossa profissão de fé vai, indefetivelmente, para a crença na importância de, como dizia o autor do *Espírito das Leis*, o poder travar o poder. Sem separação e interdependência (agora

mais complexas e com novos desafios) de poderes, tudo estará perdido no plano da Liberdade política.

Além das nossas obras publicadas pela Quid Juris, e dos volumes dados à estampa pela Verbo, avulta mais recentemente a nossa *Síntese de Justiça Constitucional*, que pretende ser prática mas sem prescindir do enquadramento mais de fundo.

### **VIII. Filosofia Jurídica Penal, Internacional, Simbólica e Artística.**

Temos perseverado na tentativa de não tornar o Direito aborrecido. De até, se possível, torná-lo esteticamente agradável. E temos feito irrecusáveis pontes com a Cultura. Para quê deitar fora esses tesouros, que não apenas adornam a exposição, como muito frequentemente a iluminam? Contudo, não se trata apenas de estilo, erudição, ou didática. Acredito mesmo na unidade dos saberes e na dimensão mítica, ritual, simbólica do Direito. Ela é muito clara no Direito Penal. E a minha (embora sintética e em parte inédita) filosofia penal sublinha essa dimensão especialmente. *Crimes & Penas*, quando sair (espera-se que em breve), certamente o demonstrará.

Direito é Literatura – recordemos, por todos, Peter Goodrich e Richard Weisberg e mais próximo de nós um Germano Schwartz (que aliás faz a específica ligação entre Constituição e Literatura<sup>34</sup>). As reflexões sobre Direito e Literatura, sobretudo, encontram-se, no caso dos meus estudos, muito vinculadas à Filosofia Jurídica de língua portuguesa. Trata-se de um desenvolvimento do Direito na Literatura, sobretudo. Embora haja também alguns textos mais teóricos sobre esta disciplina, como *Direito e Literatura*, *Droit et récit*, etc..

A Filosofia Internacional encontra-se também em boa parte inédita (demos contudo a lume vários artigos e o livro *Direito Internacional: Raízes & Asas*), , no Brasil e *Repensar o Direito Internacional*, em Portugal), mas foi desenvolvida bastante em lecionação em São Paulo, de Direito Internacional Público e Globalização Constitucional. Ela tem, naturalmente, grande vinculação com a minha Ciência Política, Teoria Geral do Estado (*Política Mínima*) e o Direito Constitucional (*Novo Direito Constitucional Europeu*), embora evidentemente assente muito no novo paradigma humanístico e de paz e fraternidade, e nos estudos de Direito Comparado e afins (*Geografia Constitucional*). O mais relevante contributo, certamente, será o nosso empenhamento pessoal na criação de um Tribunal Constitucional Internacional, matéria já de um livro, em coautoria com o decano Yadh Ben Achour: *Pour une Cour Constitutionnelle internationale*.

### **IX. Conclusão**

Além das divisões mais clássicas, por vezes se questionam as banalidades, mas também tiranias do quotidiano da imprensa, da burocracia, de um direito “primitivo” de nu poder revestido de camadas de eficientismo e *langue de bois*, das tecnologias e das novas tecnologias, do virtual, das redes sociais, etc. E, na radicalidade da diferença com o banal do dia-a-dia, o estudo do mito no Direito faz recuar ao perene, ao radical (das raízes) e também ao simbólico (*Le droit et les sens*) e ao misterioso (*Mysteria Ivris*), a utopia sempre aponta novas possibilidades e caminhos. E mais ainda que a utopia, como se sabe, o princípio esperança, ou utopismo.

---

<sup>34</sup> Desde logo em SCHWARTZ, Germano André Doerdelein. *A Constituição, a Literatura e o Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

E o Direito não vive hoje apenas em novos ambientes: ele próprio é um novo arquipélago, porque a metáfora da continentalidade se lhe não adequa já cabalmente, nem ao seu pluralismo intrínseco e hoje mais e mais óbvio – quiçá “ululante” até, à Nelson Rodrigues. O que, como é óbvio, não significa que o Direito deixou de ser o que sempre foi, herdeiro legítimo da primeira função dos indo-europeus<sup>35</sup>, a que alguns chamam, não sem anacronismo, mas algum sentido simbólico, “soberana”. Com todas as responsabilidades ordenadoras, míticas e rituais, dadoras de sentido, que tal acarreta. O Direito não é um mero *saber fazer* mecânico. Mas entre as suas artes (que arte é) está um *savoir-faire*, naturalmente.

Direito insular, direito até periférico nos nossos dias, em que as posições de centralidade, de prestígio, poder e influência, que com o direito e os juristas estiveram durante séculos, passaram para outras alçadas, de oficiais de ofícios muito diferentes. Alguns dos quais temos dificuldade em entender como sobrevivem mandando, sem saber tantas coisas que ainda nos parecem essenciais... Os juristas, mesmo progressivos, são incuráveis no seu epistemocentrismo. Mas (e aqui o jurista se confessa) todos têm alguma coisa de que orgulhar-se. Antes de mais, *trabalham* (e alguns trabalham muito: e até demais), não possuem uma ciência de *bluff* ou de substituição (como sugeriria Jean-Marc Trigeaud), e têm a cabeça relativamente bem arrumada, apta a novos desafios: lógicos ao menos. É já muito mais que o que alguns outros podem realmente oferecer concorrendo no mesmo terreno do conselho e da decisão sobre Pessoas.

Procurei, tudo pesado, contribuir para o alargamento do espectro de problemáticas em que o Direito está em jogo, na esperança de que um novo (e benéfico, e generoso) paradigma se imponha, no respeito pelas e na continuidade das boas tradições, e a sede de futuro que anima os melhores do novo século. Trata-se de, depois do estafado discurso da “crise” do Direito, e das “superações” do positivismo e do jusnaturalismo, quais mortes anunciadas (no que, com Mark Twain, se revelaram ambas manifestamente exageradas), passar a um novo momento matinal, em que de novo tudo parece possível (como diria Serge Fauchereau para o processo de criação artística, do qual o dogmatismo sempre procurou apartar a arte jurídica).

Desconstruir não para meramente reconstruir, mas para semear e cuidar, tal será a palavra de ordem do jurista que pensa, e, como tal, “diz não” ao próprio fim dos próprios juristas enquanto produtores autónomos de sentidos e revalidadores, porque reinventores do sentido do Mundo, enfim, novos servos da gleba.

Glosando Clarisse Lispector, podemos-nos permitir afirmar que sempre soubemos de coisas que nem mesmo nós soubemos que sabíamos... O que temos ensinado e escrito tem sido uma tentativa de o tornar consciente, e público. São afinal ideias muito simples, que recuam aos momentos matinais do *ius redigere in artem* romano, acrescidos da experiência e da crítica ulteriormente adquiridas como património de civilização e progresso.

Após mais de quarenta anos de Direito na Academia, como estudante e depois como professor, abriu-se há pouco a possibilidade de contribuir para *que se faça mais justiça no mundo*, agora como juiz, no Supremo Tribunal de Justiça, em Portugal. É uma enorme honra e uma incomensurável responsabilidade a que estou a dedicar-me com afinco.

---

<sup>35</sup> Uma síntese em DUMÉZIL, Georges — *Mythes et Dieux des Indo-Européens*, textos reunidos e apresentados por Hervé Coutau-Bégarie, Paris, Flammarion, 1992.