

## CORPO & ESPÍRITO DO DIREITO

Paulo Ferreira da Cunha<sup>1</sup>

**Resumo:** Montesquieu, no seu *De l'Esprit des lois*, teve uma finíssima intuição ao desencantar nas Leis um espírito, que delas exala e a elas dá sentido e transmite essência – como nos perfumes. Mas a imagem visível do Direito não é a olfativa, é a visual (e por isso ele se dá ao trabalho de vendar a Justiça, para que não se deixe impressionar pelo que vê – e se concentre no que possa ouvir, escutando as versões das partes).

Que vemos, pois, no Direito? O corpo. E frequentemente o *corpus iuris* é alentado, pletórico até, dada a inflação legislativa.

O presente artigo, fruto de vivências (reflexões e pesquisas) do Direito do autor em vários lugares de fala e de ação – docência, advocacia, representação local, ação internacional (esta última no projeto de um Tribunal Constitucional Internacional) e magistratura (no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal), sobretudo – procura explicitar a unidade e dualidade do corpo e do espírito da juridicidade, aludindo aos seus sucessivos paradigmas: objetivo, subjetivo e fraterno-humanista (atualmente em construção).

**Palavras-Chave** Direito, Corpo, Espírito, Dualismo e Pluralismo jurídico, Paradigmas Jurídicos, Direito objetivo, Direito subjetivo, Direito fraterno humanista.

**Abstract:** Montesquieu had a remarkably fine intuition when he discerned in the Laws a spirit that emanates from them, giving them meaning and essence – much like a fragrance. Yet, the visible image of Law is not olfactory but visual (hence the effort to blindfold Justice, so that she is not swayed by what she sees but rather focuses on what she hears, listening to the parties' accounts). What, then, do we see in Law? The body. And often the *corpus iuris* is vast and even overflowing, given the inflation of legislation.

This article — stemming from the author's experiences (reflections and research) in various realms of Law, including teaching, legal practice, local representation, international action (particularly within the project for an International Constitutional Court), and judicial service (notably in the Supreme Court of Justice of Portugal) — seeks to clarify the unity and duality of the body and spirit of legality, referring to its successive paradigms: objective, subjective, and fraternal-humanist (the latter still in development).

**Keywords:** Law, Body, Spirit, Dualism and Legal Pluralism, Legal Paradigms, Objective Law, Subjective Law, Fraternal Humanist Law.

---

<sup>1</sup> Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, Portugal. Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto – com funções suspensas para o exercício do primeiro cargo.

Creemos poder dizer que cada vez mais normalmente as lições magistrais universitárias (e mais ainda as que o não são) e os livros de Direito, mesmo os grandes manuais de matérias introdutórias, teóricas gerais, e, quiçá, mesmo também filosóficas, ignoram problemas basilares. Desde logo, a questão não apenas do que seja esta disciplina, prescindindo assim do ponto fixo de Arquimedes epistemológico fundamental e fundante, como (quiçá mais ainda, mas não fizemos as contas) abdicam de problematizar as funções desta relevantíssima (mas hoje muito caluniada e esquecida) área do saber e da atividade humana.

Ou seja, a imersão dos estudantes (e dos eventuais leigos curiosos) nestes estudos é abrupta, não pensada, não problematizada, *in medias res*, começa pelo meio. É verdade que, como explicou brilhantemente o filósofo e pedagogo francês Alain, a melhor forma de aprender uma matéria é mergulhar na sua prática ou na sua realidade. E dá o exemplo do ensino militar sobre armas de fogo, em que os recrutas, em parada, cada um deles, são obrigados a montar e desmontar a espingarda, recitando em voz alta os nomes das peças que a compõem.

Não deixa de ser curioso e talvez instrutivo explorar o paralelo.

Os militares ficam a saber, sem dúvida, a anatomia da arma, mas esse estudo não lhes desvenda a sua fisiologia (isso será no campo de tiro), nem a problemática filosófica, especialmente ética e política, do que estão ali a fazer, ou para o que se estão a preparar. A lógica hierárquica e a necessidade de fazer obedecer ordens de comando obviamente não se pode compacecer com esse tipo de indagações. Os recrutados não vão para as Forças Armadas para discutir o que é morrer e matar pela Pátria, ou pelos seus compromissos internacionais, nem, em geral, a legitimidade e a transcendência de usar armas. A guerra e a paz não podem ser, nesse terreno, discutidas. E parece-nos bem. Quando, nos tempos já para tantos perdidos (e para os mais novos jamais vividos), do PREC (processo revolucionário em curso, entre meados de 1974 e fins de 1975), em Portugal, começaram discussões nos quartéis, desde logo em plenários que punham em causa cadeias de comando estabelecidas, instalou-se um vírus de insegurança, e a falta de disciplina, no meio militar, costuma ser fatal. Haveria de ser terrível se, no meio das discussões, irrompesse uma invasão estrangeira! Também não se fazem plenários em hospitais sobre fazer ou não fazer uma operação de urgência. Embora, por vezes, e com

tempo, cremos, se possam fazer juntas ou conferências médicas, para trocar opiniões em casos difíceis. Cada área social tem as suas regras...

Assim, em contrapartida à disciplina militar (sem prejuízo de altas especulações em âmbito de universidades ou academias militares, de altos estudos, etc.), o que se passa no âmbito do Direito é diferente.

O Direito é por sua natureza conversável e dialético, e não (ao contrário do que muitos julgam e por vezes, realmente, a perversão da pureza das coisas dará essa ideia) burocrático, simplesmente impositivo. A sua normatividade e coercividade naturalmente existem (embora, como ressaltou Baptista Machado, não seja da essência da juridicidade, não seja do seu ser mas só do seu eventual modo-de-ser), mas são fruto de uma maturação não voluntarista, a que se chega pela razão, e, em grande medida, pela contraposição de argumentos. Mesmo o solitário juiz, acompanhado apenas do canto do seu rouxinol interior, pondera, e quantas vezes não externaliza esse sopesar de argumentos explanando ideias pro- e contra nas suas sentenças.

Donde, começar por uma imersão na prática quotidiana das questões de Direito parece coisa prematura, amputadora das grandes questões basilares da área: o que é o Direito e para que serve. Embora concedamos que, por vezes, as introduções excessivamente filosóficas com carga especulativa muito densa, tergiversações infundas e linguagem muito técnica para que os estudantes não estão minimamente preparados por um Ensino secundário muito elementar e deficitário de conceitos, vocabulário e treino de dificuldade, possam mais afugentar o público que esclarecê-lo.

O que é e para que serve o Direito são, evidentemente, questões filosóficas, mais especificamente epistemológicas, se as virmos como constitutivas cientificamente (*lato sensu*) deste corpo de estudos, mas também o são ontológicas e teleológicas – o ser é ontológico (o ser alguma coisa), a função teleológico (o servir para algo).

Porém, estas classificações são muito menos importantes que o saber-se, realmente, com precisão e a sério, do que se trata, do que falamos nós quando falamos de Direito. Temos dúvidas que se chegue a uma ideia clara sobre esses problemas só pela prática de resolução de casos práticos. Lembro-me logo que um dia, há muitos anos, me disseram que nos EUA os estudantes sabem tudo da compra-e-venda, do arrendamento, do mútuo e de mais milhentos negócios, mas ignoram a teoria geral do contrato. Realmente, estuda-se lá pelo método do *case law*... Ora, no nosso caso, duvido muito que dos casos (mesmo não sendo o nosso sistema de *case law*) possa o estudante normal dar o salto para questões mais profundas e filosóficas. Precisaria de uma

particular *forma mentis*, e muito tempo de exercício e maturação, com distanciamento mas também memória...

