

O RACIOCÍNIO DA INJUSTIÇA (*)

Pelo Dr. Orlando Vitorino

I

AS FORMAS

1. *O sistema do formalismo*

Tudo o que é possui uma parte formal, mas o Direito é formal em todas as suas partes e organizou o formalismo, que todo ele é, num sistema fechado em si mesmo e que a si mesmo se basta.

Os três pontos principais do sistema do formalismo jurídico, são os seguintes:

a) As formas em si mesmas

Em geral, as formas ou são manifestações do que contêm, ou são representações do que significam; dependem, portanto, do que manifestam ou do que representam, seja na substancialidade dos seres, na união original com o conteúdo ou a matéria, como acontece nas formas naturais, seja na indissolúvel unidade com

(*) *Comunicação apresentada ao Congresso Mundial de Filosofia do Direito e de Filosofia Social.*

o significado, como acontece nas formas lógicas e artísticas. Mas as formas do Direito oferecem a singularidade de repudiar toda a dependência, e ao apresentarem-se como susceptíveis de receber os diferentes conteúdos ou significados que se lhes atribuem, a todos se dão por igualmente válidas mas de nenhum se reconhecem dependentes. As formas jurídicas não são, pois, manifestações nem representações, têm uma natureza puramente abstracta e os conteúdos e significados que recebem nem estão na sua origem nem lhes vêm do Direito, mas são-lhes atribuídos pelos diferentes modos de convivência entre os homens.

Aqui está a mais universal das formas jurídicas: a propriedade. Da sociedade burguesa recebeu ela o significado de *posse* e o conteúdo de *riqueza* ou *bens*. Mas outras sociedades, culturas e civilizações atribuem-lhe outros conteúdos: a vida, por exemplo, ou a honra, como entre os medievais, ou a razão, como entre os Gregos. E também outros significados pode ela receber: em vez de representar, como na posse, a relação de termos entre si estranhos e portanto alienáveis — o possessor, o possuído — pode representar, como acontece quando o seu conteúdo é a vida ou a razão, uma relação indissolúvel entre termos inalienáveis. Esta alteração de conteúdos e de significados reflecte-se e esclarece-se nas formas da penalidade, como quando se institui a pena de morte e se elimina a confiscação de bens.

Através das sucessivas substituições de conteúdos e significados, a forma jurídica consiste em si mesma, e esta sua resistência na abstracção formal e na total suficiência subjaz ao longo de toda a história das relações do Direito com a Ética, a Religião e a Filosofia.

b) *A virtualidade*

Como todos os formalismos, a arte por exemplo, também o Direito afirma que só há Direito onde houver expressão, ou positividade, de formas jurídicas: leis, instituições e seus implícitos processos. E também o Direito reconhece em si mesmo, para lá do que tem de positivo, uma virtualidade. Esta sua virtuali-

dade não é, porém, uma potência indefinida e informe que, por um íntimo movimento, se actualiza, como acontece na Arte. É antes uma reserva de formas, a todo o momento prontas a passarem à positividade, e destina-se a assegurar a perduração da efectividade do sistema.

O homem comum, quando forçado pelas circunstâncias a pensar o Direito, logo cai na ilusão de que nessa virtualidade se guarda aquilo que chama justiça. E na mesma ilusão têm caído pensadores como os da Escolástica e os do Iluminismo, que julgaram poder encontrar aí a matéria das formas jurídicas ou a natureza do Direito. Quando extraiu da sua virtualidade as formas adequadas ao racionalismo do século XVIII, a primeira atitude que o Direito adoptou, uma vez seguro da perduração do seu formalismo, foi negar radicalmente toda a Filosofia do Direito.

c) A efectividade

Nenhuma forma é jurídica se não for dotada de um imediato poder de efectividade e não tiver forças para impedir qualquer sua, também efectiva, negação.

Quando os juristas evocam, perante eticistas, teólogos e filósofos, a exigência de realidade que dizem ser a condição do Direito, não é de realidade que em rigor se trata, mas de efectividade. As formas em que o Direito se apresenta, imediatamente se instalam, por virtude da natureza do seu mesmo formalismo, no domínio dos efeitos. Porque elas não são formas de conteúdos e significados, de acções e actos, mas só de efeitos. Bem sabe o Direito que não há acção sem múltiplas motivações, que não há acto, que é o que é significativo na acção, sem múltiplos significados. Ora essa multiplicidade relega-a o direito para o desordenado mundo da Ética, da Religião e da Filosofia e só lhe importa quando reduzida aos efeitos de que é portadora. Só lhe importa como efectividade e nos limites da efectividade.

