

A CRISE DO DIREITO (*)

por José H. Saraiva

Advogado em Lisboa

III

Verificações e Perspectivas

21. Crise dos valores. 22. Infiltrações de transpersonalismo. 23. Os conceitos jurídicos. 24. A hipertrofia da lei. 25. Direito, lei e juiz. 26. A crise como sentimento. 27. Explicações causais. 28. O jurista em face da crise.

21. O caminho que até agora percorremos pode condensar-se nestas poucas palavras: um ordenamento jurídico não é apenas um conjunto de leis em vigor: é um sistema de comandos de diferentes espécies e graus — valores, conceitos, regras, actos de aplicação —, espécies que se estruturam segundo um plano de coerência. Por isso o exame da crise do direito há-de consistir na análise de cada um daqueles extractos em que se decompõe a realidade jurídica global e no exame das relações que entre eles existem.

O primeiro problema a examinar em harmonia com este método, é portanto o da crise dos valores a cujo serviço o direito está.

Mas o desacordo pode surgir logo nesse ponto. Não, essa não é uma questão jurídica. O seu exame compete à filosofia,

(*) Continuação de p. 415

não ao direito. Não devemos complicar inútilmente as coisas e uma das primeiras exigências do espírito científico é a de conhecer e respeitar as fronteiras onde a nossa competência termina e principia a seara alheia.

É uma objecção conhecida, e não repito aqui os comentários que já incidentalmente lhe fiz. Pretendo agora somente salientar que ninguém põe em dúvida que o jurista tenha não apenas o direito, mas sobretudo o dever de se preocupar com aqueles casos de grave injustiça objectiva que, apesar de tutelados por algumas leis, nos aparecem como encarando a própria ideia de negação de direito.

Suponho que nenhum jurista, ao menos no sentido em que o termo é para nós digno de apreço, considera matéria alheia, ante a qual deva permanecer impassível, a existência da escravatura ou do trabalho forçado que não constitua cumprimento de pena regularmente imposta; a perseguição e o suplício por motivos de mera divergência ideológica; a imposição da confissão ou da apostasia de credos políticos ou religiosos, como condição de igualdade ou de liberdade civil; a delação obrigatória, que não exclui os membros da família; a condenação do arguido que não foi admitido a defender-se, ou a quem se não facultaram amplamente todos os meios para o apuramento da verdadeira verdade; a imposição do castigo a pessoa diversa daquela que se sabe ter praticado o facto punível; a condenação por facto não declarado ilícito no momento do cometimento; a punição de irresponsáveis, como dementes e crianças; a esterilização eugénica e a castração praticadas para protecção da pureza racial ou de quaisquer outros mitos; a denegação dos direitos essenciais e do acesso à cultura e à propriedade em virtude da raça ou da cor; o extermínio e a transferência das minorias étnicas; a tortura judiciária como meio de investigação criminal; a ministração de substâncias químicas com o fim de destruir a resistência psicológica dos acusados ⁽¹⁾.

(1) Tal é o problema dos direitos do homem, princípios éticos que estão na base dos sistemas jurídicos dos Estados de cultura europeia e cristã. No período do positivismo jurídico o estudo dessa realidade basi-

Nenhum jurista entende que, por ser jurista, esteja impedido de reflectir sobre toda essa teratologia do jurídico. Pelo contrário, toma essa reflexão como um dever, e tem a noção de que a impassibilidade é já o primeiro grau da cumplicidade. A consciência desse dever leva os juristas de todo o mundo a unirem os seus esforços e a proclamarem que «o Primado do Direito é um princípio dinâmico e que acima de tudo compete aos juristas assegurar-lhe a efectivação e o pleno desenvolvimento, não somente para salvaguardar e promover os direitos civis e políticos numa sociedade livre, mas também para estabelecer as condições sociais e culturais que lhe permitam realizar

lar foi descurado, mas, pelos esforços convergentes do pensamento dos juristas católicos e das organizações interessadas na definição de uma ordem jurídica internacional, voltou hoje a ocupar a posição de tema central da problemática jurídica. Escreve a este respeito L. RECASENS: «No campo académico, desde os meados do século XIX até há poucos decénios, a doutrina dos direitos naturais ou fundamentais do homem era tratada com certo desdém por grande número de autores, como uma espécie de mito político, que aliás tinha tido noutra época uma grande importância prática, mas que não podia ser tomado a sério doutrinariamente no campo científico e filosófico. Mas o aparecimento dos Estados totalitários de vários tipos, o sem número de ultrages que esses Estados cometeram contra a dignidade humana, os atentados que perpetraram contra os mais prezados bens da cultura ocidental, e a segunda guerra mundial, por eles desencadeada, com as suas experiências trágicas, abriram os olhos de novo para a importância dos direitos naturais ou fundamentais do homem. Em suma, os últimos quatro lustros, especialmente os três últimos, trouxeram consigo uma amplíssima e muito forte preocupação pelos temas de estimativa jurídica. Certamente que a estimativa ou axiologia jurídica ficara restaurada nos começos do presente século em virtude das obras de STAMMLER, DEL VECCHIO, GENY e outros e que, no decorrer desta centúria a meditação sobre os valores foi conquistando rigor, profundidade e clareza muito superiores às elaborações de outras épocas, e em nossos dias segue a sua expansão ascendente no campo da filosofia do direito. Mas a situação a que agora me estou referindo não é somente este renascer do jusnaturalismo no campo filosófico-jurídico. É isto, mas é além disto outra coisa: um pujante renascimento das meditações jusnaturalistas no domínio de todos os estudos jurídicos, e até no terreno das realidades políticas, tanto nacionais como internacionais» (*Filosofia del derecho*, Mexico, 1961, p. 553).

as suas aspirações legítimas e preservar a sua dignidade (*).

Ora uma tal reflexão situa-se inteiramente no plano dos valores. O homem da rua pode simplesmente indignar-se, mas o jurista procura compreender. Todos os factos que enumerei, sob a aparência de diversidade, têm um denominador comum. Eles exprimem todos que, na função de valores pessoa-sociedade, o primeiro termo foi inteiramente sacrificado ao segundo. Se bem analisarmos, é precisamente a intuição desse desequilíbrio que provoca em nós a consciência da injustiça, e levanta boa parte do clamor que afirma estar o direito em declínio.

O direito está ao serviço do Homem, e a realização dos valores humanos é o objectivo último de toda a forma de organização social. É possível que, no plano dos princípios, exista algum acordo quanto a esta afirmação doutrinal; mas se existe, parece ser acordo inoperante, porque a desavença sobrevém logo que se trata de encontrar o melhor caminho para atingir o objectivo.

O pensamento que ilumina e espiritualiza o ordenamento jurídico nos países de herança romanista e de cultura cristã, é o de que o homem — não um homem entidade abstracta, geométrico centro de imputação de valor, mas cada homem em concreto, cada ser de carne e osso, de fome e de sede, de esperança, de amor e de vontade — é um valor fundamental, um titular de interesses intransferíveis, e é ao serviço desses interesses que se encontram o Direito e o Estado (†). Contrária-

(*) COMISSÃO INTERNACIONAL DOS JURISTAS, *Declaração de Delhi*, de Janeiro de 1959 (in *Jornal do Fôro*, 25, p. 358).

(†) No Parecer 14/VIII de 16 de Dezembro de 1953, da Câmara Corporativa, de que é relator o Professor M. GOMES DA SILVA encontra-se um «*Eboço de uma concepção personalista do direito*», de orientação jusnaturalista e tomista, que constitui um importante estudo de filosofia jurídica. Escreve-se aí: «O carácter de essencial e de privativo do homem que distingue o direito baseia-se na autonomia e no fim último do ser humano, e por isso só faz sentido quando visto concretamente em relação a cada homem, e através dele, a cada comunidade, e não à «*pessoa humana*», vista abstractamente. O que está em causa, não são «*fins*»,

mente, o pensamento dominante em outras latitudes do mundo é o de que há valores mais altos que o da Pessoa. O transpersonalismo político vê no Estado a objectivação desses valores; os chamados transpersonalismos culturistas, olham o Estado como instrumento da realização de valores de cultura — Raça, Nação, Civilização, Revolução — e a Pessoa conta na precisa medida em que serve para a consecussão destes fins. É a questão que já vem posta desde o tempo evangélico: se Deus fez o homem por causa do sábado, se o sábado por causa do homem. Com razão se tem visto na lição milenária do Cristianismo a fonte da adesão da cultura europeia ao segundo dos dois termos dessa alternativa.

22. Este tema do contraste entre as visões personalista e transpersonalista do Direito e do Estado está hoje na moda, e tem servido para as mais diversas especulações. Mas tem de reconhecer-se que a nitidez da distinção se apreende muito melhor quando se lêem os livros que quando se examinam os factos.