## II

### *Corpo e Espírito do Direito*

Faz sentido começar por invocar um aparente paradoxo nas abordagens científicas do Direito. Dele resulta a consagração de um uso dualista da expressão, o que explica múltiplas confusões.

Por um lado, de uma forma ou de outra, há quem queira preservar no conceito de Direito uma sua Ideia mais eticamente fundada. E o valor principal, o valor dos valores para que se teria (e tem) que encaminhar a juridicidade, é o da Justiça.

De uma forma ou de outra, há definições, descrições, abordagens que tentam captar e explicar o Direito que se baseiam fundamentalmente na sua ligação com a Justiça. Ele seria *objeto* da Justiça (é uma proposição ligada ao realismo jurídico clássico ainda hoje muito repetida pelos seus cultores), *filho* da Justiça (como afirma uma glosa medieval), e a lei injusta não seria lei (*lex iniusta non est lex*, como postulou Tomás de Aquino). Evidentemente que consciências bem formadas, com equilíbrio, moderação, prudência e racionalidade sabem, de um saber também de experiência feito, o que seja a Justiça, e, mais ainda, podem em geral aproximar-se com razoabilidade do justo concreto. Não é uma questão transcendente, é uma questão eminentemente humana. Apesar de, nos tempos mais recentes, inquinações ideológicas a que poderemos quiçá chamar “pós-marxistas” (Marx e até os seus mais diretos seguidores nisso não têm culpa nenhuma) e de um certo tipo de “pós-modernidade” e correção política, estejam a colocar o mundo de pernas para o ar (glosando Marx: *alles auf dem Kopf stellen*), inculcando nos mais jovens e até em alguns mais velhos com complexos de juventude e atualização, um conjunto de preconceitos de profunda irrazoabilidade, alterando regras basilares do raciocínio, da experiência comum, do bom senso acima de tudo. O que esse tipo de pensamentos, feitos frequentemente críticas e reivindicações, tem de mais curioso é a sua imensa capacidade criativa para encontrar coisas irrazoáveis. Pensamos sempre qual será a próxima invenção artificial e em geral nociva, não somente desnecessária.

No plano da intuição da Justiça ocorre esta obnubilação hodierna em alguns e com bastante eco. Todavia, esperamos seja apenas um conjunto de modas ideológicas datadas (e oxalá não se venha a aprender pela pior maneira, ou seja, às mãos de extremistas de sinal contrário, para quem a Justiça é apenas a lei do mais forte). Independentemente de reivindicações e movimentos pontuais e hodiernos, podemos afirmar que teoricamente tem havido sempre muitas tentativas de definir o que Justiça seja, ou, no mínimo, de lhe apreender os principais contornos. Muitas complicações, porém, não ajudam nada. Podem satisfazer mentalmente alguns teóricos, mas o que seria útil era uma noção clara que todos pudessem compreender, ainda que, naturalmente, fazendo algum esforço mínimo. Não estamos a propor uma ditadura definitiva, mas um consenso mínimo... Sabemos que tal não será possível, porém. Temos de conviver com um inextricável pluralismo definitivo e de fundamentações.

E, contudo, uma enunciação simples e que poderia ser aceite pelo menos por muitos existe, e de há muito. Tenhamos a humildade de reconhecer que não é contemporânea, e muito menos deste ou daquele autor moderno ou atual com grande fama. Está ela no *Digesto* ou *Pandectas* do Imperador Justiniano. E pode traduzir-se assim: *a Justiça é a constante e perpétua vontade de atribuir a cada um o que é seu*. Ou, no original: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*. Cada palavra conta, e não está a mais nem a menos, neste texto. Comentamo-lo abundantemente no nosso livro *O Ponto de Arquimedes*, editado pela Almedina, e permitimo-nos para aí remeter.

Pois bem. Mas se a Justiça é essa justa ou reta ou cabal atribuição, o Direito é o caminho concreto para ela, o seu objeto, a sua mão no mundo real e concreto. É o corpo do espírito de Justiça.

Porém, nem só a um tal Direito mais direcionado para altos ideais nos referimos.

Quando falamos em História, Sociologia, Geografia ou Antropologia do Direito não necessariamente encontraremos sob esse rótulo ordens jurídicas justas. Elas podem até mais ser o relato de injustiças institucionalizadas que de Justiça propriamente dita. Consequentemente, ficamos a entender que, além ou alternativamente ao Direito como preocupação prática de realização da Justiça, podemos igualmente usar essa designação para o *corpus* da normatividade *tout court*, sem grande necessidade de referência à Justiça. Ganhando assim sentido as definições positivistas, depuradas de ética (ou dela fazendo uma *epoché* ou parêntesis), que apresentam o Direito com alusão a tópicos como regra, norma, regulação, arbitragem de conflitos, decorrência do poder e

implícita e latente força para a sua imposição, ao menos *in extremis*. Porque, insofismavelmente, o Direito não é um mero convite a fazer ou não fazer. É em geral uma imposição, e quando tem normas alternativas é ainda imperativo no considerá-las como tais.

Há, assim, um *fumus* de Direito quando se fala em sedes do poder, textos do mando, forças militares ou policiais, repartições de certificação, órgãos de deliberação e de julgamento, contratos, testamentos, e outros negócios jurídicos, punições, prisões, etc. Não quer dizer, porém, que haja *fumus* de Justiça, sempre, quando nos abeirmos destas realidades. Direito sim, certamente, em princípio; Justiça é mais complicado que haja, mais difícil, mais raro. Contudo, pode dizer-se que mesmo o Direito pouco justo acaba por receber uma contaminação positiva de Justiça pela sua proximidade essencial com ela. Pelo menos acaba por ter uma espécie de presunção de Justiça. Daí, certamente, o privilégio de execução prévia e outros mecanismos, que podem transportar situações menos justas, mas provisoriamente ao menos, contêm a ficção de serem justos. Aliás, se assim não fosse, do ponto de vista prático, haveria ainda mais lentidão em muitas situações, nomeadamente administrativas. Por vezes, a celeridade, a segurança, a certeza são mais pequenos valores (muito inferiores à Justiça) a que se presta homenagem para agilizar e tornar mais simples e minimamente certa a vida corrente. Depois, sentindo-se e não se suportando uma possível injustiça, depois se recorrerá...

Podemos então dividir as abordagens do Direito em dois tipos: a que repousa sobre uma tónica sociológica, olhando as situações concretas, de facto, que indiciam a presença de uma ordem normativa em princípio mais reforçada na coação e na estadualidade e menos necessariamente importada com a questão ética; e a que se baseia numa intencionalidade de obtenção da Justiça, precisamente encarnando a vontade constante e perpétua do *suum cuique tribure* (atribuir a cada um o que é seu), ou seja, uma forma de encarar a questão com uma dimensão de ética prática.