Não se deve confundir a efectividade do Direito nem, por um lado, com o conjunto ou a generalidade dos efeitos nem, por

outro lado, com qualquer espécie de predicado dado ou a dar às formas jurídicas. Deve ela entender-se como elemento constitutivo dessas formas, como a atmosfera em que as formas jurídicas podem surgir e perdurar, como a mesma natureza concreta do formalismo do Direito. Trata-se de uma efectividade anterior à real existência dos efeitos e não provém de uma generalização de análogos já existentes desses efeitos. Trata-se de uma espécie de apriorismo kantiano, ou melhor, de um análogo das «formas transcendentais da sensibilidade». Sem a efectividade jurídica, as acções humanas ficariam suspensas das motivações, que são o domínio da Ética e da Filosofia, e os efeitos em que as acções se objectivam e fixam ficariam misturados na desordenada e imprevisível confusão das consequências, teriam a brutalidade irreversível e abominável dos eventos e factos naturais. Com a apriorística efectividade das suas formas, o Direito enquadra e ordena esse mundo tumultuoso, conflituoso e trágico onde se projectam e amontoam os resultados das acções humanas.

2. *O Direito perante a Razão e o Real*

Também ao Direito, como a todo o formalismo, pede a razão garantias de realidade. Foi ao pensar o Direito que Hegel determinou que *só o racional é real* e que *todo o real é racional*.

É certo que, aos olhos dos juristas, a efectividade substitui a realidade e vale como real. Mas também é certo que, do real, a efectividade apenas possui a forma, e a forma do real é a inexorável necessidade com que a «coisa» se apresenta, se patenteia e se impõe, uma espécie de existência dada e imediata, um indiscutível e indubitável *estar*. Este inexorável *estar* foi o que terá sugerido a Maquiavel a designação de *estado* para substituir, com maior rigor jurídico e maior adequação ao «espírito do tempo», as designações clássicas de *polis* e de *civitas*. Na verdade, a efectividade é um *estar* com o *poder de estar*, e sua forma confunde-se com a forma que tem a existência do estado. A velha questão de saber se é o Direito que cria o estado ou o

Estado que cria o Direito, não tem, pois, sentido. Como não tem sentido a questão, mais recente, sobre o carácter contratual ou institucional do Estado. O Estado é a efectividade do Direito.

Ora um formalismo que se fecha num sistema tão perfeito que do que é potencial só recebe a forma dele (ou virtualidade), como também só recebe a forma (efectividade) do que é real, um tal sistema não oferece garantias de realidade. Como pode, então, o Direito satisfazer as exigências da razão?

A questão tem sido mais importante para os filósofos do que para os juristas. Mergulhados na perfeição do sistema, limitam-se estes a pensar que só o Direito pode raciocinar o Direito, que o Direito é um todo que a si mesmo se basta, que a expressão do Direito é que é o objecto do Direito. E quando situados perante a exigência de realidade, refugiam-se no carácter efectivo ou estadual do direito e substituem a razão pelo raciocínio. Fazem da razão um instrumento, um uso e inevitavelmente um abuso, reduzem-na a razão raciocinante. Assim recorrem mais uma vez ao processo habitual, à arma sempre pronta do sistema: tomar, do que é, apenas a forma.

Do que é, ou da razão, limitam-se a esperar que algum dia, pela mão dos filósofos, ela assegure a realidade do Direito.

3. *Arte Retórica e Raciocínio Jurídico*

O que os juristas passivamente esperam da Filosofia, é o que os filósofos, de um modo talvez ingénuo, têm procurado dar-lhes. Nunca, porém, deixam de deparar com a resistência do Direito em transitar da efectividade para o real e da razão raciocinante para a razão. A todas as sistematizações filosóficas do Direito acaba por se adequar a crítica de Hegel à de Rousseau: que concebem as formas apenas como particulares e gerais e não como o racional em si e para si, com todas as consequências puramente intelectivas (da razão raciocinante) destruidoras daquele divino que, por sua absoluta majestade, existe em si e para si (Filosofia do Direito, § 258).