A linha que estabelece a fronteira entre o direito da Pessoa e o direito da Sociedade não é aliás um traço firme e definido, mas uma espécie de curva oscilante que se move ao sabor de inflexões variáveis, e depende de condicionalismos históricos

«interesses» ou «qualidades», mas o homem concreto e vivo, cuja realização o direito tem de assegurar». E num outro passo: «Na base de toda a ordem jurídica encontra-se, portanto, a pessoa, como ente individual dotado de razão e de liberdade e destinado a um fim transcendente, fixo e necessário cuja realização ao direito compete assegurar. A máxima *omne jus hominum causa introductum est* não deve tomar-se com o significado restrito de que o direito só pode dirigir-se ao homem, por só ele ser capaz de o apreender e cumprir, por forma a admitir-se que, no entanto, o direito se lhe dirija para o sujeitar ao interesse alheio ou colectivo. Deve antes entender-se no sentido de que tudo quanto existe no direito se destina ao homem concreto e vivo, e de tudo quanto negar esta verdade não será direito mas torto» (*Actas da Câmara Corporativa*, VIII legislatura, n. 51, p. 253).

concretos. Vemos, por exemplo, que, sempre que uma comunidade é ameaçada do exterior, tende, por necessidade de defesa, a reforçar os laços da coesão estrutural, tirando à Pessoa o que entrega ao Estado: a vaga legislativa de cada novo período de guerra, marca sempre um novo recuo das fronteiras do personalismo. Vemos igualmente que os obstáculos levantados à realização de qualquer fim conduzem sempre à sobrevalorização desse mesmo fim; é possível que os obstáculos que a Europa levantou, durante séculos, à formação do Estado alemão, não sejam alheios à idolatria alemã do Estado. O que se apresenta como mais necessário é geralmente sentido como mais valioso, e talvez por isso mesmo, a necessidade de maior liberdade para a Pessoa ou de maior autoridade para o Estado, são noções móveis, contingentes, que dependem de condicionalismos em permanente transformação. As correlações bem conhecidas entre a prosperidade económica e o individualismo, entre o tempo de paz e o apreço pela liberdade, são bons exemplos da estreita ligação que existe entre os ideais jurídicos e a concreta situação histórica das comunidades.

Ora o nosso tempo não é um tempo de paz, nem é um tempo de guerra. Não é uma *belle époque*, mas também não é um período de miséria. É, sim, uma hora de contradições profundas. Nunca as esperanças de um entendimento duradouro entre os Estados luziram tão vivas, mas também nunca as ameaças de destruição e de morte se apresentaram com tão trágica amplitude. A riqueza cresceu rapidamente, e o nível médio da vida comporta hoje exigências que há cinquenta anos ninguém podia razoavelmente prever; mas esse crescimento localizou-se em áreas fechadas do mundo, e, mesmo dentro dessas áreas, não beneficiou em igual medida os vários sectores humanos que integram as comunidades, gerando assim novos factores de tensão e intranquilidade.

Os valores podem, na sua essência, considerar-se como permanentes, mas a essa permanência essencial não corresponde uma permanência consciencial. O valor é uma relação geral objectiva, e, quando se individualiza e subjectiva, refracta-se em conteúdos normativos determinados, que não são já perma-

nentes mas variáveis. Ora o que decide do modo como os homens apreendem e reelaboram em termos de critérios de acção os valores permanentes, é a circunstância histórica concreta em que se encontram. Por isso mesmo as contradições do mundo em que vivemos afectam a apreensão dos valores e reflectem-se em correspondentes contradições na formação dos grandes ideais jurídicos.

Esta incerteza na consciência dos valores exprime-se com uma clareza cada vez maior em muitos sectores da actividade jurídico-política. Os princípios decalcam-se sobre os valores, mas os factos parecem animados de uma força centrífuga em relação aos princípios. Em mais de uma legislação seria possível colher expressivos exemplos de como, por um lado, se continua a reconhecer dogmáticamente a dignidade da pessoa humana como limite natural à acção do Estado e se reconhecem como válidas as posições do mais puro personalismo, e por outro se proclamam *slogans* de transpersonalismo ostensivo e se vai contemporizando com a introdução de práticas que só por referência a uma axiologia transpessoal se poderiam considerar permitidas.

Quem quisesse hoje, através da leitura das leis e do exame das técnicas da sua aplicação, encontrar uma resposta inteiramente veraz para esta pergunta *de que espírito somos nós*, não poderia deixar de se sentir muito embaraçado, e talvez pensasse na imagem dos sepulcros caiados de branco. O fundo de um personalismo cristão continua a ser confissão em que se reconhecem e pela qual se identificam os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais; mas as infiltrações de um espírito transpersonalista que tende a sobrepor a segurança à justiça, a sociedade à pessoa, a eficácia à liberdade, a ideia à existência, são nitidamente visíveis em muitas das direcções para as quais parece dirigir-se a criação jurídica mais recente. Há, é certo, a pretensão de que se trata menos das contaminações de um espírito que não é o nosso que da gestação de concepções que são novas desde a sua raiz; é matéria em que cada um formará o seu próprio juízo. Pela minha parte, e sem esquecer que a superação da antinomia clássica elemento-conjunto tem neces-

sariamente amplas repercussões no plano normativo (*), não estou convencido de que uma tal pretensão esteja demonstrada.

A perplexidade no plano dos valores repassa inevitavelmente para todos os estratos da realidade jurídica subjacente. Com ela se liga por exemplo o facto, que já todos teremos experimentado, de que o ar que se respira numa vara cível tenha um sabor diferente do que se vai encontrar num Tribunal do Trabalho, e a razão da diferença reside menos na especialização da legislação aplicada, que na diversidade do espírito com que ela se aplica. O advogado que, familiarizado com os pretórios criminais, julgue ter compreendido os princípios que presidem à administração da justiça penal, sentir-se-á um principiante e, mais que isso, perguntará a si mesmo se terão sido só erros o que anteriormente aprendeu, se tiver de patrocinar um interesse através de um processo de segurança. A própria utilidade da toga que vestimos é entendida e avaliada nos termos da mais completa diversidade, consoante os lugares onde tenhamos de assistir, e isso apesar da nossa lei ser em toda a parte a mesma: uma lei igual, mas que está posta pelos homens ao serviço de valores sobre cujo entendimento há desacordos profundos.

23. Segue-se examinar a crise ao nível dos conceitos.

Só este aspecto nos daria assunto para muitas sessões de trabalho. Por um lado os movimentos convergentes de impugnação do positivismo, por outro a contenda entre as concepções continentais e anglo-saxónicas sobre a aplicação do direito, têm motivado importantes investigações neste domínio, e transformaram-no num dos temas fulcrais do pensamento jurídico moderno (**).

(*) *Lições de introdução ao direito*, p. 193. Aí sustentamos que uma grande parte das transformações do direito resulta de uma superação das antinomias lógicas tradicionais, designadamente as que se estabelecem entre espírito e realidade, e entre as noções de elemento e conjunto.

(**) Veja-se, entre muitos outros, DEL VECCHIO: *Sobre os princípios gerais do direito*, já publicada em português in *Direito, Estado e Filosofia*, Rio de Janeiro, 1952, pp. 115 e ss; BOULANGER: *Études sur le rôle*

É a própria extensão do assunto o que obriga a fazer sobre ele tão somente um apontamento esquemático.

Uma primeira observação a fixar é a de que, sob a designação geral de *conceitos jurídicos*, se incluem noções de natureza muito diferente, e o problema de que nos ocupamos põe-se em termos diversos consoante a classe de conceitos que se considerar. Importa pois partir de alguma classificação.

Talvez possamos repartir todos os conceitos jurídicos em três tipos fundamentais. O primeiro é o dos conceitos que se articulam directamente nos valores. Chamamos-lhes, correntemente, *princípios*. São dessa espécie, entre muitos outros, o princípio da igualdade perante a lei, o princípio do *habeas corpus*, o princípio da autonomia da vontade, o princípio da utilidade pública, o princípio do *nullum crimen*. Poderíamos denominá-los *conceitos axiojurídicos*; *axios* é termo grego que significa valioso, e são na verdade estas noções fundamentais que estabelecem a conexão entre os valores e o conjunto da estrutura normativa.

O segundo é o dos *conceitos formais*. São desta espécie, por exemplo, os conceitos de personalidade, imputação, analogia, relação jurídica, causa, garantia, interesse. O que os caracteriza é serem formas lógicas, molduras nas quais se pode incluir qualquer conteúdo, sem que a sua natureza e função fique por isso alterada.

O terceiro é o dos conceitos operacionais. É o caso típico

du juge en cas de silence d'insuffisance de la loi, in *Travaux de l'Association H. Capitant pour la culture juridique française*, V, 1951, pp. 61 e ss.; PUIG PEÑA: *Los principios generales del derecho como fuente normativa de la decision judicial*, in *Revista de Derecho Privado*, Novembro de 1956; JOSEF ESSER: *Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado* (trad. espanhola), Barcelona, 1961; em qualquer destes trabalhos se cita abundante bibliografia. No nosso país existe o importante estudo *Sobre epistemologia jurídica*, do professor CABRAL DE MONCADA, que consideramos uma das obras primas do pensamento jurídico nacional mas que parece ter obtido maior repercussão e audiência nos meios estrangeiros do que no nosso.

das chamadas *figuras jurídicas*: comparando entre si as várias disposições, isolam-se-lhes os traços comuns, com os quais se reconstróiem depois conceitos abstractos. Podem dizer-se de carácter operacional, porque a sua formulação se legitima exclusivamente pelas necessidades de elaboração com vista à aplicação prática do direito (*).

Ora os conceitos de qualquer destas espécies têm sido querelados no processo da crise, mas os fundamentos do libelo divergem, consoante a espécie que se considerar.

Os conceitos axiojurídicos reflectem a crise dos valores que estão na sua base, e não podia deixar de ser assim. A evolução de alguns dos conceitos básicos do direito penal exprime, com muita clareza, a alteração verificada na posição dos termos sociedade-pessoa; no direito privado os reflexos de fenómenos idênticos podem documentar-se em várias instituições, e têm sido insistentemente sublinhados pelos juristas com especial referência às transformações da propriedade, da responsabilidade e do contrato.