Esta dualidade do Direito e da sua relação (direta, longínqua, ou inexistente na prática) com a Justiça ilumina sobremaneira o nosso conhecimento da área. Há mil e uma categorias e correntes de juristas, mas, em geral, e no final de contas, podemos bem destrinçar os que têm compromisso com a Justiça e os que apenas jogam um jogo. Os que sabem como funciona a sua espingarda, independentemente de questionarem porque foi feita e para que realmente poderá servir. A este tipo de juristas se têm chamado nomes nem sempre muito simpáticos, como verbos de aluguer, burocratas da

coação, etc.. Deve, entretanto, fazer-se uma prevenção em relação ao outro tipo de jurista, que pode quedar-se numa emaranhada contemplação das essências sem querer sujar as mãos no barro e no sangue do real, desde logo não estudando as partes da arma que analisam, nem o seu funcionamento. Podem até estar a falar de um fuzil que nunca viram nem tocaram. Luiz Alberto Warat chamou a atenção para alguns pseudo-críticos do Direito que, afinal de contas (interpretamos assim), pouco saberão do direito efetivo, concreto. Suspeitamos até que a sua propensão crítica poderá, em última análise, ter resultado de uma aversão ao estudo do Direito concreto, técnico, positivo, e quiçá também às suas filosofias nebulosas, encontrando uma terceira via que ao mesmo tempo critica uma e outra das versões. Não quer dizer que o puro e duro tecnicismo, por um lado, e a especulação desgarrada do real e da prática não sejam exageros a proscrever. O problema é que numa e noutra das versões há elementos a captar, há matéria a recolher, sem a qual se ficará com *uma mão cheia de nada e outra de coisa nenhuma...* O mal é o exagero tecnicista, não é, de modo nenhum, a técnica; o mal é o excesso de abstracionismo e não a filosofia verdadeira, límpida e útil.

Ser capaz de manter a ligação do Direito à Justiça, lutar por esta no exercício daquele, é o grande segredo. Mas é difícil, porque se exigem conhecimentos e aptidões e vocação diferentes, trabalhando porém em conjunto e confluentemente.

Portanto, o Direito tem uma existência material de resolução de conflitos, de determinação *do teu e do meu*, mas por detrás e dentro dessas questões está o caminho para a Justiça, que é *atribuir a cada um o que é seu*. Parece coisa simples e prosaica. Mas é complexa e vital. Porque sem esta justa atribuição o mundo deixa até de ter sentido. E, com ela tudo parece estar bem e no seu lugar.

### III

#### *Demandas da Justiça*

Então vimos que o Direito tem uma dupla face (ou um avesso e um direito, ou um corpo e um espírito). Como a face de Janus que ostentaram algumas representações suas nos sécs. XVII e XVIII, no Norte da Europa, sobretudo: uma vendada e outra sem venda.

Por um lado, ele é ordem simples e derivada do poder, a tal *dura lex sed lex* (lei dura que tem de ser cumprida, só porque é lei – brocardo da decadência romana, quando

era preciso a ordem social arrimar-se a qualquer coisa...). Esta ordem, se for injusta, é ilegítima e poderá ser inválida, nomeadamente se ao direito positivo, criado, legislado, etc., puder julgar uma ordem superior, seja ela principal ainda positiva, como a constitucional, ou ontológica, suprapositiva, como o Direito Natural. Esta primeira face parece ser a não vendada. O Direito prevalentemente positivista não se eleva abstraindo-se de realidades exteriores, como um Direito mais culto, mais sensível.

E por outro lado o Direito é um vetor essencial da Cultura e da Humanidade, verdadeira «medicina da cultura», manifestação da propensão ética das Pessoas, serviço de vida, uma cosmovisão servida por estruturas judiciais e académicas que, quanto mais eficiente e servida por agentes (“sacerdotes” mesmo, diziam os romanos) íntegros e sábios, mais contribuirá para a ordem do Mundo.

Um aparte, a ler com muito cuidado, e *cum grano salis*: Não nos resignemos com o facto de os juristas serem pessoas, ditas comuns, com seus erros, peditos, fraquezas... É claro que sim (como nega-lo?), mas deveria tentar-se (sem fundamentalismos!) seleccionar os melhores, os potencialmente mais incorruptíveis, os mais ponderados, os mais imparciais, etc.. Tal pode corresponder a seleção psicotécnica se for feita criteriosissimamente...

Voltemos ao nosso fio: Este rosto jurídico tem venda: para elevar os sentidos. Não se deixar impressionar pelo impacto imediatista da visão, mas, vendado os olhos do corpo, abrir os do espírito: ouvindo as partes. *Audiatur et alteram pars/partem*.

Evidentemente que o Direito “do aço frio das espadas”, como dizia Teixeira de Pascoaes, e da burocracia influencia e perturba a realização do outro Direito, que tem uma componente de idealismo. Os que demandam o curso de Direito por vezes começam pelo ideal e terminam pela acomodação.

Mas não tem de ser sempre assim. Há *cavaleiros andantes da Justiça*, que sempre por ela pugnam. O heroico advogado brasileiro Sobral Pinto, nomeadamente defensor de presos políticos durante o Estado Novo brasileiro, ficou célebre pela sua frase «a advocacia não é profissão para cobardes». Mas podia dizer-se isso de todas as profissões jurídicas. Porque o mundo do Direito é muito sensível às influências e até intromissões dos poderes políticos e outros (hoje os poderes económicos podem ser bem mais temíveis, pelo menos em alguns casos e latitudes; noutros imperam poderes religiosos, etc.), necessitando de muita fibra para defender apenas a Lei, a Constituição, e as Fontes de Direito válidas em geral, sem infletir segundo cantos de sereia, tentativas de corrupção, ou injunções de força.

A maioria esmagadora das vezes afigura-se-nos que é possível (e nem sequer se exigindo transcendência nem genialidade particulares) fazer Justiça com recurso aos instrumentos normativos e hermenêuticos imediatamente à disposição do jurista. Um processo passa por muitos olhos e por muitas mãos, e se acaso sobe a um Supremo Tribunal, já um conjunto significativo de razões, opiniões e interpretações se desenharam, ficando a questão, por muito complexa que seja (e por vezes é-o, com milhares de documentos originais e por vezes milhares de páginas de peças processuais, para além do intrincado e emaranhado das questões, de facto e de direito), em geral bastante esclarecida.

Os juristas vão, aliás, ganhando prática no convívio com essa floresta de textos e depoimentos orais (este últimos quando os haja). Em geral, crê-se que os intervenientes num pleito não terão muitas dúvidas. Naturalmente sendo um bem que haja quem possa patrocinar as diferentes visões dos problemas, que assim encarnam nos Advogados diferentes e no Ministério Público. No vértice do triângulo da lide, como terceiro independente, está o Juiz. A ele compete decidir, dando razão a uns ou a outros, ou procurando conciliar, partindo a meio as perdas e ganhos, etc.

É importante apurar até que ponto as teorias têm curso prático, e especificamente judicial e jurisprudencial. Não é normal, por exemplo, pelo menos nos nossos tempos, que algum advogado faça muito uso da retórica jusnaturalista. Só em último recurso, aparentemente.