Com o génio singular de pensar o que é dado tal como é dado, Aristóteles aceitou o formalismo do Direito tal como se apresenta: sem garantia de realidade e sem fundamento racional. Racionalista e realista por excelência, não incluiu o Direito nem na ordem necessária e universal do real nem na ordem lógica e dialéctica da razão, e considerou-o dentro dos limites do seu formalismo: por um lado, domínio da efectividade e da acção, portanto do que é geral e contingente: «Nenhuma acção é, por assim dizer, produto da necessidade. A acção acontece no geral e possui um carácter contingente...» (Retórica, Liv. I, Cap. 2, § 14); por outro lado, porque fica à margem da razão, pertence, não à lógica, mas à Retórica e articula-se, não por silogismos, mas por entimemas.

O entimema está para o silogismo como a razão raciocinante está para a razão e como a Retórica — que «parte do que se pôs em deliberação» (Ret. I, 2, § 11) — está para a Dialéctica — que «parte do que é estabelecido pela razão» (Ret., I, 2, § LL). Possui a forma do silogismo, com premissas e conclusões; mas enquanto as premissas do silogismo são de carácter necessário, as do entimema são de carácter contingente (Ret., I, 2, § 14), pois só se delibera sobre actos e os actos têm esse carácter.

A contingência exprime-se nas premissas do entimema por meio da *verosimilhança* (Ret., I, 2, § 15), e o que é verosímil está para isso de que é verosímil (a verdade ou o verdadeiro) como o particular está para o universal.

Finalmente, o entimema não conclui, ao contrário do silogismo, proposições necessárias, mas proposições *válidas para a maior parte dos casos* (Ret., II, 22, § 3). O entimema constitui assim o processo da argumentação, enquanto o silogismo constitui o processo da dedução.

Do «racional em si e para si..., divino que, por sua absoluta majestade, existe em si e para si», como dizia Hegel, ou da Lógica e da Dialéctica, exclui pois Arispóteles o Direito, para o delimitar na Retórica, arte da persuasão, «faculdade de teoricamente ver em cada caso o que nele há que seja apto a criar a persuasão» (Ret., I, 2, § 1).

4. *Três Notas*

a) *Sobre o étimo da razão*

O étimo latino de razão está no verbo *reor*, que significa *persuadir-se*. *Persuadir-se* e não *persuadir*, *persuadir-se a si próprio* e não *persuadir outrem*.

Ora *persuadir-se a si próprio* tem uma realidade, aliás imediata, que a *persuasão de outrem* não possui, pois perante nós próprios não podemos deixar de dizer aquilo que somos, nada pode deixar de ser aquilo que é.

b) *Sobre uma Tautologia*

Os termos em que Hegel critica Rousseau, equivalem a dizer que Rousseau teorizou, ou argumentou, o Direito por meio de entimemas. Se o entimema é a forma da argumentação jurídica, a crítica de Hegel, fundamentada como está, constitui de algum modo uma tautologia. Com efeito, Rousseau substitui a razão pelo raciocínio, em vez de deduzir argumenta, não emprega o silogismo mas o entimema. A crítica de Hegel denuncia tais substituições que, todas elas, se resumem a pensar o Direito fora da razão ou do «racional em si e para si». A questão é também a de saber se da mesma crítica não são passíveis todas as tentativas de sistematização filosófica do Direito.

c) *Sobre o exemplo*

O entimema não constitui o único modo da argumentação jurídica. O outro modo é aquele a que Aristóteles chama o *exemplo* e que consiste em determinar a repetição dos actos ou analogia dos casos e instituir a forma jurídica de cada um pelo *exemplo* que ele repete ou é seu análogo. Quanto maior for o número de exemplos, maior é o poder de persuasão que corresponde, no caso, à instituição da forma jurídica a fazer valer e efectivar. Esta retórica do exemplo mantém, hoje, o seu empirismo no Direito inglês. Radbruch chamou-lhe «o espírito do Direito inglês».