Os conceitos formais, precisamente por serem formais, parecem mais estáveis, e continuam ainda a servir como aparelho lógico fundamental da teoria geral do direito. Mas mesmo essa função formal tem sido objecto de sérias impugnações, as quais consideradas no seu conjunto, constituem uma acusação de arcaísmo geral das formas jurídicas. Noções basilares como as de sujeito de direito, direito subjectivo, relação jurídica, soberania, diferenciação entre direito público e direito privado, têm sido denunciadas como conceitos obsoletos que, em vez de simplificarem o direito, apenas perturbam e emaranham de inúteis dificuldades o seu entendimento. Na linha dessas críticas argumenta-se que não é só a matéria do conhecimento o que com o

(*) Existem outras classificações; H. COING distingue entre *conceitos essenciais, fundados nos valores éticos, conceitos fundamentais fundados na essência do fenómeno típicos da vida social, e conceitos empíricos gerais de natureza técnico-jurídica*. A classificação que sugerimos parece-nos porém mais simples e, embora assente noutra critério, igualmente exacta.

tempo se altera e renova, mas também a sua forma. Ao contrário do que os homens durante longos séculos puderam acreditar, a lógica não é só uma. O *Logos* é maior que as lógicas, e há várias logificações possíveis. Os esquemas inteligibilizadores através dos quais o espírito entende o real estão sujeitos a mudança, e assim como se fala numa idade mental pode também falar-se numa idade lógica da humanidade. Os juristas talvez suponham que tão altos ventos não vão bulir nos seus pequenos moinhos, mas os factos desmentem esse optimismo.

Vê-se, por exemplo, que a teoria clássica da relação jurídica se encontra inteiramente baseada na ideia do sujeito de direito e concebe a existência das relações como consequência da existência dos sujeitos. Ora uma das características do pensamento actual é a negação da anterioridade do subjectivo sobre o objectivo, e a afirmação da precedência lógica da relação sobre os elementos relacionados. Transportada esta dualidade de perspectiva para o campo especial do direito, temos que, segundo uma lógica sujeitua, há propriedade por haver proprietário; há responsabilidade porque alguém procede com culpa; há família por haver familiares; segundo uma lógica relacional há proprietários por haver propriedade; há responsáveis porque há dano; há sujeitos das relações jurídicas de família porque há uma específica função familiar. Parece uma questão de palavras, mas realmente é muito mais que isso: trata-se de construir o direito a partir dos direitos das pessoas, ou de o implantar com base na natureza objectiva das funções (*).

Quanto aos conceitos operacionais: os juristas continuam

(*) Tal foi o tema central da minha dissertação de licenciatura apresentada em Junho de 1947 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Só em 1949, por obsequiosa iniciativa do *Jornal do Fôro*, me foi possível publicar aquele trabalho, com o título *O problema do contrato*; aí estão expostos alguns pontos de vista pessoais sobre correlações lógico-jurídicas e sobre a necessidade de reexaminar a ciência do direito em harmonia com os princípios de uma epistemologia científica.

hoje a aplicá-los, mas o ritmo da sua criação declinou e o fundo das construções jurídicas é sensivelmente o que se achava constituído pela ciência de há meio século. Mas o que se perdeu foi uma espécie de crença no valor intrínseco dessas construções, foi a convicção de que elas sejam algo mais que puros artificios de que nos socorremos para fazer face às exigências práticas da aplicação do direito. A legitimidade e o carácter científico desses resultados da manipulação jurídica são, aliás, abertamente negadas por diversas correntes do pensamento moderno, que convergem a responsabilizar a subtileza das construções jurídicas pelo afastamento entre o direito e a realidade. Não são apenas os jurisconsultos anglo-saxónicos, por seu natural desconfiados de todo o procedimento racionalista; são também alguns dos grandes pensadores do nosso tempo, como TOMAS DEWEY, ROSCOE POUND, ELMUT COING, ORTEGA Y GASSET. São cultores da filosofia do direito da envergadura de CARLOS COSSIO, LUÍS RECASENS SICHES, JERÔME FRANK, MIGUEL REALE; são ainda os metodologistas JOSEPH HERDER, GARCIA MAINEZ, PUIG BRUTAU, MIRO QUESADA. E cito só os que sei, convencido de que são uma minoria em relação àqueles que desconheço.

Contradição na forma como os homens entendem os valores e na formulação dos princípios que deles derivam, alteração nos conceitos lógicos fundamentais e na própria atitude lógica que modela a ciência, cepticismo quanto ao fundamento e à utilidade da metodologia e da construção dogmática, eis os três afluentes da torrente que pouco a pouco vai submergindo a antiga fé no valor dos conceitos jurídicos. A essas três ordens de razões vêm ainda crescer outras de índole diversa mas de efeito igual: as que derivam das condições materiais da vida,

moderna. Estas mesmas teses apareceram afirmadas em trabalhos posteriores a 1947, sobretudo em Espanha e na América do Sul, e com certa surpresa as vejo hoje referidas como constituindo importantes inovações doutrinárias, cuja prioridade parece merecer discussão. Faço esta anotação apenas para sublinhar o próprio facto da coincidência, facto que constitui, a meu ver, a melhor prova da actualidade dos pontos de vista que, em 1947, expus, creio que pela primeira vez.

que a ninguém concedem espaço para meditações prolongadas e para investigações sem prémio; donde resulta que as velhas teorizações permaneçam sem revisão crítica e continuem a ser reeditadas sem alteração substancial, numa imobilidade que contrasta fortemente com a transformação radical das condições que formam o substracto do direito e que condicionam a sua aplicação.

Dáí o crepúsculo dos conceitos e a diminuição evidente da sua utilidade como instrumentos de racionalização do material jurídico. Os homens práticos queixam-se todos os dias de que as teorias para nada lhes servem, e em vez de facilitarem, só lhes dificultam o officio; os homens teóricos impacientam-se com essa queixa, e tomam-na na conta de murmurações de sapateiro. Mas quem quiser ser inteiramente justo tem de reconhecer que, neste particular, são aqueles quem mais se aproxima da razão.

24. Onde os conceitos rareiam multiplicam-se os preceitos, porque onde não houver regras tudo constitui excepção. Quando o teor normativo não esteja definido em conceito geral, sente-se a necessidade de norma expressa. A rarefacção dos conceitos fica assim intimamente ligada à multiplicação das normas.

Na realidade, quando passamos a examinar o direito no plano dos comandos-regras, a característica mais ostensiva parece ser a de um enorme aumento do número das disposições de direito positivo às quais os homens se encontram submetidos.

É a hipertrofia da lei, denunciada por muitos escritores, e entre eles por CARNELUTTI, que sugestivamente a aproxima da inflacção fiduciária (*). Saiem leis novas todos os dias, e o homem comum não pode já alimentar a esperança de saber sob que lei vive. O velho princípio de que a ignorância da lei não aproveita a ninguém continua de pé, mas a sua justificação

(*) *La muerte del derecho*, in *Crisis del derecho*, p. 334. No mesmo sentido VILLENEUVE: *La crise du sens commun*, p. 86.

doutrinal não é já procurada numa presunção de conhecimento efectivo, mas numa simples ficção ou em atributo implicado pela própria natureza da norma de direito.

É certo que grande parte dessas leis é de mero carácter regulamentar. Muitos dos novos preceitos procuram apenas resolver emergências passageiras ou procedem de fins políticos ocasionais. A intenção dos seus autores não era a de tocar no edifício do direito, mas tão somente a de se ocuparem da lida da casa, da actividade que decorre no interior do edifício. Mas uma coisa é a intenção, outra é o resultado, e constantemente as inovações legislativas secundárias colidem com princípios gerais. O positivismo identifica a lei não pelo conteúdo, mas pela forma. É certo que estabelece a hierarquia dos diplomas, e existem normas que subordinam os regulamentos às leis; mas esses princípios, já de si frágeis, esquecem a cada passo, e é no próprio positivismo que se encontra o germen desse esquecimento que, por isso mesmo, tende a converter-se em regra.

Com efeito, se se entende que o direito nasce quando nasce a lei, não há barreira jurídica que possa coarctar a liberdade do legislador. Este não se sente limitado por qualquer realidade anterior: é ele a própria fonte do direito (*), é ele a primeira olhalva do jurídico. E, se assim é, tudo o que lhe apraz pode ser lei, bastando que revista a forma de lei, o que também só dele

(*) A teoria clássica das fontes, consagrando a lei como fonte do direito, colocou fora da temática jurídica *stricto sensu* o problema das fontes da própria lei. Oportuna e pertinente é, a esse respeito, a observação de JELLINEK-ORLANDO: «O que falta à moderna ciência do direito e se não pode suprir mediante a simples verificação da positividade de todo o direito, é uma doutrina aprofundada acerca das forças geradoras do direito. Ela contenta-se com estabelecer o costume e a lei como fontes do direito, sem se preocupar muito... com saber quais sejam as forças que determinam o curso dessas fontes. A grande questão de princípio — como é que o não direito se transforma em direito? — é remetida pelo jurista ao filósofo do direito; mas as soluções que este último dê ao problema, são depois, por aquele, ignoradas ou ridicularizadas» (*La doctrina generale dello Stato*, Milano, 1921, pp. 632-3, cit. in ASCOLI: *La interpretación*, trad. esp., p. 32).

depende. Ora *essas* fontes multiplicam-se, mercê da *especialização das funções*, e o direito jorra em cascatas dos prelos oficiais.

