

Libertar o Direito. Do Problema Metodológico-Jurídico no Nosso Tempo

PAULO FERREIRA DA CUNHA *

Sumário:

Não há apenas uma sagrada e intocável metodologia jurídica. Há várias. No nosso tempo, têm florido mil flores de pluralismo jurídico. Mas é óbvio que claramente se enfrentam as metodologias isolacionistas, conformistas, dogmáticas, positivistas e normativistas com as interdisciplinares, críticas, problemáticas ou tópicas, pluralistas ou junaturalistas *lato sensu* e prudenciais ou judicialistas. O presente artigo considera que os tempos presentes são um momento kairológico de afirmação do último grupo de perspectivas, a caminho de um Direito Humanista e Fraterno. E que portanto as demais, além de ao menos potencialmente injustas e por isso “erradas”, se encontram historicamente ultrapassadas.

Palavras-Chave: metodologia do direito, filosofia do direito, positivismo, dogmatismo, normativismo, isolacionismo, tópica, judicialismo, interdisciplinaridade, pluralismo, junaturalismo.

Abstract:

We shouldn't think that there is only a sacred and untouchable legal methodology. There are numerous. In our time, thousand flowers of legal pluralism has flowered. But it is obvious that different ideas are fighting: on one side, isolationist, conformist, dogmatic, positivist and normative methodologies; and on another side interdisciplinary, critical, problematic or topical, pluralistic or junaturalistic *lato sensu*, and prudential or judicialist ways. This paper considers that the present time is a

JURISMAT, Portimão, n.º 5, 2014, pp. 143-155.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.
E-mail: lusofilias@gmail.com

kairological moment of affirmation for the last group of ideas, converging towards a future Humanist and Fraternal Law. And also thinks that therefore the other group represents, at least potentially, the unfair and so the “wrong” answer, and it is historically outmoded.

Key words: Methodology of law, philosophy of law, positivism, dogma, normativism, isolationism, topic, judicialism, interdisciplinarity, pluralism, natural law.

Não imiteis, adolescentes, estes homens ociosos, inúteis e áridos, que, se na verdade são jurisperitos, não são certamente jurisprudentes e jurisconsultos. De facto, que coisa mais feia que um Doutor de Direito que ignorar o uso e praxe das leis cuja ciência professa? [...] Realmente míseros os jurisconsultos que se não podem defender a si e aos outros.

Mello Freire¹

1.º que não ha plano algum doutrinal de Direito Publico ecclesiastico, ou civil, que se não possa criticar com razões sólidas, ou especiosas, o que é fácil, pois para isso basta abrir um, ou outro livro, em que venha outro differente, e arguil-o e notal-o por elle: 2.º que cada auctor tem, e teve sempre a liberdade de formar o seu plano como entender, sem se embaraçar com o dos outros: 3.º que o methodo. além das leis geraes proprias do genero de escriptura, poucas mais recebe: 4.º que o Rei não está obrigado a seguil-as, e basta que na sua legislação entre alguma tal ou qual ordem: 5.º que não ha Codigo no mundo ordenado segundo as leis dos methodistas: 6.º que as faltas methodicas em materia politica, não sendo notaveis, são vistas pelos homens publicos e negociosos com a mesma indifferença, com que vêm os defeitos grammaticaes, e outros semelhantes, arguidos ás grandes obras: 7.º que já acabou o gosto dos allemães sobre a exactidão de planos e prolixidade de divisões e subdivisões: 8.º e ultimamente, que elle não é optimista do tempo, que nunca se defendeo com esta seita, que reputa por uma verdadeira hypocrisia literaria: 9.º que é de outra eschola, e que se contenta, que a cosa seja boa, decente e capaz de apparecer, e, sobre tudo, que satisfaça ao fim.

Melo Freire²

¹ Paschoal José de Mello FREIRE — *História do Direito Civil Português*, trad. do latim do Dr. Miguel Pinto de Meneses, in “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 173, Lisboa, Fev. 1968, p. 53.

² Idem, *Resposta á segunda censura*, Lisboa, pp. 106-107.

I. Encruzilhada Doutrinal

O tempo presente é, talvez mais até que qualquer outro, de encruzilhada entre metodologias, e, por detrás delas, conflito de cosmovisões filosóficas e ideológicas. Os juristas do futuro aspiram a um novo Direito em novas sociedades, mais abertas, mais livres, mais justas, mais solidárias; os juristas do passado conformam-se com tudo o que vai estando (e eventualmente aplaudindo até o que vai recuando, e não tem sido pouco); no máximo, admitirão alguma caridade e um punhado de mezinhas caseiras de "justiça" particular.

Assim descreve o eminente e emérito constitucionalista Paulo Bonavides os juristas do Estado Social:

(...) são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o princípio libertário na alma; querem a Constituição viva, a Constituição aberta, a Constituição real.³

Em contrapartida, e do mesmo modo que há políticos a tentar dismantelar o Estado Social⁴ (embora ele seja objeto de um vastíssimo consenso social, seja ao mesmo tempo constituição formal, material e real na perspetiva das aspirações constitucionais⁵), existem juristas a remar contra a maré da evolução (dir-se-ia "natural", mas talvez não o seja) do Direito.