Vimos isso raramente (e não de forma direta, em processo em que tivéssemos pessoalmente participado), num pleito sobre guarda de uma criança nascida na constância de uma união de facto, em França (questão a que aludimos no nosso Guia Universitário de Direito, em edição portuguesa com Javier Hervada), e num caso de querelas sobre matérias póstumas, entre irmãs, em Portugal. E mesmo assim com um invólucro suficientemente cauteloso. O que normalmente ocorre é que os causídicos saberão certamente que essa linha de argumentação esbarra com a mentalidade positivista imperante, tendo poucas hipóteses de ganho de causa. Aliás, a linguagem moderna do Direito Natural é, como sublinhou argutissimamente o saudoso catedrático compostelano Francisco Puy, os Direitos Humanos. A invocação dos Direitos Humanos, e, mais perto de cada ordem jurídico-positiva, dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados ou em legislação infraconstitucional, em geral bastam como pano de fundo principal, quando de tal seja caso. Evidentemente que admitimos que tópicos argumentativos de efeito mais oratório ou floreado estilístico, como falar de

Antígona em abusos do poder, em Otelo a propósito de direito matrimonial, ou em Shylok para matérias de incumprimento contratual parece-nos não só legítimo como razoável e até refrescante num terreno em que nem sempre abundam as referências literárias e em geral as zonas verdes do espírito. Já tivemos ocasião de recordar, com quase enlevo, a passagem de umas lições policopiadas de Direito Administrativo em que se citava o letreiro da porta do inferno de Dante: *voi che entrate lasciate ogni speranza*.

Mas não é apenas a questão de um acolhimento normativo que está em causa. Pensa-se, por vezes, que o problema da lei injusta seria muito importante. Quiçá demais que a sua relevância prática, no dia-a-dia da Justiça como aparelho. É questão fulcral, sem dúvida, em teoria. Mas na enorme maioria das vezes pode fazer-se Justiça, ou pelo menos um pouco de Justiça, uma aproximação à Justiça, sem arrostar com essa terrível situação. Aliás, no limite, se tal questão se pusesse, ter-se-iam que invocar as razões de Juarez Freitas, na sua obra *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. A qual figura na prateleira das bombas atómicas desta área, conjuntamente, por exemplo com o artigo *Normas constitucionais inconstitucionais*, de Otto Bachoff, traduzido entre nós pelo antigo Presidente do Tribunal Constitucional, Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa.

Estamos em crer que, em tese, essas ogivas nucleares poderiam ser lançadas, mas teria de aquilatar-se previamente dos males maiores que eventualmente poderiam desencadear (seguindo a teoria deontológica da *Deontologia jurídica* de Rafael Gómez Perez). E estamos certos que mais seriam os males que os remédios que poderiam daí advir. cremos até que a relativa fraude constitucional que terá constituído a técnica da dupla revisão constitucional dos limites materiais de revisão (ou cláusulas pétreas, no Brasil) acabaria por ter sido um mal menor face a uma outra possibilidade de revisão, que seria considerar que os entraves que se varreram então não passavam de normas constitucionais inconstitucionais. Isso teria sido adentrarmo-nos por terreno muito perigoso. Antes vir depois comparar esse procedimento inusitado, como o viria a fazer J. J. Gomes Canotilho, a um filme de Charlot, em que, perante uma tabuleta de entrada proibida a solução, antes de entrar, seria simplesmente retirar o cartaz proibitivo. Não se fez diferentemente.

Há mais *clear cases* do que parece, pese embora a alguns. Num sentido, todos os casos são complexos, mas não é disso que se trata. Falamos a outro nível. Felizmente, na maioria esmagadora dos casos, está-se perante situações relativamente

simples (mesmo sendo megaprocessos, eles podem ser simples, apenas muito trabalhosos), em que as fronteiras jurídicas se encontram bem claras e delimitadas, e não se vislumbra perspectiva de confronto com a legislação vigente. É claro que é possível, e realmente ocorre, poder haver normas inconstitucionais, ou melhor, interpretações inconstitucionais de certas normas, mas o nosso sistema jurídico tem formas fisiológicas e desdramatizadas de lidar com esses problemas.

O trabalho de encontrar soluções justas é mais uma laboriosa artesanaria, sem alardes e conflitos macrojurídicos, em que se procuram caminhos que levem a boas soluções. Naturalmente, não agradarão a todos, mas o certo é que, num processo, em geral há, pelo menos um infrator ou equiparável... Esperando, portanto, que seja esse o penalizado.

#### IV

#### *Marcos / Paradigmas da Evolução Jurídica*

O Direito foi fazendo o seu caminho, com momentos de aperfeiçoamento historicamente localizados.

Há um marco fulcral na sua vida, tempo aliás constitutivo *hoc sensu*: o do *ius redigere in artem*, em Roma. A criação epistémica do Direito é um salto de gigante, até para a Humanidade. Até aos Romanos, havia, evidentemente, legislação, jurisprudência, costume, etc. Eles foram até beber muito à vida jurídico-legal e à teorização filosófico-jurídica gregas. O que ocorreu com este salto qualitativo histórico foi a criação de um conjunto de circunstâncias capazes de, juntas, fundar uma ciência em ação: desde logo, pela entronização de um corpo mais sacralizado e publicitado de Direito, com a lei das 12 tábuas, que se dizia inicialmente até eram aprendidas de cor em algumas escolas (mas pode ser um mito), o estabelecimento de um papel de peso e prestígio (*auctoritas*) para os jurisprudentes, e a criação estruturada de tribunais dirigidos pelos juízes (pretos), que foram recrutados nas fileiras das chefias do exército. Estes eram assistidos teoricamente pelos jurisconsultos e na prática pelos então chamados juízes, que contudo não julgavam, tendo funções de verificação e auxílio probatório. Como se sabe, a fase *in iure* (conduzida pelo pretor) precedia a *apud iudicem*. E o pretor dava a sua sentença condicionalmente, dependendo da questão de facto ser provada sob os auspícios do juiz. Hoje, as coisas passam-se ao invés, com a questão de facto

precedendo a questão de direito. Isto para dar um resumo vertiginoso e com omissão de múltiplas *nuances* até na progressão epocal.

Este Direito romano assume-se como uma arte (na realidade um misto de arte, ciência e técnica) diferente, separado, epistemologicamente havendo cortado o nó górdio do emaranhado normativo, que juntava muitas formas de normatividade. Nomeadamente com os romanos se aparta, pelo menos significativamente e numa grande medida, o Direito propriamente dito da moral e da religião. Correlato desta fase é o estilo jurídico correspondente, o direito objetivo. Ulteriormente surgirá o direito subjetivo, nascente com o advento de teorizações filosóficas nominalistas recebidas pelo Direito.

Depois da queda do Império Romano do Ocidente e do retorno à síncrize normativa, em que aspetos religiosos e morais se sobrepuseram, durante a primeira Idade Média, ao rigor do Direito, São Tomás de Aquino procurou resgatar a perspetiva realista clássica, repristinando Aristóteles e o Direito Romano na sua versão mais depurada. Foi um empreendimento de grande envergadura, para mais obra não de um jurista, mas de um teólogo, embora enciclopédico. Este trabalho ainda ecoa num belo livro de Michel Villey, *Questions de St. Thomas sur le droit et la politique*, publicado pelas PUF. Mas quase logo a querela da propriedade em torno dos bens da Ordem Franciscana (que pode ver-se encenada na bela obra de Umberto Eco, *O Nome da Rosa*), com as ideias nominalistas de Guilherme de Ockham em alta, viria a mudar a feição do pensar jurídico. E ainda estamos em grande medida imbuídos das categorias do direito subjetivo, que é a base da teoria geral da relação jurídica que aprendemos nos primeiros anos do curso de Direito.