Há na origem deste estado de coisas um equívoco, porque a lei que os positivistas do século passado *sacralizaram*, aquela que veneraram como *se* fora o próprio direito em corpo, sangue e alma, era uma realidade de ordem diferente e superior. Era a Lei-vontade geral, cujo valor místico procedia em grande parte das pompas cívicas que envolviam a sua elaboração. Os homens acreditavam então, como em artigos de fé, na soberania popular, na vontade do Povo e na autenticidade representativa, e a lei nascia sagrada no cálice dessas convenções.

No plano jurídico essa sacritude conduzia à afirmação do valor absoluto da lei. A lei não tinha, nem logicamente podia ter, quaisquer limites materiais: ela era a própria expressão da vontade do Povo, e esta vontade era soberana. Daí que só fosse possível identificar a lei por critérios de forma e não de conteúdo.

Suponho que todos nós aprendemos na Escola a conhecida doutrina segundo a qual a diferença específica da regra jurídica, o traço que permitia recortá-la no vasto género das regras de conduta, é apenas a possibilidade da imposição coactiva. Está aí um dos pontos fundamentais do Credo positivista. Quem dispõe do poder coagente é o Estado, e portanto a coactividade da regra implica a estadualidade do direito. Sobre esse alicerce se edificou o dogma positivista de que todo o direito é, essencialmente, obra do Estado, e também a ideia de que a lei é válida em si mesma, porque representa a vontade do Estado.

Deste dogma deduziu-se o corolário de que toda a vontade do Estado é lei. O sofisma desta inferência poderia ser desmascarado por qualquer estudante liceal de filosofia: o termo *vontade do Estado*, tomado particularmente na primeira afirmação (é predicado de uma afirmativa, e portanto particular), surge na segunda com extensão universal, e portanto a conversão é ilegítima, e o raciocínio está errado. Mas o movimento das ideias não se faz com base na lógica dos compêndios. A noção de que toda a vontade do Estado é lei, e de que é a única

lei, inscreveu-se definitivamente entre as ideias fundamentais das concepções positivistas do direito.

Entretanto as ficções optimistas sobre as quais repousava a concepção clássica da democracia representativa foram perecendo. As necessidades cada vez mais prementes e mais técnicas da governação, aliadas à insuficiência da trilogia dos Poderes, obrigaram a arquivá-las, uma após outra, na galeria venerável dos mitos académicos. Os ideólogos podem continuar hoje a referir-se à teoria da separação dos poderes como base teórica de toda a dogmática do Estado liberal e como credo que pôde vertebrar dois séculos de história política; o que não lhes seria possível, seria apresentarem um único regime político contemporâneo no qual aquela teoria seja respeitada. Por toda a parte o Executivo ampliou a sua função administrativa, traçou quinhão mais ou menos amplo na tarefa de fazer a lei, e passou também, em maior ou menor medida, a presidir à discussão contenciosa da sua aplicação.

E isto fez alterar o próprio valor sentimental das leis. A Lei com maiúscula, categoria majestosa, estabelecida nos hemisférios onde se dizia soar a própria voz das nações, tende a suceder o diploma técnico, elaborado, por ordem do Ministro, pelo chefe da Repartição e que, se umas vezes pode revestir o mais amplo alcance normativo, outras bem pode não pretender mais que abrir um concurso mais cedo, ou satisfazer mais tarde uma obrigação. Seja como for, é lei.

Não era, suponho eu, esse direito de Repartição o que os exegetas do século passado exaltaram com religioso fervor; mas foi essa exaltação que veio aplanar o caminho para que os agentes do Poder, sobretudo quando não são juristas, se considerem hoje, em relação ao direito, não os pacientes canteiros que transferem para o mármore o modelo do escultor, mas os próprios escultores, que não se reconhecem outro limite que não seja o da sua fantasia.

Qualquer necessidade de intervenção administrativa pode dar origem a um acto de criação de direito, e pensa-se que o direito será tanto mais perfeito quanto mais apertadas forem as malhas da lei, quanto maior for o número das situações

expressamente previstas e reguladas: atento e vigilante, o legislador-funcionário espia o ordenamento em busca da lacuna, e onde quer que a veja ou a suponha, vá de abatê-la com o tiro certo de mais um decreto-lei.

Foi ASCOLI quem escreveu que o ordenamento é um sistema de lacunas, e este aparente paradoxo exprime um traço essencial da realidade jurídica. A lacuna não é um defeito do sistema, é um indício revelador da própria natureza do direito ⁽¹⁰⁾ e não é ao nível do direito positivo que o ideal da plenitude do ordenamento pode ser atingido. Poder-se-ia talvez usar a imagem da placa de betão: se quiséssemos preencher de ferro todos os seus pontos, ela deixaria de ser uma placa de betão. Em vez do sistema jurídico, teríamos então o regulamento gigantesco. Aparentemente, ter-se-ia progredido em segurança; na realidade, o peso ter-se-ia tornado tão grande que todos se sentiriam inseguros, receando ficar esmagados.

Acontece, além disso, que a longevidade das leis está na razão directa da sua generalidade. O comando abstracto, que

⁽¹⁰⁾ O problema das lacunas tem sido, sobretudo na doutrina alemã e italiana, objecto de profundas investigações, precisamente na medida em que se liga com o problema mais vasto da natureza do direito e com a função dos princípios gerais do direito. Toda a doutrina estabelece com nitidez a distinção entre lacuna do direito e lacuna da lei, e a divergência dos autores reside sobretudo na forma de relação dos dois conceitos. Adiro ao ponto de vista de BETTI, que resolve o conceito de lacuna no de incoerência: «O fenómeno designado como *lacuna* é sempre o de uma deficiência ou incoerência da disciplina legal, revelada através de um confronto entre as partes desta, ou entre esta e a sua finalidade: deficiência ou incoerência que propõe o problema de integrar a parte no todo ou de restabelecer a coerência da estimativa normativa no seu complexo. Problema este que... se deve qualificar de sistemático, seja porque se trata daquela coerência e concatenação interior que cinge na unidade do todo os institutos e os preceitos jurídicos singulares, seja porque se trata de coerência não puramente lógica, mas orgânica e teleológica, que se reconstrói por auto-integração e promana de uma intuição total da natureza e finalidade prática das relações reguladas e dos seus fins» (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 46-47).

define uma linha normativa mas não se procura introduzir pelos labirintos da situação concreta, perdura por longos períodos, por períodos às vezes tão longos que os homens se equivocam e se chegam a persuadir da sua eternidade. A regra estreitamente colada às minúcias circunstanciais, essa envelhece rapidamente, porque as situações mudam depressa. E por isso as leis de hoje são fugazes e a cadência da renovação legislativa tem de ser cada vez mais acelerada.

Ora a longa vigência prestigia as leis e a efemeridade desacredita-as. *Pessima republica, plurimae leges*, diziam já os juristas romanos. A vigência duradoura tradicionaliza, e a tradição é, em si mesma, um elemento gerador de valor. Pelo contrário, é difícil conseguir a sacralidade do efémero. O carácter convencional e provisório do comando arrefece a obediência, até talvez porque esta é um hábito, e na raiz de todo o hábito está a experiência prolongada. Os destinatários das normas vão sendo, pouco a pouco, conduzidos a atribuir um carácter secundário ao dever jurídico, a isolarem-no completamente do dever moral; e no seio dos grupos vai-se generalizando a tendência para organizar a vida de relação tanto quanto possível à margem da disciplina estatuída na lei, caindo-se, por essa via, na situação paradoxal de que, quantas mais leis os homens fazem, menos direito as sociedades absorvem e vivem.

25. E chegamos por fim ao último escalão dos comandos que formam o ordenamento jurídico: o dos comandos de aplicação, constituídos pelas decisões judiciais e pelas resoluções administrativas. Limite-me a um curto comentário sobre a primeira destas espécies, tanto por ser a que mais directamente nos interessa, como por reconhecer que me falta a preparação para me ocupar da segunda.

O século XIX procurou descrever a sentença judicial como uma operação quase mecânica de subsunção do facto ao direito. É a conhecida concepção do silogismo judiciário: a premissa maior é a lei, a menor é a concreta relação judicanda. Ao juiz competiria apenas ditar a conclusão, com o mesmo rigor ideal

com que, na matemática, dados dois factores se determina o produto.

Esta concepção continua a sobreviver no plano prático, enquanto no plano doutrinal há unanimidade em a considerar ultrapassada. A premissa maior é a lei, mas com a condição de se entender por lei não a regra do Código mas a norma do ordenamento aplicável ao caso. A regra escrita é um enunciado abstracto, e, usando a feliz expressão de MERKL, debaixo da mesma lei existem tantos ordenamentos quantos métodos de interpretação; ou, na sugestiva palavra de CARNELUTTI, «como a beleza de uma música, a bondade da lei depende não só de quem a compõe, mas também de quem a executa» (11).