É possível estabelecer um certo paralelismo entre a argumentação pelo exemplo e a indução que busca o geral, e dizer que o *exemplo* está para a *indução* como o *silogismo* para a *dedução*. Este paralelismo é justificável, mas tendo em conta, em primeiro lugar, que o exemplo se reserva sempre uma certa autonomia perante a generalização que nele se fundamenta, e na generalização se não deixa absorver tão inteiramente como os factos ou os fenómenos se deixam absorver nas leis e fórmulas científicas. Tal autonomia explica-se por ser o exemplo a expressão de actos humanos, dotados portanto de liberdade, enquanto a generalização científica se estabelece sobre factos naturais. Em segundo lugar, é preciso não esquecer como a indução, arvorada pela ciência moderna em método de conhecimento, era apreciada por Aristóteles: «a indução é a passagem do particular ao geral... É o meio mais apto e mais claro para persuadir, o mais acessível aos sentidos, o que está ao alcance dos homens menos instruídos» (Tópicos, Cap. X, 105).

II

O CRIME

Resumindo, o que expusemos foi:

- a) que o Direito não oferece garantia de realidade e constitui um perfeito formalismo;
- b) que, carecente de realidade, o Direito fica fora da razão, do «racional em si e para si», mas recorre, para substituir o processo da razão, ao raciocínio e à argumentação, à Retórica do entimema e do exemplo;
- c) que, como não acontece com nenhum outro formalismo, o Direito consegue substituir a realidade de que carece pela efectividade que tem o poder de atribuir às suas formas e assim se preserva das consequências da pura abstracção.

Estes serão, pois, os pontos essenciais do sistema do Direito. Se o Direito constituísse um puro formalismo — como certas obras de arte podem constituir — a carência de realidade imediatamente o segregaria da totalidade do real. Mas pela efectividade, pelo poder que tem de se atribuir efectividade, o sistema insere-se no real, impõe-se ao real.

Só carecente de realidade, o Direito seria apenas uma ficção. Só carecente de razão, o Direito seria apenas um absurdo. Mas dotado de efectividade, que coisa é o Direito? Uma monstruosa e absurda ficção? Um monstruoso e fictício absurdo?

Este modo de interrogar é logo suspeito de requerer a negação do Direito. Mas nada se deve suspeitar da autêntica interrogação. Esta, por duas vias é feita: a do crime e a da Filosofia. Mais uma vez — diríamos literariamente — a Filosofia corre o risco de se confundir com o que é condenável e proibido.

1. *O significado do crime*

Claro que o crime é, em si mesmo, a negação do Direito. Mas não é isso o que perturba o jurista. O que, em primeiro lugar, o perturba é ser forçado a compreender o crime dentro do sistema do Direito e a reconhecer-lhe uma forma jurídica, que é a pena. Em segundo lugar, perturba-o que esse reconhecimento não se possa limitar à efectividade do crime mas tenha de abranger — única situação em que o Direito se vê arriscado a transpor a feroz fronteira da sua positividade — a acção de que resultou o efeito e o motivo que deu origem à acção, tenha de considerar a «totalidade do crime» e não possa ignorar, para lá da sua manifestação, o que a manifestação contém e até o significado que nela representa, sejam o mal e a maldade, sejam o erro e a ignorância, ou o bem, a liberdade e a mesma justiça. Assim, em todo o crime se efectivam, embora de um modo parcial e efémero, as questões que a Filosofia levanta em termos especulativos e que o Direito

se pode dispensar de ter em conta. Quando os filósofos, desde Platão e Aristóteles, recusam validade às formas jurídicas injustas, ou quando os escolásticos justificam acções anti-jurídicas como o tiranicídio, o sistema do Direito mantém-se incólume e impassível na sua efectividade, o que não acontece com o mais mínimo dos crimes.

2. *O conteúdo do crime*

Não há crime, por mais mínimo, que não vise, que não negue a totalidade do Direito. Há um exemplo clássico: o incendiário limita-se a acender um fósforo mas o que tem em vista é incendiar a floresta inteira. E há a «Antígona»: «Ameaças todas as leis da cidade», grita-lhe Creonte quando ela apenas queria lançar um punhado de terra sobre o cadáver do irmão.