Ao primeiro paradigma, objetivo, do *ius utendi, fruendi et abutendi* (poder de usar, fruir e até de abusar – por exemplo, destruir – a coisa sua) da *plena in re potestas*, sucedera o subjetivo, como vimos. Na clássica definição de direito subjetivo tem este uma excelente tradução: o direito subjetivo é descrito como poder jurídico atribuído pela ordem jurídica a uma pessoa de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) – este o direito subjetivo *tout court*, como sabemos –, ou de, por um ato livre da vontade, só de per si ou integrado por ato administração pública, produzir certos efeitos jurídicos que se impõem inelutavelmente à contraparte (na sua esfera jurídica). Esta segunda parte da definição corresponde a uma modalidade do direito subjetivo, o direito potestativo, cujo exemplo clássico é o da constituição de uma servidão de passagem para a via pública em favor de

um prédio encravado dentro de outro. Reconhecemos que a mecânica de infração deste direito nos pareceu sempre complexa, mas será assunto para os estudantes mais críticos questionarem os respetivos mestres. Ficamos curioso com as respostas que possam vir a obter.

Podemos aplicar este molde teórico geral a variadíssimos ramos do Direito...

Algures no séc. XX parece ter começado a haver algumas mudanças paradigmáticas.

O direito objetivo fora o do Mundo Antigo, sob a égide romana. O mundo medieval regressara, nos primeiros tempos (até ao século XIII) para uma conceção religiosa do Direito, em que o paradigma da pessoa justa passou a ser o “estoico” Job, vítima de uma estranha “aposta” para o pôr à prova, apesar da onisciência divina. Não se sabe até que ponto o renascimento do direito clássico realista com Tomás de Aquino terá realmente tido impacto prático. Suspeitamos que não. E depois surge o nominalismo e o direito subjetivo, que vai servir de grande paradigma teórico-prático até aos nossos dias. É uma fórmula e uma mundividência que servem muito o desenvolvimento do Ocidente que vê surgir a Modernidade. Individualismo (tão “nominalista”, se diria), com a eclosão da mentalidade científica moderna, as revoluções comercial e industrial, e as mudanças sócio económicas que se podem sintetizar na ascensão da burguesia e o triunfo do capitalismo.

Ora, no século XX, já se disseminavam outras ideias, outras evoluções e mesmo revoluções das forças materiais, e se ia esboçando a assunção de novas forças sociais, nomeadamente de um *quarto estado*, depois dos sucessivos tempos dos outros três (clero e nobreza, primeiro, burguesia, depois). Sem prejuízo de o século XX ser ainda um século burguês, em geral (mesmo, para alguns – embora talvez isolados –, o mundo soviético o foi), precisamente em 1901 fica concluída a tela *O Quarto Estado*, de Giuseppe Pellizza da Volpedo, em que os trabalhadores marcham confiantemente em direção ao espetador do quadro.

Vale a pena contemplar presencialmente a obra, no Museu do *Novecento*, em Milão. Não é uma marcha abrupta, violenta, apressada, é um lento e seguro ir apossar-se do tempo novo. O filme *1900*, de Bernardo Bertolucci, não deixará de usar esta tela como ícone dos tempos novos. Findo o séc. XX já há um quarto de século, podemos fazer um balanço que não será, é certo, imensamente positivo para essa mudança que se previra, mas não se pode deixar de admitir que muitas reformas sociais (e multidimensionais) foram introduzidas.

A vida que em geral o séc. XX nos legou, por ação e por reação, melhorou globalmente muito, só tendo aqui e ali começado a regredir as conquistas de liberdade e igualdade sob o impacto de momentos de reação (em que os movimentos fascistas e nazistas, ao triunfarem episodicamente, e imporem guerras e perseguições, confiscaram liberdades; em que os movimentos hipercapitalistas, ao se afirmarem como ideologia única – *There is no alternative* – fizeram recuar direitos sociais, económicos e culturais). Talvez a marcha narrada no aludido quadro tenha quase parado, ou abrandado muito a velocidade. E obviamente com esta invocação não se está a identificar o caminhar dos tempos com ideologias mais ou menos de rutura, que tiveram o seu papel, mas estão longe de ser o alfa e o ómega da dinâmica social. Todos, como dizíamos, por ação e por reação, deram o seu contributo.

Mas o que nos interessa é compreender como neste pano de fundo se foi desenhando alguma mudança fundamental no Direito, o qual vai sempre espelhando, embora com filtros e em geral uma *décalage* temporal, o que a sociedade vai criando e recriando. Não há um Direito de timbre próprio dos trabalhadores, como o Direito Romano não foi o dos aristocratas, o medieval dos clérigos e o moderno o dos burgueses. Essa leitura estritamente classista é exagerada, simplista. Mas não pode deixar de encerrar alguma plasticidade simbólica, a ser corrigidíssima por outras luzes, sobre o que ocorreu realmente.

É verdade que muitas conquistas sociais se foram espelhando no Direito. Desde logo, com a criação de ramos novos, como o Direito do Trabalho ou laboral, da segurança social, etc., em que evidentemente se começaram por plasmar mais direitos para os trabalhadores e os pensionistas, etc. Os direitos à saúde e à educação fizeram nascer searas enormes de normas e problemas jurídicos. E noutros domínios muito mudou, e de tal maneira que nem nos apercebemos de quanto, por darmos por adquiridos e banais muitos direitos, liberdades e garantias. Mesmo na simples comparação entre os últimos cinquenta e poucos anos, o Portugal do Estado Novo, mesmo o da “primavera marcelista” e o restante consulado de Marcello Caetano, sucessor de Salazar (1968-1974) e os tempos de hoje, é a diferença entre a televisão a preto-e-branco e a TV a cores, pelo menos. São como que dois países diferentes, com óbvio saldo positivo para o de hoje, Estado de direito democrático e (ainda) social...

Por outro lado, as Constituições cidadãs (com especial relevo para a Portuguesa, a do Brasil e as que nelas se inspiraram, nomeadamente as dos PALOPs), e mesmo antes delas, com algumas das que se sucederam à II Guerra Mundial, enfatizaram a

importância do trabalho (desde logo, o artigo 1.º da Constituição italiana) e da dignidade da pessoa (como a Lei Fundamental – *Grundgesetz* – da Alemanha, logo também no seu artigo 1.º), e consagraram corpos de direitos sociais. Há na nossa Constituição da República Portuguesa vigente, depois de todas as revisões, um timbre marcadamente social, sem prejuízo dos direitos da Pessoa e da sua dignidade e liberdade.

É verdade que, mais ou menos, sempre tem havido os que têm feito força contra esta componente social da Lei e da Constituição, e por vezes têm conseguido fazer recuar essa dimensão. É uma dialética normal, que seria estranho não existisse.