Por um lado, a sentença judicial é o ponto de encontro de um feixe de referências que abraça todo o conjunto do ordenamento; por outro, cada nova sentença proferida constitui um ponto a crescer na linha que define o próprio ordenamento jurídico. Esta dupla função é a própria essência do labor jurisprudencial, e talvez se possa traduzir metafóricamente pelas expressões de diástole e de sístole. Do mesmo modo que o coração, a sentença recebe e emite; o que lhe vem de fora é uma inteligência geral dos fins do ordenamento, uma compreensão da estrutura global, uma articulação permanente dos três planos do valor, do conceito e da lei em ordem à juridificação da situação concreta, ou, o que é equivalente, à captação da juridicidade essencial que vai conferir coerência à decisão proferida. O que lhe sai de dentro é a quantificação da juridicidade em função da situação concreta, quantificação feita através do canal da regra válida para a disciplina dessa situação.

Já tem sido salientado que não existe qualquer semelhança entre esse acto de individualização do direito e a conclusão silogística (12). No silogismo as premissas são dadas, e são abso-

(11) *La muerte del derecho*, in *Crisis del derecho*, p. 345.

(12) É doutrina que hoje se pode considerar consagrada. Ampliando esse ponto de vista, uma corrente doutrinal pretende negar todo o carácter lógico da actividade judiciária, denunciado como uma «falácia lógica»; esta consistiria, segundo a definição de um dos iniciadores do

lutamente independentes da conclusão. Na decisão judicial as premissas são escolhidas em função de uma representação global da actividade judicatória. Uma mesma conduta humana pode, na sua inextricável complexidade, ser esquematizada e até valorizada não por uma, mas por muitas formas, e a opção entre elas radica em elementos que se situam fora, não dentro delas; por isso mesmo, escolher a premissa maior é já um acto construtivo, não um puro gesto de catalogador. Segue-se depois a esquematização do complexo segundo um modelo típico, um *fatispecie*, como costuma dizer-se. E também a escolha do modelo típico é uma eleição do espírito, realizada em função da premissa maior: quando o juiz elabora o questionário, selecciona os factos e toda a selecção implica critério selectivo; este não é outro senão o constituído pelo modelo ou modelos que tem na sua mente. O julgador pode supor que não é assim, e que selecciona tudo o que seja virtualmente relevante, mas essa mesma formulação de um juízo sobre a relevância implica

movimento, não propriamente em admitir que os princípios que regem os outros fenómenos regem também o direito, mas na noção de que um sistema dado, por exemplo o nosso, possa ser elaborado, como as matemáticas, com base num axioma geral de conduta «...A educação dos advogados está fundada na lógica. Os processos de analogia, distinção e dedução são-lhe muito familiares. A decisão judicial está primordialmente concebida numa linguagem fundada na lógica. E o método e forma da lógica vão ao encontro dos desejos de certeza e de repouso que existem no espírito humano. Mas a certeza é geralmente uma ilusão, e o repouso não é destino do homem. Por detrás da forma lógica existe um juízo acerca do valor relativo e da importância de fundamentos legislativos opostos, juízo que muitas vezes é inarticulado e inconsciente, mas que apesar disso constitui a autêntica raiz, o nervo de todo o processo» (HOLMES, cit. in L. J. LOEVINGER: *Una introducción a la lógica jurídica*, Barcelona, 1954, pp. 31-32) A partir do célebre juiz americano, nos finais do século passado, o antilogismo tem-se ampliado (COHEN, CARDOSO, R. POUND, FRANK) chegando a assumir a forma de um irracionalismo que talvez traduza mais a consciência do envelhecimento dos quadros formais da ciência que a aspiração de banir tais quadros, quaisquer que eles sejam.

alguma referência, porque não é possível pensar-se numa relevância em função de nada.

Fixados os factos, applica-se o direito correspondente, entendendo-se como tal a norma válida para o caso. Mas toda a norma comporta uma pluralidade de significações ou de possibilidades normativas. É um comando geral e abstracto, e no momento em que se applica converte-se num comando individualizado e concreto. Essa conversão exige do juiz uma escolha voluntária e não um decalque mecânico. A decisão final surgir-nos-á como o último tempo de um processo que foi constructivo e criador desde o primeiro momento, e que revestiu uma complexidade que não tem semelhança alguma com a acção que consiste em ligar com um *clips* um facto a uma regra.

Usando a conhecida distincção kantiana, a sentença é um juízo sintético e não um juízo analítico. Isto é: é um juízo em que o predicado acrescenta algo de novo ao sujeito, não se limitando a analisá-lo. Depois de cada decisão, o direito fica diferente; cada uma das contribuições é pequena, é como a gota de água que cai sobre o mar; mas é o conjunto delas que forma a jurisprudência, categoria que no ordenamento occupa uma posição não marginal, como nos sistemas dominados pela legislatria tende a succeder, mas de importância absolutamente decisiva, porque é ella que mantém a vitalidade do ordenamento, transformando as leis escritas em direito vivo (13).

(13) Existe entre nós uma forte prevenção contra todas as doutrinas que defendem a ampliação da função interpretativa, tais como a FREIRECHT, a jurisprudência dos interesses, o método sociológico, etc., as quais ameaçam conduzir a uma substituição da lei pelo arbitrio do juiz, o que se supõe em prejuizo da certeza do direito. Legítima em si, aquella prevenção tem funcionado como obstáculo ao aperfeiçoamento dos métodos hermenêuticos; por um lado, recela-se inovar um sentido que seria aberrante com as inclinações fundamentais dos ordenamentos romanistas, por outro sente-se a insuficiência do método tradicional, concebido para um sistema de legalismo estrito.

Num trabalho que tenho em preparação, mas que não sei se, ou quando, terei oportunidade de publicar, sustento a possibilidade de definir o objectivo da interpretação em termos diferentes, susceptíveis de lhe conferirem

Aqueles dois movimentos — a sístole e a diástole judiciárias — coexistem necessariamente na função do juiz, qualquer que seja o tipo do ordenamento considerado. Aos sistemas anglosaxónicos preside a regra de que o juiz faz o direito, e aos sistemas continentais talvez se possa aplicar a de que o direito faz o juiz. Isto é o equivalente de dizer que naqueles a sístole é a operação fundamental, nestes é a diástole que predomina. Quer dizer, a plena integração no conjunto do sistema, a impregnação na juridicidade que pela sentença se reproduz, é a nota dominante da função judicatória nos ordenamentos do tipo do nosso.

Ora também aqui o positivismo jurídico tem as suas contas a prestar. Segundo a concepção positiva, o juiz não tem de objectivar o direito, mas simplesmente de cumprir a lei. Todos teremos ouvido muitas vezes a expressão *escravo da lei*, tornada tão correntia que mal lhe prestamos atenção. Mas já nos causaria alguma estranheza a de *escravos do direito*: pela mi-

por um lado a necessária maleabilidade e de lhe assegurarem por outro o imprescindível limite. A ideia básica desse trabalho é a de que interpretar a lei é uma operação lógica que consiste em, a partir das alterações da extensão, lhe verificar o grau de compreensão. Toda a lei tem extensão e compreensão; aquela coincide com o respectivo campo de aplicação e é portanto variável. Esta reveste, como toda a compreensão lógica, várias modalidades: compreensão subjectiva (é o sentido que o legislador atribuiu à lei), compreensão implícita (é o conjunto dos caracteres significativos dedutíveis por análise lógica) e compreensão eminente (é o conjunto das significações reveladas ou não reveladas do preceito, só descobriáveis no seu progressivo confronto com a realidade). As duas primeiras modalidades de compreensão são ostensivas e são constantes; a última é variável. Ora a problemática da interpretação tem andado até hoje referida às formas ostensivas da compreensão: é a conhecida querela entre a *mens legislatoris* (compreensão subjectiva) e a *mens legis* (compreensão implícita), pelo que a operação interpretativa tem consistido na referência de um elemento constante a um valor variável. Notemos, porém, que é sempre uma questão de aplicação da lei o que suscita a questão de interpretação; e também é certo que decidir se a lei é ou não aplicável a uma hipótese se resolve numa operação lógica que consiste em determinar se a lei é ou não suficientemente elástica

na parte, não sei mesmo se já a escutei alguma vez ⁽¹⁴⁾. E este facto parece-me carregado de significação. O cumprimento passivo da lei é, na verdade, uma escravatura cujo ponto limite parece estar no julgamento mecânico, no sistema do juiz carimbo. Pelo contrário, a aplicação do direito não implica escravatura alguma, exigindo pelo contrário uma ampla iniciativa mental, uma actividade inteligente e livre na identificação e quantificação da norma aplicável, da norma, não apenas da regra, e exigindo por isso mesmo o conhecimento científico do ordenamento em todos os seus níveis, sem exclusão dos valores que lhe presidem e conferem unidade e espírito.

Mas à concepção do juiz escravo da lei há uma objecção intransponível: a da sua impossibilidade. O juiz é um homem dotado de inteligência, vontade e liberdade, e isso impede, só por si, que possa funcionar como um autómató. Pode ser que a cibernética nos satisfaça um dia esse estranho capricho, e já

para abranger o novo caso, isto é, que consiste em verificar se a *compreensão eminente é compatível com a modificação extensiva que o novo caso propõe*. Tanto a extensão, como a compressão são pois valores variáveis, devendo porém ter-se presente que a compreensão eminente da lei não é indefinida, mas só se revela em face da extensão progressiva, e a função mais importante da jurisprudência é a de ir progressivamente sacando dos enunciados legais a totalidade do teor normativo neles eminente. Segundo esta visão do problema, o erro do método exegético foi o de situar o limite hermenêutico nas formas de compreensão ostensiva, como o erro das chamadas correntes do direito livre está em não reconhecer sequer o limite imposto pela compreensão eminente. As leis não dizem apenas o que os seus autores pensaram ou a que, num dado momento, parece poder delas deduzir-se, mas também não comportam tudo quanto, a uma luz de conveniência sociológica, seria vantajoso que dissessem. Elas dizem tudo quanto nelas realmente se contém; esse conteúdo é variável, mas tem um limite a partir do qual a lei se desnatura e deixa de ser aquela lei, para ser outra, identificada agora com o critério do juiz. É então já a substituição do racionalismo pelo empirismo do *case-law* e, como tal método, contraditório com a índole dos ordenamentos de tipo ocidental-romanista.