Nenhuma acção tem amplitude bastante para abranger a floresta inteira, todo o Direito. Mas o sujeito da acção só a executa atribuindo-lhe essa amplitude, olhando o Direito na sua totalidade e negando-o de uma vez. O que deste modo é negado, supõe, por sua vez, em quem nega, a presença de uma totalidade, seja ela uma virtualidade indefinida, seja uma virtualidade infinita ou universal, susceptível de vários modos e conteúdos materiais: a vida, a subjectividade infinita, a liberdade, a ampliação ilimitada do eu ou do sentimento, a singularidade irreductível do ser e, finalmente, o pensamento. Nenhum destes conteúdos é, em sua infinitude, susceptível de formalização jurídica e todos eles patenteiam, quando existentes e manifestos, uma imediata realidade que o Direito não possui. Ao manifestarem-se, logo se encontram em opposição e em conflito como o formalismo jurídico, e a negação do Direito — ou o crime — torna-se inevitável.

Apresentado em termos artísticos admiráveis, o arquétipo da Antígona obsidia, desde Aristóteles a Hegel, os filósofos do Direito.

3. *A pena e a má consciência dos juristas*

A pena é a forma jurídica do crime. Supõe ela o seguinte desenvolvimento no sistema do Direito:

- a) O sujeito conhece-se como representativo de uma universalidade ou senhor de um real conteúdo que não possui forma jurídica. Ao afirmar-se no que se conhece, entra em conflito com o Direito;
- b) O sujeito conhece-se, portanto, como estranho à existência do Direito e o Direito aparece-lhe como uma totalidade;
- c) Para consistir na universalidade que representa, nega a totalidade do Direito. A negação do Direito apresenta-se como o fim causal e potencial de uma acção particular e limitada que, no domínio da efectividade, o não pode alcançar;
- d) A sentença, julgamento ou juízo é a confirmação, por parte do Direito, de que aquele que o negou está dele separado ou julgado, pois julgar é separar;
- e) O juízo contém a pena que constitui a reintegração do Direito na sua totalidade (negada e cindida pelo crime) mediante a reintegração do criminoso no Direito.

Se todos os crimes, por mais diversos, igualmente contêm a negação da totalidade do Direito, se a pena é determinada pela amplitude do crime, só há uma pena: a que corresponde à negação da «totalidade do crime» com seu irrealizável fim de destruir o Direito. Mas tanto não pode ou não ousa a majestática efectividade do perfeito formalismo do Direito. Por aí abre brecha o sistema, e não há sonoras palavras filantrópicas e teológicas, nem prudentes considerações de medida, sensatez e conveniência, que adormeçam a desconfiança do jurista, neste ponto, despertada. O interesse dos juristas pela Filosofia, perdura quase sempre entre os penalistas.

III

COMPREENSÃO FILOSÓFICA DO DIREITO

1. *A Filosofia interroga o Direito*

Também a Filosofia considera o Direito como uma totalidade. Não apenas a totalidade composta pelo formalismo das leis e instituições, com seus processos, raciocínios e argumentos; não apenas reconhecendo-lhe a virtualidade de suas formas ganharem ou perderem efectividade; mas, sobretudo, atribuindo-lhe e exigindo-lhe o poder de se pensar a si próprio. Dir-se-á, ironizando, que este poder é a mesma Filosofia.

Possui, tal ironia, uma remota e trágica origem na morte de Sócrates. Acusado em termos que ainda hoje, nestes mesmos dias que estamos vivendo 2.500 anos mais tarde, há juristas que repetem *ipsis verbis*, Sócrates foi julgado. Conforme consta da sua «Apologia», demonstrou ele que a acusação era injusta, isto é, que a Filosofia por ele representada e pela qual era acusado, pertence ao domínio da razão e do real, que não é o do Direito. Estava, no entanto, sendo julgado, e julgar significa, como vimos, a afirmação de ter havido uma cisão na totalidade do Direito. A pena, que ao juízo se seguiu, reintegrou o Direito na sua totalidade e significou, portanto, o reconhecimento da Filosofia, isto é, reconhecimento de que o Direito deve pensar o Direito. Conforme consta do «Crítone», Sócrates recusou a oferta da fuga assegurada. A sua condenação e morte representam o sacrifício à efectividade do Direito e significam que, assim como o filósofo sacrifica à efectividade do Direito, assim o Direito deve sacrificar à racionalidade da Filosofia.