Não se pode é dizer que seja de liberalismo contra socialismo, e menos ainda de liberdade de mercado contra opressão coletivista comunista, etc., como alguns gostam de altissonantemente proclamar, especialmente hoje, enfatizando clivagens ideológicas ao rubro. Alguns haverá que assim encaram as oposições, mas na serenidade das interpretações mais lúcidas, é apenas a ênfase de um polo individual vs. a prevalência de um polo social. Há porém surpresas para os mais simplistas e radicais: existem liberais que têm convicções e realizações políticas sociais (como os *whigs* do Reino Unido, sem esquecer o grande teorizador Thomas Hill Green, tão injustamente esquecido), assim como há socialistas que lutaram denodadamente pelas liberdades individuais e pelo Estado de Direito democrático (como ocorreu, para dar um exemplo mais nosso, durante o *verão quente* de 1975 em Portugal).

Contudo, a questão que nos importa não é sobretudo ideológica. O que interessa verificar é que durante o século XX, e em especial na sua segunda metade, depois da II Guerra Mundial (e em alguma medida por causa dela), houve modificações sociais que se tornaram irreversíveis. A guerra mudou radicalmente algumas formas de resolver problemas coletivos, e, talvez como principal mutação, alterou a visão geral sobre o papel da Mulher na sociedade, no trabalho e no emprego.

É certo que algumas mutações jurídicas do séc. XX têm também a ver com a mudança dos direitos das Mulheres, e que uma Jurisprudência feminista também se desenvolveu. Mas do mesmo modo que o protagonista desta mudança não é apenas o Operário, também não será somente a Mulher. Não é só uma questão de classe ou de género. O que ocorre é que parece haver um clima geral de mudança.

Fala-se hoje, e nem sempre muito apropriadamente, em *Zeitgeist*, “espírito do tempo”. O que se passa é que o espírito do tempo profundo (não do tempo curto ou superficial) no concernente ao Direito, mudou no séc. XX. E todas as alterações de

reconhecimento de direitos (a começar pelo direito ao voto das Mulheres, ou às reformas e suas pensões para todos, mesmo os que não descontaram, acrescentando-se as férias, a semana inglesa e depois a americana, os subsídios de desemprego, e até de férias, Natal, etc., etc.) tudo isso criou uma face mais humana e amável no Direito, porque, embora as decisões sejam políticas, é o Direito que as traz ao Povo. É pelo Direito que se pugnará quando esses direitos tiverem sido postergados, esquecidos, violados. Não se trata mais de vagos idealismos, mas de direitos efetivos, que podem ser pleiteados em tribunal, desfazendo assim uma teoria, que teve a sua voga, segundo a qual direitos sociais não seriam verdadeiros direitos por falta de jurisdição que os tutelasse. Seriam direitos meramente políticos, aspirações, talvez eventualmente (concediam alguns) até legítimos, mas tal não faria parte da realidade e da seriedade dura e fria do Direito, um monumento de cerrada e sisuda impenetrabilidade. E que jamais se poderia confundir com uma Misericórdia ou uma Caixa Cooperativa...

O clima da juridicidade dos direitos de todos (Mulheres, Crianças, Idosos, Portadores de deficiência, Estrangeiros, todos os segregados que são recordados pelo artigo 13.º da Constituição Portuguesa) sem dúvida ajudou, em todo o Mundo Constitucional democrático, em todo o Mundo de Direito democrático (a nova Civilização civilizada, por contraposição à barbárie dos não democráticos), a um novo rosto para o Direito. Com o pano de fundo dos Direitos Humanos.

Ora, se bem virmos, os Direitos Humanos não parecem adequar-se muito à malha técnica do direito subjetivo. Eles são, no seu conjunto, que lhes dá sentido, ao mesmo tempo pessoais e sociais. Uma afronta à liberdade ou à dignidade de uma pessoa não a fere somente a ela, mas à comunidade, para dar um exemplo simples. Pelo contrário, por muito que se alargue o âmbito e o simbolismo dos direitos subjetivos (por exemplo, no limite, em sede de direitos de personalidade), continua a ser o timbre mais individualista a presidir mesmo à dimensão trans individual.

É complexo saber o sujeito passivo dos direitos sociais, por exemplo. Quem está obrigado? Quem deles é, afinal, o devedor? Porque o credor já se conhece, e muitas vezes é vasto, é até eventualmente universal. Ora o sujeito passivo nestes direitos sociais poderá ser concretamente um empregador que despediu alguém injustamente, ferindo assim o seu direito ao trabalho, e o contrato que o garantia. Mas esta dimensão ainda é tratada e tratável pelo velho molde do direito subjetivo. Que dizer, porém, da massa de desempregados ou sub empregados, que, como os protagonistas do quadro que citávamos, parecem marchar para nós, reclamando de nós uma solução, porque é

questão de vida ou de morte ter-se ou não emprego, quer dizer, salário para si e os seus. Parece a alguns que o sujeito passivo é a sociedade inteira, todos os espetadores do quadro. Mas como garantir que a sociedade verdadeiramente seja responsável?

Não é, contudo, somente a questão social, a proteção das pessoas no infortúnio, na velhice, na invalidez, e o reconhecimento da igualdade entre todos os cidadãos e cidadãs. São essas questões importantíssimas. Não é também somente a consolidação das liberdades e dos direitos mais tradicionais, de cidadania política, que ficaram equacionados na sua forma canónica na representatividade do demoliberalismo, com a importância reconhecida aos partidos, às liberdades de associação, reunião, manifestação, e de palavra, etc., etc. Há algo mais.

Há Liberdade e há Igualdade, compreende-se que uma não pode existir realmente sem a outra, mas a ambas faz falta um elemento esquecido da tríade revolucionária francesa: a Fraternidade. Esta é uma espécie de “Espírito Santo” que une e faz entender a primeira e a segunda, o primeiro e o segundo valores políticos fundamentais, que pioneiramente a Constituição espanhola de 1978 consagrou como tais, obviamente inspirando-se na lição da Constituição portuguesa de 1976, mas dando a estas ideias-força uma dignidade constitucional muito significativa, pela qualificação de alta vibração ética: Valores superiores.

Não se trata apenas de um reforço de solidarismo, de mais solicitude social, que também vão sendo frutos destas mudanças e marcos simbólicos. Cremos que vai começando então a despontar (em confluência com outras linhas de força, mais tarde por exemplo irrompendo no equilibradíssimo e harmónico texto do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil) uma diferente compreensão do Direito. Várias expressões foram surgindo para identificar essa tendência, qualificando ou adjetivando o novo tipo de Direito nascente. *Direito social* foi talvez uma das primeiras, mas pouco denotativo. Falar-se em direito contemporâneo ou pós-moderno seria meramente epocal. Também direito do risco, ou da complexidade apenas enfatizam certos aspetos das inovações de hoje. Preferimos Direito Fraternal, mas não um Direito Fraternal qualquer (que poderia ser assistencialista e eventualmente “piegas”): deverá ser (mas o futuro dirá) um Direito Fraternal Humanista.

Alguns traços podem ser enunciados nesse novo paradigma. Não são tópicos simplesmente acumulativos, mas fazem parte de um novo sistema, que a todos integra:

### *1. Centralidade Jurídica da Fraternidade*

A Fraternidade deve estar no centro desta nova fase do Direito, com plena extensão e profundidade da tríade valorativa superior: Liberdade, Igualdade, Fraternidade, sendo esta última o elemento aglutinador e prevalente, árbitro, em caso de conflito ou dúvida. O horizonte que se tem para a inscrição deste valor é o da Pessoa livre, digna, consciente, em comunidade ativamente solidária.