⁽¹⁴⁾ CARNELLUTI utiliza expressões muito semelhantes a estas no já citado estudo *Balanço do positivismo jurídico*, p. 283.

surgiram os primeiros defensores de um sistema de justiça *ex-maquina* ⁽¹⁵⁾; mas até ao presente, o juiz-robot está por descobrir.

O que a experiência mostra é que a aplicação do preceito legal nunca se pode desligar da referência a uma complexa moldura mental constituída por elementos que estão fora da compreensão do preceito aplicado. Joseph Kohler fez a convincente demonstração de que a mesma lei gera direitos diferentes, os quais dependem fundamentalmente do enquadramento científico e cultural dos enunciados legais: o Código Civil Francês — durante precisamente o período em que os juristas estiveram dominados pelo mais fervoroso respeito pela letra da lei — conduziu a direitos diferentes em França e nos Estados alemães em que esteve em vigor; o que fixava o sentido do direito eram menos os enunciados do texto legal que as ideias, os conceitos e os métodos dos juristas ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Suponho que a ideia nasceu na literatura de ficção. Eis como G. PAPINI, no *Livro negro*, descreve uma audiência no tribunal electrónico: «O acusado narrou os factos segundo a sua versão, e outro tanto fizeram as testemunhas. O técnico carregou no botão para perguntar à máquina quais eram os artigos aplicáveis do Código Penal, e no quadrante iluminado apareceram imediatamente os números pedidos. O mesmo cérebro, accionado pelo servente humano, concedeu as atenuantes genéricas e, poucos segundos depois, num outro quadrante, aparecia a sentença: vinte e três anos de trabalhos forçados para o jovem assassino. Um distribuidor automático vomitou a senha em que vinha escrita a sentença; o inspector da policia recolheu-a e saiu, levando consigo o condenado». Mas da ficção a ideia tende a invadir o domínio da literatura mais séria. Baseado num artigo de JUAN ROGER sobre a *Electrónica ao serviço de S. Tomaz*, JIMÉNEZ DE CISNEROS escreve que «o direito, sobretudo o direito anglo-saxónico, fundado especialmente na jurisprudência, obteria um beneficio considerável se pudesse apoiar-se sobre um registo electrónico de referências, feitas, por exemplo, sobre o conceito de domicilio» (*Los hombres frente al Derecho*, p. 64) VICTOR KAPP consagrou a esse mesmo assunto um livro que vem condensado num artigo publicado na *Revista de Derecho Contemporáneo*, 9, n. 2, «Sobre la aplicación de la cibernética a la esfera del derecho».

⁽¹⁶⁾ *Le Code Civil français dans la théorie et la pratique*, in *Le Code Civil 1804-1904, Livres du Centenaire*, Paris, 1904, II, pp. 617 e ss.

A função dos conceitos e dos princípios gerais como elemento de integração e de referência do juízo é, aliás, tão indispensável que quando, por qualquer motivo (e esses motivos podem ser muitos) os conceitos deixem de estar presentes no espírito do julgador, o vácuo resultante é logo preenchido pelos preconceitos. E é uma subrogação perniciosa, porque, se aos conceitos podemos nós conhecer e deduzir, os preconceitos escapam a toda a possibilidade de determinação.

É o caso do cavalo de CALAMANDREI. Conta o grande processualista que lhe aconteceu certa vez patrocinar, no mais alto tribunal da Itália, a causa de um vendedor de cavalos de corrida contra a pretensão de um comprador que, tendo-se apercebido de que o animal comprado mordida, viera a juízo pedir a anulação do negócio com fundamento em vício redibitório do objecto do contrato. O tribunal não lhe deferiu a pretensão; mas o Ministério Público sustentou com o maior ardor a tese da anulabilidade, e isso não em virtude de qualquer conceituação jurídica, mas nestes precisos termos: «Sei, por experiência própria, quanto são perigosos os cavalos que mordem. Já há muitos anos, no momento em que eu subia com o meu filhinho para uma tipóia de aluguer, o animal cravou-lhe os dentes num braço, deixando a pobre criança meio desmaiada de terror e de sofrimento. A lei deve ser rigorosíssima contra os cavalos mordedores» (17).

Colhi o exemplo em Itália, mas todos sabemos que não seria preciso ir tão longe. É da própria natureza do espírito humano o enquadramento do elemento cognitivo isolado no conjunto significativo, e é só pela referência a uma moldura de noções enquadrantes que pode a letra avulsa do preceito legal ganhar sentido e assumir dinamismo normativo. E com aquele enquadramento passa-se o mesmo que em todas as demais formas da actividade mental: ele pode assumir o carácter de acto científico ou não passar do nível de um grosseiro empirismo. Empirismo, e do mais elementar, embora bem fre-

(17) *Crisis del derecho*, p. 312.

quente, parece ser esse de arvorar a experiência pessoal em paradigma da conduta alheia.

Outra manifestação do mesmo espírito, emanada da mesma raiz de uma insuficiente valoração dos planos dos valores e dos conceitos jurídicos, da mesma submissão do espírito à lei e não ao direito, é a tendência, a que já fiz alusão na primeira parte deste trabalho, para compor a matéria de facto de forma a possibilitar a aplicação da solução jurídica que se pretende atingir.

É, como então sublinhei, uma conduta proibida, sobre cuja ilicitude ninguém tem dúvidas, mas que apesar disso as leis não conseguem evitar. A generalização dessa prática, a tenaz resistência que ela oferece às proibições da lei, revelam que não se trata de um abuso, mas de um vício implicado pelo funcionamento normal do sistema. E tal vício consiste, a meu ver, em que se talha o facto à medida do direito, porque não se pode, ou não se sabe, talhar o direito à medida do facto.

Este não saber ou não poder tem raiz mais profunda que a dos eventuais defeitos das pessoas. Ele procede da convicção de que o direito é apenas a lei positiva, o preceito estreme, desordenado do critério de valor e da elaboração conceptual que o maleabiliza, e que, por isso mesmo, torna possível encontrar sempre a solução exacta, qualquer que seja a morfologia dos factos.

A intenção que está na base daquela manipulação da matéria de facto é, sem dúvida, a de conseguir a adequação da decisão ao mérito. Mas repare-se na perigosa inversão de valores a que conduz: são as leis que acabam jogando como se fossem factos, isto é, realidades exteriores ao espírito, maciças, irreductíveis, impenetráveis pelo *logos* racionalizador; e são os factos que se transformam em ideias, modificáveis, elásticos, subjectivos. É a transformação da cultura em natureza, da ideia do direito no facto da lei, que está a ser paga pelo preço da conversão da natureza em cultura. A gravidade desta inversão de valores, que adultera a função normativa do direito no que ela tem de mais essencial, não precisa certamente ser sublinhada.

26. Não é possível demorar mais tempo esta análise e interrompo-a reconhecendo que só de um modo superficial e incompleto percorremos uma parte de uma matéria muito mais extensa, que haveria todo o interesse em examinar.

Fixados os factos, cumpre decidir: existe ou não uma crise do direito?

E a pergunta acorda imediatamente uma outra: a ideia de crise implica uma relação: crise em relação a quê?

Seriam muitas as respostas possíveis. Poderia falar-se de uma crise do direito em relação a si mesmo: como escreveu ASCOLI, a vida do direito não pode jamais ser entendida como imobilidade e paz inerte, mas antes como uma contínua luta entre o próprio direito e o seu conteúdo sempre novo, entre a norma positiva do ordenamento jurídico limite e o direito natural⁽¹²⁾. Pode também falar-se na crise de um ramo do direito em comparação com outros ramos: quando se fala na crise do direito privado tem-se precisamente em mira a sua comparação com o desenvolvimento actual do direito público; e pode ainda pensar-se na crise de um determinado ordenamento estadual ou de um grupo de ordenamentos de certo tipo. É nessa acepção que o termo é tomado algumas vezes, por exemplo, na expressão *crise do romantismo*.

Pode também entender-se a crise em termos históricos, mas ainda então há que distinguir duas acepções. A mais simples, que corresponde ao senso comum, é a de involução, declínio, evolução regressiva, conceitos estes que andaram muito repetidos pelos juristas durante os sombrios anos de violência da última guerra. A crise, pensa-se então, consiste em que o direito mudou e passou a ser pior do que era antes. A outra acepção consiste em avaliar não só o sentido, mas o ritmo da evolução; quando o direito muda, não é só o direito que muda, mas toda a realidade que lhe está na base, e a pergunta que então se formula é a de saber se o direito actual disciplina a

(12) *La interpretación de las leyes*, trad. esp., Buenos Aires, 1947, p. 133.

realidade de hoje com a mesma eficiência com que o direito de ontem disciplinava a realidade de outrora.