Como o criminoso, também a Filosofia se vê estranha à existência do Direito, ambos por razões cuja diferença está só em o criminoso *representar* o universal enquanto a Filosofia é o universal. Também portanto à Filosofia, o Direito, assim alheio e distanciado, aparece como uma totalidade. Mas ao contrário do criminoso, do qual não possui nem a individualidade representativa nem a particularidade actuante e vivente, a Filosofia

não se vê forçada a negar o Direito mesmo quando, consoante o exemplo de Sócrates tantas vezes repetido, perante ele é situada em oposição e conflito. A Filosofia antes tenta, na fase preliminar da razão, compreender. Compreender consiste em procurar o conceito. Supõe uma presença estranha que é preciso começar por interrogar. Porquê? Porquê o Direito?

2. *Condição dramática do homem*

O Direito só está onde estiver o homem e a sua humanidade.

Ser que simultâneamente participa da natureza e do espírito, acontece que o homem não tem poder para consistir na sua humanidade. Mas também a não pode abandonar, pois simultâneamente lhe estão vedadas tanto a pura inocência dos seres naturais como a pura nocência do espírito.

Aqui tem origem uma concepção misantrópica cuja adopção o Direito supõe e que se divide entre os que vêem o homem como prisioneiro do mal e os que vêem o homem como prisioneiro do erro. Os primeiros acentuam a radicação do homem na natureza, tal como é concebida pelo Cristianismo, e atingem o extremo pessimismo na doutrina de Hobbes e na positividade socialista contemporânea. Os segundos recorrem a Platão, Aristóteles e Hegel que enaltecem a ligação do homem ao espírito, promovem a libertação do erro pela razão, projectam a razão na Ética como via da felicidade, e a misantropia que aí vão buscar deduzem-na do reconhecimento da desigualdade entre os homens, pois nem todos têm igual acesso à razão, raros podem libertar-se do erro.

Destinar-se-á, então, o Direito a ajudar o homem a persistir na sua humanidade. Defendendo-o, num primeiro momento, contra a natureza e, num segundo momento, contra o espírito.

a) *Defender o homem contra a natureza*

Por uma parte do seu ser é o homem prisioneiro da natureza, desordenado domínio do contingente e do necessário, do corpo e da dor, das exigências permanentes de nutrição, gera-

ção e corrupção. O homem luta por se libertar da natureza ou por se defender de uma existência em que a cegueira da contingência alterna com a tirania da necessidade. O Direito será o resultado dessa luta. Faz condição da sua existência que o homem consista na sua humanidade pois exige que das acções, com seus efeitos só o homem seja responsável. O formalismo jurídico vai portanto afirmar: que o autor dos actos é o homem; que o homem possui uma singularidade definida da qual dependem os actos que realiza; que todo o acto resulta de uma livre deliberação; que todo o acto se situa numa pura objectividade; que todo o acto se objectiva numa instituição como toda a singularidade definida se exprime na forma da pessoa. Todas estas afirmações se opõem à natureza: a autoria e a singularidade definida opõem-se à contingência; a deliberação opõe-se à necessidade; a objectividade e a institucionalização opõem-se simultâneamente à necessidade e à contingência; finalmente a forma jurídica da pessoa opõe-se à natureza em seu caótico conjunto.

b) *Defender o homem contra o espírito*

Num segundo momento, o Direito defende o homem contra o espírito. As afirmações do primeiro momento — autoria e deliberação, objectividade e instituição, singularidade definida e pessoa — não podem manter-se nem ter origem só em virtude de uma deliberada opposição à natureza. Têm de recorrer àquilo que no ser do homem também há de contrário ou oposto à natureza: seja o pensamento, seja, com mais rigor, o espírito. Com efeito, não há autoria e deliberação que não suponham, mais ou menos remota, a liberdade; não há singularidade definida e pessoa que não suponham a subjectividade que pode ser infinita; e as mesmas objectividade e instituição — que já pertencem à positividade do Direito — supõem a objectivação, isto é, o movimento da subjectividade para se afirmar e exprimir.

É pois no outro da natureza, o espírito, que o Direito se apoia para defender o homem contra a natureza. E se assim

defendido, o homem pode persistir na sua humanidade, corre no entanto o risco de saltar da fera para o anjo: pois assim como não é um ser natural, também não é um ser angélico. Aqui terá sempre o seu corpo que o prende e, com o corpo, a nutrição e o sexo, a geração e a corrupção, o prazer e a dor. Na natureza vê o abismo da aniquilação, mas o espírito não lhe oferece visões menos terríveis. A liberdade, por exemplo. A sempre, apenas entrevista, liberdade, ou é inteira, ou não é liberdade. Mas alcançá-la implica trazer a si aquela interferência de que são feitas as tragédias. E o homem não tem poder para enfrentar a tragédia.