### *2. Primado da Justiça*

Deve ser evidente e sempre visível o primado da Justiça ou do Direito Natural (ou o que se lhe quiser chamar, nesta linha dualista ou pluralista da juridicidade), ou seja, *Prevalência* do Espírito do Direito (a referida dimensão ontológica) sobre o seu Corpo (a dimensão meramente anatomofisiológica): ou seja, sem prescindir, como é óbvio, da necessidade de vivência real, dir-se-ia “encarnada” com carne, sangue, nervos, do Direito, ou seja, sem de modo algum enjeitar a sua positividade, reconhecer na prática que o mais importante é a teleologia da busca constante e perpétua da Justiça. Com ponderação e moderação, mas sem resignação.

### *3. Humanismo jurídico e Dignidade da Pessoa Humana*

A Pessoa e a sua Dignidade constituem pedras de toque da juridicidade, exigindo-se do Direito uma orientação ética e humanista. Perante perigos de tecnologização e funcionalização das Pessoas, o Direito tem de ser bastião da sua defesa. Deve assim passar-se a Dignidade dos primeiros artigos de muitas constituições para a realidade vivencial da sua defesa concreta.

#### *4.Ética Jurídica com técnica jurídica*

A prática jurídica deve aliar competência técnica (não apenas o arsenal do passado como os arsenais do futuro, com especial atenção e critério no uso da Inteligência Artificial, que é um enorme desafio) com a sensibilidade ética, prudência e imaginação criativa. Não se pode dizer que o Direito seja uma ética armada; é uma racionalidade normativa autónoma, mas não pode deixar de servir um mínimo ético social comum. Aliás, de algum modo, o próprio Direito já constitui esse acordo mínimo entre as pessoas sobre o valer e o não valer, o ser ou não ser legítimo e justo.

#### *5.Posdisciplinaridade e pluralidade de saberes no Direito*

Já se superaram os paradigmas da simples interdisciplinaridade e multi- e transdisciplinaridades. Hoje, depois dos trabalhos do catalão Gonçal Mayos, fala-se numa outra dimensão: a pós-disciplinaridade, que ousamos dizer abate as últimas barreiras de preconceito e xenofobia disciplinar. O novo paradigma jurídico concorre com o novo paradigma epistémico geral, promovendo de forma superior e profunda o diálogo autêntico e não meramente justaposto e folclórico do Direito com outras ciências, a cultura e as artes. Longe de defender uma pretensa pureza e purificação do Direito (mais ainda que a imaginada por Hans Kelsen, na sua *Reine Rechtslehre*) e assumir um ar grão-senhor (lembrando a crítica de Kant) face a outras *epistemai*, o Direito Fraternalista está atentíssimo, e feliz por se enriquecer ao dialogar com elas, não deixando também de contribuir com a sua quota parte no concerto dos saberes e das atividades humanas. Na verdade, o contributo jurídico sempre existiu. Veja-se as incógnitas da álgebra, que são outros Tício, Caio e Semprônio – x, y, z. Do que se trata agora é de assumir o que realmente já está historicamente até justificado.

#### *6.Formação de Juristas justos e cultos*

O ensino jurídico deve formar juristas éticos, cultos e criativos, preparados para levar a cabo o ideal dessa justiça fraterna, a qual coloca muitos desafios, muitos mais que os da simples e mecânica subsunção legal de um silogismo, até eventualmente invertido...

### *7. Superação do utilitarismo, tecnicismo e individualismo*

O paradigma fraterno-humanista opõe-se ao direito puramente formalista e instrumental (sabe-se lá por vezes do quê), propondo-se uma justiça material e comunitária. Desde logo, com o recurso a formas alternativas ou complementares de resolução de litígios. Todo o tipo de composições, com concurso de especialistas mediadores, por vezes não juristas (mas sempre acompanhados por juristas) são experiências e realizações a acompanhar como incubadoras desse Direito futuro. Em que, nomeadamente, os tribunais deixarão de estar sobrecarregados de litígios que poderiam nem sequer ter existido. A senhora quereladora dos *Plaideurs* de Racine tem os dias contados?

### *8. Justiça material, globalização, valores e virtudes*

O direito deve concretizar valores humanos, promovendo a dignidade, a convivência (não meramente o seu estágio primeiro, a tolerância) e a equidade. A visão fraterna é universalista, respeitando a diversidade cultural e promovendo a cidadania global. Um dos grandes projetos que se inspira nesta corrente é a criação de um Tribunal Constitucional Internacional, desiderato que, infelizmente, o atual recuo nacionalista quase generalizado necessariamente adia, mas não mata. A normatividade deve ser orientada por valores e virtudes, acima dos comandos e sanções, que devem seguir essas dimensões axiológicas e não contrariá-las. Todos sabemos, e muitas vezes se disse, que o Direito deve inspirar-se em valores e princípios éticos; o problema é saber colocar essas ideias em prática, e prática quotidiana.

### *9. Eutopia prática e realizável*

Tem-se dito que este tipo de perspectivas são utópicas, no sentido específico de quimeras, irrealizáveis. Não é verdade. Muitos aspetos do programa fraterno-humanista já estão em marcha, e mais estariam não foram as vagas de recuo civilizacional de que fomos sendo (e ainda estamos a ser) vítimas. Quantas conciliações, por exemplo, não foram feitas, ao redor do mundo, em vez de as partes se digladiarem ferozmente em tribunais concebidos como campos de batalha? Quantas sentenças penais não foram proferidas tendo em consideração a perspectiva de ressocialização, e quantas pessoas (apesar de todos os fracassos, é certo) não retomaram a sua vida de cidadãos fora das cadeias, depois de programas educativos e de sistemas mais humanizados, permitindo, nomeadamente, aprender profissões durante o tempo de reclusão?

O direito fraterno-humanista propõe uma utopia (no sentido de uma cidade ideal, ou elementos jurídicos que para ela contribuam) concreta e benévola, não um universo concentracionário, como as distopias: transformar o mundo jurídico e social em direção a uma sociedade mais livre, mais justa e mais fraterna, que é o objetivo, de resto, inscrito no Preâmbulo da Constituição da República Portuguesa. Mas que não é só nacional, é universal.

### *10. Fraternidade e Progresso Social*

A Fraternidade humanista no Direito, pela intrínseca função pedagógica geral deste, levará a uma dulcificação e flexibilização, organizada e estruturada, das relações sociais, hoje barricadas, pervertidas em grande medida por ódios, preconceitos e propensas à violência. O Direito não apenas proverá à sua função clássica dentro da sociedade, como, pelo seu exemplo, certamente será capaz de contribuir para uma pacificação social e melhoria da qualidade da coexistência.

Com mais cultura, com mais moderação, com mais sentido de pertença geral à Humanidade, com a eliminação de abismos sociais e com o incentivo ao respeito mútuo, o novo paradigma será fator de progresso social, na Paz, na Concórdia, na Fraternidade, permitindo à Humanidade concentrar-se em grandes tarefas de alargamento de horizontes, de luta contra a pobreza, a doença e o obscurantismo, em vez de se perder e poder aniquilar-se em guerras fratricidas, macro- e micro socialmente.