Mas a questão não tem que equacionar-se necessariamente em função da história: pode ser colocada em função do espírito (19). O direito tem fins próprios a realizar, e os homens têm consciência desses fins e não podem deixar de formar uma opinião sobre a forma como o direito consegue ou não atingi-los. E a crise do direito surge quando, no espírito dos homens, se instala a convicção de que o direito não realiza, ou realiza imperfeitamente, os seus fins.

E esta é uma ideia que não resulta apenas da situação objectiva do direito, porque não é só o direito que evolui, é também a exigência humana que se aperfeiçoa no seu duplo aspecto moral e mental. A consciência de crise origina-se, assim, numa relação entre duas linhas variáveis: a realidade jurídica, no seu incessante transformar-se, e a realidade do espírito, na sua exigência sempre renovada.

É, de certo modo, como se caminhássemos sobre um plano móvel: o que adianta ou retarda, não é só a cadência dos passos, é, sobretudo, a relação que eles mantêm com a velocidade que nos vai fugindo sob os pés. É por isso que, quando um homem pára num caminho verdadeiro, enquanto estiver imóvel permanece no mesmo lugar; mas se pára na sua obra de construção do direito, a imobilidade é só aparente, porque o tempo o vai fazendo ficar para trás. Por essa razão me parece quase pueril colocar o problema nos termos de saber se o direito que lemos nos códigos e nas colectâneas jurisprudenciais de hoje é mais ou menos perfeito do que outros olhos leram nos textos e nas

(19) O Prof. CABRAL DE MONCADA faz esta mesma distinção nos seguintes termos: Falando de crise, devo dizer que emprego aqui esta expressão em dois sentidos: já como *conceito histórico* ao qual a própria história fornece um determinado conteúdo objectivo, já como *conceito psicológico* em que se exprime um sentimento doloroso de mal-estar, de angústia, que em certos momentos da história parece ameaçar de morte a civilização e o mundo cultural a que pertencemos» (*O dever da hora presente*, in *Estudos Filosóficos*, II, p. 246).

colecções de ontem: nós, que fazemos esta pergunta, não somos de ontem, mas de hoje, e só por referência a nós, à nossa concepção global da vida e à nossa intuição do valor poderemos medir e apreciar o merecimento do direito.

A existência de um movimento doutrinal denunciador de uma crise jurídica vale portanto, essencialmente, como revelação do estado de espírito dos juristas em relação ao ordenamento. É a exteriorização de uma situação de tensão espiritual, de um sentimento de insatisfação cuja intensidade resulta do grau da exigência. A tranquilidade confiante é o estado de espírito antípoda do sentimento de crise; mas é evidente que tanto pode resultar de um alto grau de perfeição do ordenamento, como de um frouxo nível de exigência dos juristas.

Não estou convencido de que o exame histórico da evolução das instituições, a partir da época da codificação, forneça elementos suficientes para, com seriedade, formular teorias de decadência objectiva ou histórica do direito positivo. Mas parece-me que a quantidade e a envergadura dos cultores do direito que, em tantos lugares — e precisamente nos países em que a cultura jurídica é trabalhada com maior profundidade e seriedade — têm afirmado a existência de uma grave crise do direito contemporâneo, constitui, em si mesma, a comprovação de que essa crise é uma realidade no sentido de que as obras do direito deixaram de corresponder às exigências dos espíritos mais lúcidos.

27. Prevejo que esta conclusão seja, para muitos, decepcionante.

Dizer que a crise do direito é o fruto de uma maior exigência jurídica poderá até parecer um artifício, destinado mais a iludir um problema que a resolvê-lo. Sente-se que algo ficou vazio, e essa sensação de vazio leva certamente a formular novas perguntas: se assim é, quais as causas daquela maior exigência que levaram os homens a perder a fé ou a diminuir a confiança na perfeição dos instrumentos normativos que eles próprios criaram?

Mas esse é um outro problema, que se situa já fora do perí-

metro que delimita o campo do direito. É aí que têm lugar aquelas numerosas interpretações causais a que fiz referência na primeira parte deste trabalho. Qual delas a verdadeira? É bem possível que cada uma surpreenda um aspecto parcelar de uma realidade que é muito complexa. Devo dizer que não formei ainda a esse respeito nenhuma opinião definitiva, mas, se tivesse de apresentar neste momento, sobre a matéria, alguma hipótese, procuraria as causas da crise não num único fenómeno, mas na convergência de múltiplas linhas explicativas de três tipos fundamentalmente diferentes.

A primeira seria a sobrevivência, que se pode considerar geral, de uma organização científica e institucional do direito que se baseia ainda no positivismo jurídico, e identifica o direito com a lei. O positivismo, método que se revelou fecundo no terreno das ciências da natureza mas não no das ciências da cultura, não está de acordo nem com as necessidades ordenadoras do espírito nem com a realidade das instituições político-jurídicas actuais. A sua insuficiência para a compreensão global da estrutura do ordenamento resulta da própria proscrição da metafísica, porque a metafísica, se pode ser banida dos métodos naturais, não pode ser negada como realidade do espírito e, portanto, como génese de valores espirituais sem cujo reconhecimento o conjunto ordenamental necessariamente moldado sobre toda a vivência humana, não pode ser definido. Sem outro esteio que não seja a lei política, o direito aparece como uma estrutura sem base fora de si mesma, como uma falsa ciência de realidade fictícia, arbitrária e convencional àcerca de cuja legitimidade não podem deixar de surgir dúvidas ⁽²⁰⁾.

A segunda é a de uma transformação muito profunda dos

⁽²⁰⁾ A célebre conferência de KIRCHMANN sobre o carácter não científico do direito é talvez a primeira denúncia da impossibilidade de uma organização científica num plano puramente positivo. A frase, tão conhecida, de que basta uma penada do legislador para transformar bibliotecas inteiras em papel inútil, não traduz uma crítica à lei jurídica como lei

esquemas inteligibilizadores de todo o conhecimento científico, transformação que se operou posteriormente à época em que cristalizaram as bases da ciência jurídica actual. Quando os grandes juristas do século passado delinearão as bases da Teoria Geral do Direito, não se acreditava que pudesse haver outra física além da newtoneana, outra psicologia além da introspecção. Mas depois disso o pensar humano fez uma longa viagem. A tese de EINSTEIN, de 1905, os estudos sobre a constituição do átomo, de RUTERFORD e BÖHR, de 1913, as revelações com que HEISENBERG e MAX PLANCK, cerca de 1930, abriram caminho à mecânica e à física quânticas, são outros tantos momentos decisivos da história da cultura, e constituem talvez menos descobertas científicas de realidades desconhecidas que mudanças capitais na atitude do espírito humano em face do real, transformações na forma de captar e de interpretar a realidade. Os reflexos dessas novas posições lógicas do espírito são já hoje visíveis em todas as ciências. nas do espírito como nas da natureza ⁽²¹⁾, e talvez a única excepção seja a da ciência do direito, que, tendo institucionalizado os seus próprios métodos e conceitos formais, continua hoje a aplicar os antigos esquemas à explicação de realidades transmudadas, com prejuízo da satisfação fornecida à exigência inteligibilizadora do espírito ⁽²²⁾.

científica, mas sim a afirmação de que a exegese e o simples culto do texto legal não constitui base suficiente para fundar uma ciência. Apesar de feito em 1847, o famoso libelo de KIRCHMANN conserva hoje a maior actualidade.

⁽²¹⁾ Durante um dos debates foi feita a observação de que esta afirmação de que transformações verificadas sobretudo no domínio das ciências da natureza poderiam afectar o direito, seria contraditória com a afirmação anterioremnte feita de que o direito não é uma ciência da Natureza, mas da cultura. A objecção provém de não se distinguir entre metodologia das ciências e atitude do espírito. A transformação na atitude explicativa do espírito reflecte-se, necessariamente, em todos os campos do conhecimento científico, qualquer que seja a sua especial natureza.

⁽²²⁾ Já há cerca de trinta anos HUIZINGA se apercebia da importân-

A terceira, vejo-a na intensidade das permutas e contactos interculturais da nossa época. O homem de Lisboa sabe que as mesmas realidades estão submetidas a leis muito diferentes e é naturalmente levado a reflectir sobre a relatividade de todo o estatuto jurídico; através da imprensa pode seguir, momento a momento, os julgamentos que decorrem em Londres ou em Bruxelas, discute-os, toma posição na causa como se esta lhe dissesse directamente respeito⁽²⁸⁾. A visão do direito como um grande sistema de ideias de generalidade decrescente que nos foi legada pelo romanismo é contraposta à eficiência do empirismo judiciário anglo-saxónico; as propagandas espectaculares dos totalitarismos transpersonalistas vêm pôr em tabela de julgamento os conceitos basilares do humanismo de sentido cristão, dentro dos quais a cultura do Ocidente se habituara a inscrever toda a sua teoria da justiça. Nenhum conceito escapa

cia desta transformação geral dos conceitos científicos: «As categorias com que o pensamento se contentou até aqui parecem estar em dissolução. Os limites estão apagados, as contradições mostram-se compatíveis. *Interdependência* tornou-se o santo e a senha de toda a moderna observação dos processos humanos e sociais. Em sociologia, em economia, em psicologia, em história, em toda a parte, a explanação em termos de causa e consequência plenamente ortodoxos teve de ceder o lugar à *reconhecimento* da dependência recíproca e das múltiplas facetas das relações compostas. O conceito de *condição* está a suplantiar o de *causa*. Na verdade, há motivos suficientes para se falar numa crise do pensamento e do conhecimento modernos, tão violenta e tão extensa no espaço e no tempo, que dificilmente se poderá encontrar igual em qualquer época do passado, nossa conhecida» (*Nas sombras do amanhã*, trad. port., Coimbra, 1944, p. 51-2). A crítica da ciência jurídica sob o ponto de vista da comparação dos seus métodos com os da ciência em geral constitui o tema de alguns estudos recentes; J. HAESAERT tem um valioso estudo sobre *La réalité physique selon C. Maxwell et la théorie du droit*. Sobre outras tentativas feitas neste mesmo sentido, veja-se LEGAZ Y LACAMBRA: *Filosofia del Derecho*, Barcelona, 1961, p. 233 e ss.