O Direito que defendeu o homem contra a cegueira e a tirania da natureza contingente e necessária, vai defendê-lo também contra a absoluteidade do espírito. Mas aqui, as armas a que deita mão são o silêncio e a taciturnidade, aquela mesma taciturnidade com que resiste, fechando-se no sistema do seu formalismo, às exigências de realidade e de razão, receoso de que elas se destinem a abrir suas portas ao sopro devastador do adverso espírito.

A noção de espírito é sumamente filosófica, e muito rara e difícil é a evidência de como o espírito é real. Uma via para a alcançar, é a da religião e da crença. Acreditar, é atribuir realidade. Crer em Deus, por exemplo, significa atribuir realidade a Deus. O crente que conhece o que de real atribui à divindade, menos dificilmente transita para a realidade do espírito.

Há, todavia, múltiplas vias de acesso ao espírito. Por exemplo: todo o homem que se encontra, e sabe estar-se encontrando, com a fonte da vida, naquele lugar ou momento em que a vida é só desejo, sabe ser portador de uma força que é o próprio poder destruidor e criador do espírito. Esta experiência pessoal, torna vivida a verdade daquele grito libertador de Santo Agostinho: «Ama e faz o que quiseres!» É um grito que vem do íntimo do espírito. «Ama e faz o que quiseres!» Poderá encontrar-se mais radical, universal e decisiva negação do Direito? Como há-de, pois, o Direito não suspeitar do espírito?

IV

O DIREITO EM QUESTÃO

1. *O Direito frente à Filosofia*

Por muitos motivos é pois a filosofia suspeita aos juristas. O sistema do Direito está no entanto sujeito a crises que provêm, não de íntimas exigências de alteração e transformação, mas do efectivo poder que, em certas épocas, adquire a negação do Direito. É nesses períodos que o Direito se torna acessível à Filosofia, de tal modo que se identificam eles com as épocas em que mais cultivada é a Filosofia do Direito: com a de Platão e Aristóteles, no declínio da civilização grega; com a dos estóicos, no declínio da civilização romana; com a dos escolásticos, durante o turbulento e informe medievalismo; com a de Hobbes, Kant, Rousseau e Hegel, no início da sociedade burguesa. Mas logo que se vêem re-instalados na plenitude do sistema, confiantes na sua perfeição e seguros da sua efectividade, logo os juristas expulsam a Filosofia, chegam a desdenhá-la como inútil e perturbante e a condená-la como perversa e corruptora.

Devemos pois interrogar-nos: qual a situação em que se encontra hoje o sistema do Direito? As alterações que se estão a dar na sociedade e na convivência dos homens, estão já prestes a assumir, se não assumiram já, a forma efectiva de uma negação do Direito? Ou permanece o Direito confiante e seguro da perfeição do sistema?

2. *As Três Questões*

O que determina a situação — ou confiante ou crítica — do sistema, é aquilo que o Direito não tem modo de reconhecer e integrar no seu formalismo. Seja, em primeiro lugar, o que está no outro lado da efectividade e que o Direito se recusa a atender ou, sequer, a conhecer; a remota origem, deduzida

motivação e actual significado das acções humanas. Seja em segundo lugar, a mesma natureza do homem, na outra face da caridosa misantropia e da atribuída impotência para enfrentar a tragédia. Seja enfim, o predomínio dos princípios que a tudo igualmente abrangem, Direito e sociedade, homem e acção, pensamento e vida.

Temos assim três planos onde investigar se acaso se está hoje assumindo no mundo a negação do sistema do Direito. Podemos considerá-los sucessivamente:

a) *1.ª Questão: Sobre o conteúdo das formas*

A propriedade é a forma jurídica da liberdade. Só serei livre se o que é meu me pertencer, me for reconhecido como meu. A liberdade reside portanto no conteúdo da propriedade.