## VI

### *O Paradigma em Marcha:*

#### *o Direito Fraterno Humanista*

Corpo enorme, gigantesco, e em grande medida inarmónico, o *corpus* do Direito atual, pelo Mundo fora, é um colosso com pés de barro porque lhe falta o ponto fixo de Arquimedes em que fundar a sua imensidão. É ainda um corpo cujo espírito se encontra aprisionado na sua existência tentacular e massiva, e vai debilmente assomando em ocasiões pontuais, quando a distração da mecânica máquina lho vai permitindo. Coisa rara.

A ideia de um Direito Fraterno Humanista é uma operação de libertação: rasgando de algum modo a carapaça manietadora do corpo, tornado couraça de guerra, permitir que se liberte o espírito, e assuma ele a direção do todo, que necessita de curativa dieta, com cura de emagrecimento e fisioterapia de tonificação de alguns dos seus membros embotados, nomeadamente os mais aptos a desenvolver o objetivo de toda essa criatura: fazer Justiça.

Poder-se-ia complexificar a metáfora, ou a imagem, e desenvolver paralelismos tripartidos, com corpo, alma e espírito. Mas basta a díade! Porque, na verdade, o dual é uno, e assim deve ser: o Direito deve ser um corpo animado por um espírito. E o Espírito, como Jean La Couture desvendou, a propósito do *De L'Esprit des Lois*, de Montesquieu, é também como que um aroma, um perfume. Sintamo-lo, para bem cuidarmos do corpo do Direito.

Ao contrário do que mentes mais timoratas pensarão (estamos a recordar-nos das prevenções sobre a reforma das Ordenações Filipinas no tempo de D. Maria II e das reações que o projeto suscitou ao ponto de o fazer gorar-se no seu essencial), estas ideias não são revolucionárias, nem, em grande medida, sequer reformistas. Elas apenas sintetizam o que já vão fazendo muitos juristas de mente desnublada e coração lavado, com inteligência e diligência, mesmo sem porem nomes nem sequer ligarem os elementos do *puzzle* de que são parte. Fazer Justiça, ou, pelo menos, contribuir para que haja mais Justiça neste mundo (como dizia a estudante calóira de Lombardi Vallauri), parece ser, como sublinhou Kojève, uma propensão natural das pessoas, e talvez até não apenas das pessoas humanas (mas disso não se curará aqui, e ignoramo-lo).

O passo que se poderá dar surgirá, precisamente, de se verificar um dia que muitos, milhares, milhões, já o tinham dado, quotidianamente, na sua prática de modestamente contribuírem para dar *o seu a seu dono*. Outra coisa não é que fazê-lo de novo, agora com as Luzes mais avançadas do nosso tempo, e não com uma volta para um espírito de trevas. É possível, e está sendo feito. Importa que se prossiga e se alargue a comunidade invisível dos que se irmanam neste ideal.

### *Bibliografia*

Com bibliografia pertinente, selecionamos alguns livros nossos mais relacionados com estas questões:

*Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1996;

*Para uma Ética Republicana. Virtude(s) e Valor(es) da República*, Lisboa, Coisas de Ler, 2010, Prefácio de Eduardo Bittar;

*Droit naturel et méthodologie juridique*, Paris, Buenos Books International, 2012, Prefácio de Stamatios Tzitzis;

*Rethinking Natural Law*, Berlin / Heidelberg, Springer, 2013, Prefácio de Virginia Black;

*Desvendar o Direito. Iniciação ao Saber Jurídico*, Lisboa, Quid Juris, 2014;

*Constitution et Mythe*, com prefácio de François Vallançon, Quebeque, Presses de l'Université Laval, 2014.

*Fundamentos del Derecho. Iniciación Filosófica*, Prólogo de Francisco Puy Muñoz. Estudio Introductorio de Milagros Otero Parga, Epílogo de Santiago Botero Gómez, Biblioteca Jurídica Americana, México, Editorial Porrúa y Red Internacional de Juristas para la integración Americana, 2015;

*Avessos do Direito. Ensaios de Crítica da Razão Jurídica*, edição portuguesa, Lisboa, Juruá, 2015, Prefácio de Lênio Streck, Apresentação de Maria Francisca Carneiro, Posfácio de António Braz Teixeira;

*Political Ethics and European Constitution*, Heidelberg, Springer, 2015, Prefácio de Paulo Archer de Carvalho;

*Pour une Cour Constitutionnelle Internationale*, em colaboração com Yadh Ben Achour, Oeiras, A Causa das Regras, 2017;

*Direito Fraternalista. Novo Paradigma Jurídico*, Rio de Janeiro, G/Z, 2017, Prefácio de Germano Schwartz, Posfácio de Reynaldo Soares da Fonseca;

*Teoria Geral do Estado e Ciência Política*, São Paulo, Saraiva, 2018, Prefácio de Ricardo Aronne;

*Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 3.<sup>a</sup> edição revista atualizada e aprofundada, Coimbra, Almedina, 2018;

*Repensar o Direito Internacional. Raízes & Asas*, Coimbra, Almedina, 2019, Prefácio de Maria Helena Pereira de Melo.

*Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 3.<sup>a</sup> edição revista atualizada e aprofundada, Coimbra, Almedina, 2019, reimpressão.

*Dicionário de Metodologia Jurídica. Guia Crítico de Fundamentos do Direito*, São Paulo, Tirant Brasil, 2020, Prefácio de Jean-Marc Trigeaud, Introdução de Lenio Luiz Streck.

*Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, Coimbra, Almedina, 2020, Prefácio de Luiz Edson Fachin.

*Metodologia Jurídica - Iniciação & Dicionário*, 4.<sup>a</sup> ed., atualizada, revista e ampliada, Coimbra, Almedina, 2021, Prefácio de Joana Aguiar e Silva.

*Justiça Social*, Coimbra, Gestlegal, 2021, Prefácio de Arnaldo de Pinho.

*Arte Justa. Constituição & Justiça na Sociedade Global*, Coimbra, Gestlegal, 2022, Prefácio de Alexandre Reis.

*Direito Constitucional Geral*, 4.<sup>a</sup> ed., Curitiba, Intersaberes, 2022.

*Constitucionalismo Moderno – Origens e Futuro (1820 \* 2023)*, Coimbra, Almedina, 2023.

*Pensar a Constituição*, Coimbra, Almedina, 2023.

*Estudos Penais*, Coimbra, Gestlegal, 2023, Prefácio de Stamatios Tzitzis.

*História do Direito*, 3.<sup>a</sup> ed., revista, atualizada e desenvolvida, Coimbra, Almedina, 2023 (em colaboração com Joana de Aguiar e Silva e António Lemos Soares).

*Revolução & Democracia*, Coimbra, Almedina, 2024.

*Civilização & Justiça*, Porto et al., Edições Esgotadas, 2024.

*Epílogo aos Direitos Humanos em contexto de globalização*, Prefácio de José Eduardo Franco, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2025.

*Saber de Nós. Ensaio de Cidadania*, Porto et al., Edições Esgotadas, 2025.

*Inquietação Constitucional. Uma Justiça Indefesa?*, Cotia, SP / Barreiro, Pétrea (Urutau), 2025.

Recebido para publicação em 10-11-25; aceito em 12-11-25