(28) Nenhum dos julgamentos ocorridos nos tribunais portugueses durante o ano de 1963 obteve tão ampla projecção na opinião pública portuguesa como o julgamento de um caso de homicídio que se desenrolou em Bruxelas, o qual foi motivo de reportagens, artigos doutrinários, colóquios, inquéritos jornalísticos, etc.

a esta contraposição ao seu anticonceito e todas as certezas são submetidas à prova de uma indagação crítica. Dir-se-ia que os juristas de hoje, despertos de um século de paz dogmática, vêem converter-se as convicções mais sólidas em abismos enigmáticos e em dúvidas pungentes.

28. São, se me não engano, estas as três linhas que, descidas de pontos diversos do quadrante, se sobrepõem para gerar no espírito dos juristas de sensibilidade mais aguda o estado de inquietação e de pergunta a que chamamos crise. Os mais pessimistas vão até falar na morte do Direito, e esse foi o voto de CARNELLUTI, na formosa oração com que encerrou o ciclo das conferências de Pádua (24).

Eu suponho, porém, que a maior exigência não é sinal de morte, mas de vida.

A tensão espiritual, a controvérsia ampla, a verificação dos sistemas e a sede de uma perfeição mais alta, são estímulos que em todos os tempos conduziram ao progresso e não ao declínio. O vigor do espírito é a maior força que soergue os homens. Porém, e por isso mesmo, ele é também a principal fonte da sua fadiga. Pode constituir convite ao desânimo e à abdicação perante a magnitude das tarefas novas que ao jurista consciente não podem deixar de ser exigidas: revisão completa da dogmática antiga, renovação profunda do método científico, conhecimento de toda a estrutura ordenamental, e, sobretudo, uma preparação filosófica e uma formação sociológica sérias, porque essas são as bases sem as quais nada de sólido poderá neste terreno ser edificado. E tudo isto representa, na verdade, um bem longo caminho a percorrer.

Ocorrem-me as meditações de HUSSERL sobre a crise da Europa: «a crise da existência europeia não tem senão duas saídas possíveis: ou a decadência da Europa, tornada estranha ao seu próprio sentido racional da vida, caída no ódio contra o espírito e na barbária; ou o renascimento da Europa, no espí-

(24) *Crisis del derecho*, pp. 339 e ss.

rito da filosofia, superando definitivamente o naturalismo pelo heroísmo da razão. O maior perigo da Europa reside na fadiga. Se combatermos esse perigo dos perigos, como bons europeus, com um valor que não retrocede nem ante as tarefas infinitas, então, da fogueira da incredulidade, do fogo latente da desesperança na missão humana do Ocidente, das cinzas da grande fadiga, renascera a Fenix de uma interioridade e de uma espiritualidade novas, penhores de um grande e longínquo provir da humanidade. Porque só o espírito é imortal» (25).

E esta é a conclusão que eu pretendo tirar: o futuro do Direito está nas mãos dos juristas. Talvez nunca lhes tenha sido pedido tanto como nos nossos tempos, mas também nunca foi mais importante ou mais decisiva a contribuição que por eles pode ser prestada à obra de civilização da qual depende o futuro dos povos e dos homens. Uma crise profunda, anterior ao direito, corrompe todas as certezas e faz vacilar ante todas as encruzilhadas. O glorioso mestre de Coimbra escreve que todos «os grandes ideais de intenção social e política em que o homem, em todas as épocas da história tem procurado a sua salvação — a do indivíduo e a da sociedade — pelos quais se tem batido e tem morrido ao longo dos séculos», se encontram hoje mergulhados numa crise profunda. Creio que o grande professor não exagera quando afirma que todos esses ideais «estão sofrendo neste momento, na consciência que os reflecte, de uma crise de lutas interiores e de agravamento dos seus próprios antagonismos latentes, que, embora isto pareça um paradoxo, já conduziu alguns deles a uma total auto-destruição; ao mesmo tempo que, por outra banda, a mesma crise está impelindo alguns desses idealismos para novas e mais cruciantes formas de contradição que a razão não enxerga facilmente como possam resolver-se, muito embora as exigências da vida lhes imponham que aceitem e vençam, como puderem, tais

(25) Citado por DENIS DE ROUGEMONT: *Tres milenios de Europa* (trad. espanhola), Madrid, 1963, p. 357.

contradições, com o heroísmo dos que sabem adaptar-se à confusa hora que passa» (26).

O Direito não poderá, por si, eliminar as razões profundas de uma crise que lhe é anterior. Mas reconhecer isto não autoriza a considerar o direito como o passivo e obediente registador das acções e reacções humanas. Ele é mais que isso; é, como há mais de seis séculos já o escreveu Dante, uma «regra de direcção para a vida» (27). Uma regra que não cria a vida, e que portanto lhe não pode substituir as contradições e os problemas; mas que pode servir para orientar os homens na sua luta para a resolução dos problemas da vida e, portanto,

(*) *O dever na hora presente*, pp. 254-6. Quando procedíamos à revisão das últimas provas deste livro, o Prof. Doutor ANTUNES VARELA expôs, num importante discurso, o panorama geral das transformações que estão na origem da actual crise da cultura jurídica. Da expressiva síntese em que condensa o problema transcrevemos este passo significativo:

«O direito natural renasceu, talvez com maior esplendor que no seu período clássico; o direito e a moral, embora considerados como ordens distintas, apoiam-se mutuamente e entrelaçam-se na disciplina de várias instituições; os autores modernos reconhecem a existência de numerosas figuras com raízes nas diferentes regiões em que os juristas dividiram os múltiplos ramos do direito; o poder executivo chamou a si, em toda a parte, a função legislativa como meio indispensável de exercer a sua missão; os tribunais, embora essencialmente destinados a interpretar e a aplicar as leis às relações concretas da vida, não deixam de funcionar como verdadeiros órgãos criadores do direito, não só nos países anglo-saxónicos, mas nos próprios sistemas de tipo continental quando integram as frequentes e inevitáveis lacunas da lei; a Igreja reconheceu, por seu turno, que no exercício do seu múnus essencialmente espiritual se não podia desinteressar da sorte temporal dos cristãos; e a própria teoria do conhecimento abriu amplamente as suas portas à intuição, ao sentimento e a outras formas análogas de percepção da realidade como processo válido de captação e graduação de certos valores. E o triunfo inelutável da vida, com toda a pujança da sua misteriosa força criadora, sobre a débil armadura com que a razão pretendia tolher a sua liberdade e disciplinar os seus movimentos». (Discurso de inauguração do Palácio de Justiça de Gouveia, publicado nos jornais de 6-4-1964).

(27) *Monarchia*, I, p. 14.

para a realização do seu próprio destino. A definição, aplicação e consciencialização dessa regra são tarefas que incumbem aos juristas, e pelos quais a comunidade os olha como aos principais responsáveis.

Talvez tenha sido o pressentimento dessa responsabilidade o que, como vimos, levou muitas vezes a falar em *crise do direito* quando, com maior exactidão, se diria *crise de civilização*. Mas esse mesmo equívoco parece claramente revelador da importância da missão do jurista na crise geral dos valores do seu tempo.

Antes de terminar, desejo agradecer a presença de todos, a excepcional atenção que se dignaram prestar aos trabalhos e pedir indulgência para o facto de ter ocupado tanto tempo.

Devo agradecer também à Ordem dos Advogados e à Direcção deste Instituto da Conferência o ter-me sido concedida esta oportunidade de expor e de submeter à discussão de um público tão qualificado alguns pontos de vista que a meditação sobre os problemas jurídicos me tem sugerido. É um agradecimento que faço com especial emoção. Que se me releve o fazê-lo em termos tão simples; à declaração do meu enorme reconhecimento desejo só aditar a afirmação expressa de que, para uma tal exposição, nenhum outro lugar nem qualquer outro auditório me teriam honrado tanto como este.

E uma última palavra agradecida: será para o nosso ilustre bastonário, Senhor Dr. Pedro Pitta, que tanto nos distinguiu com o ter vindo presidir, pessoalmente, a todas estas sessões de trabalho. Ao longo delas, a coerência como critério do jurídico, a defesa da dignidade moral do homem através do Direito e para além da Lei, foram as minhas metas, as minhas preocupações fundamentais. Conforta-me e recompensa-me pensar que há algum simbolismo no facto de a palavra me ter sido concedida por alguém cuja vida tem sido uma límpida, permanentemente lição de coerência; por alguém cuja obra, ao serviço do Direito e na presidência desta Casa, tem sido sempre uma nobilíssima defesa dos direitos dos homens contra os abusos, ainda quando eles venham das leis.