O conteúdo da propriedade varia: são os bens e riquezas na sociedade moderna, a honra na sociedade medieval, a razão na civilização antiga. O Direito não altera o formalismo da propriedade em função do conteúdo que os homens lhe atribuem, mantendo-o o mesmo quer o conteúdo sejam os bens, seja a honra, seja a razão. Os homens é que passam a considerar estranho, absurdo e até ridículo que nalgum tempo ou país, outros homens tenham dado ou dêem outro conteúdo — seja, no exemplo, a razão e a honra — a esta mesma forma que eles aqui e hoje também têm da propriedade dos bens. As tragédias espanholas do «Siglo de Oro», com seus sanguinolentos conflitos de honra, são hoje recebidas às gargalhadas; as comédias gregas de personagens alheadas da razão, são de uma comicidade hoje inapreensível; e um típico dramaturgo burguês escreve um livro para mostrar que Júlio César nada teria feito, se não estivesse acossado de dívidas.

Todavia, há já patentes sinais e fundos motivos para nos interrogarmos se ainda é o conteúdo da sociedade moderna o que os homens põem na forma jurídica da propriedade. Já é, por exemplo, evidente que os bens, coisa pessoal e privada, estão deixando de existir de um modo universal, tanto no desejo de os ter como no acto de os possuir. Todavia, a forma da

propriedade ainda nos aparece inseparável desse conteúdo. Há, pois, uma incompatibilidade. Não poderá, esta incompatibilidade, promover a negação do sistema?

b) *2.ª Questão: Sobre a misantropia do Direito*

Muitas alterações tem sofrido aquilo que o homem pensa do homem, desde o ser de razão que ele foi para os antigos até ao ser de vontade que ainda é para os cristãos. Seguindo a dupla determinação que Aristóteles lhe deu, o homem imagina-se hoje muito mais como ser político do que como ser racional. De tal modo que é remotíssima e quase esquecida a imagem do ser que pensa. A este, quando prosseguisse na via do pensamento, puderam os sábios, desde Pitágoras até aos estóicos, assegurar a felicidade.

Ao homem também o pensamento trazia a liberdade, pois é a razão que a dá. Platão é bem claro: há os poucos que se guiam pela razão, e são livres, e há os muitos sem natureza ou forças de a alcançar e, guiados por aqueles, têm de ser escravos.

O Direito, com sua misantropia, tomou do homem esta imagem depauperada, que ele mesmo lhe ofereceu, de um ser que não alcança a razão, vive através de volições quase sempre insatisfeitas e, sem poder para enfrentar a tragédia, o que só procura é que o defendam contra a cegueira da natureza e contra a tirania do espírito.

A questão, agora, é esta: não poderá, tal imagem de um homem fechado, resguardado e uniformizado na sua debilidade, que previamente abdicou da liberdade que a razão traz, insusceptível já de se individualizar e incapaz portanto de constituir matéria para a pessoa, não poderá tal imagem hoje real tornar inadequado todo o sistema do Direito?

c) *3.ª Questão: Sobre os princípios*

É princípio, o que, não sendo entitativo, de nada depende. São princípios a verdade, a liberdade e a justiça.

Os homens, suas sociedades e civilizações, agem dentro das formas que estabelecem segundo os princípios que veneram. É evidente que nenhum dos princípios contradiz nenhum dos outros princípios, antes os três entre si se solicitam, pois não há dúvida que onde o amor da verdade alcança a verdade, aí são também reais a liberdade e a justiça. Onde, portanto, um dos princípios prevalece sobre os outros, não só estes logo se vêem banidos, como ele mesmo se encontra degradado.

A atitude dos homens, suas sociedades e civilizações, perante os princípios, condiciona todo o Direito. Na sociedade moderna, a liberdade prevaleceu sobre a verdade e a justiça, de tal modo que Hegel atribuiu ao Direito o fim de «realizar a liberdade». O desenvolvimento deste predomínio revelou, até à exaustão, que a verdade e a justiça ficaram desprezadas e que a mesma liberdade se degradou numa palavra vã, já hoje utilizada como um vil instrumento.

Desgraçadamente, temos de reconhecer que o amor da verdade ainda é hoje «a coisa menos repartida entre os homens». Mas a vil degradação da liberdade foi posta a nu por uma exigência de justiça, também entendida isoladamente, também portanto degradada em distribuição igualitária da propriedade (com o significado burguês de posse) das riquezas que há no mundo.

A questão é, pois, esta: desiludidos da liberdade, indiferentes à verdade, sequiosos de uma justiça cujo isolado, e portanto degradado, predomínio desejam, não estão os homens a tirar todo o sentido ao sistema do Direito?