Para eles, o Direito é uma técnica apenas, embora por vezes se adornem com loas e parangonas à sua cientificidade. Mas não se tratando de um saber crítico, é, na verdade, apenas técnico, e como aspira (e em muitos casos detém) poder, uma tecnocracia se produz. O Direito seria uma grande tabela taxonómica de definições e uma máquina de uma velha lógica de rodas dentadas, com mecanismos silogísticos muito simples, e não raro com inversão dos mesmos. Muito teriam a ganhar esses juristas olhando-se ao espelho. Talvez o Direito seja, para eles, afinal um imenso catálogo, uma lista interminável⁶ de conceitos, requisitos...

Em sociedades hipercomplexificadas como a nossas, o Direito, que deveria ser malha larga de liberdade e malha apertada de proteção (mas proteção livre), sob o

³ BONAVIDES, Paulo — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7.^a ed., 2.^a tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 19.

⁴ Cf., v.g., ARNAUT, António — *O Étimo Perdido. O SNS, o Estado Social e Outras Intervenções*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

⁵ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Constituição & Política*, Lisboa, Quid Juris, 2012.

⁶ Cf. Umberto ECO — *La Vertigine della Lista*, Bompiani, 2009, trad. port. de Virgílio Tenreiro Viseu, *A Vertigem das Listas*, Lisboa, Difel, 2009.

impacto do dogmatismo, do legalismo, do autoritarismo, etc., acaba por pouco proteger e por infernizar a vida do pacato e cumpridor cidadão, que é antes de mais funcionalizado (ainda que não seja funcionário, e se o for mais ainda), contribuinte (forçado, como é óbvio), e cada vez mais súbdito e vassalo. Ou seja, deixa de ser cidadão. O Direito deixa de ser uma realidade a que se recorre *in extremis* e em caso de *mala fortuna*, patológica, para erguer mil barreiras, peias, corveias (num feudalismo reinventado) à vida quotidiana. E não bastaria ao comum paisano ser jurista. Mesmo os juristas, se não tiverem um conhecimento muito agudo e atualizado de todas as legislações, regulamentações e decisões de todas as áreas com que acaba por confinar a sua vida, não conseguirão saber em que lei se vive. Ora esta burocratização total da vida, esta confusão do Direito com uma rede apertadíssima de interditos e obrigações, faz às pessoas não só aborrecerem o Direito, como temerem-no. E tem consequências metodológicas no campo jurídico verdadeiramente terríveis. Quando outrora grandes professores universitários estigmatizavam e até justamente ironizavam com o "direito minúsculo" dos burocratas, chega-se hoje à conclusão triste de que o diabo está nos pormenores, e são os burocratas que nos perdem... Ou nos poderão salvar, circunstancialmente. O que é sempre muito mau.⁷

Metaforicamente (e quiçá não só) se poderá afirmar também que – por exemplo – haverá ainda juristas que ainda julgam serem os contratos apenas privados. Ou que talvez no limite admitam, além desses, os de adesão, que tantas vezes pouco têm da autonomia da vontade, contudo tão sagrado dogma liberal... Isto quando, para por exemplo citar apenas Francisco Puy (insuspeito, desde logo porque filósofo do Direito), só o direito administrativo já é *mais de meio direito*... E mais que tudo ignorando a centralidade e preponderância (primazia ou primado, vinculatividade geral, etc.) do direito constitucional, que contém as *têtes de chapitre* de todos os ramos do direito. E possui a centralidade, prevalência, primado, ou *hegemonia vinculante*, expressão fortíssima do mesmo Paulo Bonavides, como veremos.

Este mesmo jurista contrapõe aos juristas do Estado Social os do neoliberalismo sem freio, ainda que aqui possam confluir outros, autoritários ou totalitários, de qualquer modo desafetos ao Estado Constitucional, que em si contém o Estado Social:

Às avessas, pois, os juristas do Estado liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e portanto à legitimidade do ordenamento, do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos.⁸

O direito, para eles, teria que ser puro, forense, prático, ou depurado e sistemático (leia-se: dogmático, abstrato e decisionista, no fundo).

⁷ Cf. FERREIRA DA CUNHA, Paulo — *Poder, Força e Burocracia*, em preparação.

⁸ Paulo BONAVIDES — *Op. loc. cit.*

Em 1894, segundo conta Michel Villey, o reitor da Universidade de Paris, Liard, explanava a concepção fria e “geométrica” *hoc sensu* em que se refugiam tanto os que lavam as mãos do sangue dos justos (como Pilatos⁹), como os que, sabendo o que está por detrás e ao que serve o legalismo, nas nossas sociedades, mistificam o Direito invocando a sacralidade do rigor, ciência, técnica, “dogmática” (pomposamente), e atacando como impuros e – oh anátema! – até “políticos” os demais:

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

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

A principal condição social necessária ao florescimento do formalismo jurídico em uma sociedade é que os grupos de poder dessa sociedade tenham grande interesse em disfarçar e abolir a inevitável função política e distributiva do direito.¹⁰

Um jurista *agelasta* (petrificado, sisudo, dogmático, congelado, embalsamado¹¹) pensará que tem que cumprir ordens e aplicar o que as ordens escritas dizem, e fazer com que os outros cumpram ordens. Em relação à contextualização económica, este jurista, que não quer nada com interdisciplinaridade, fechará os olhos e fará o que lhe disserem os economistas e financeiros no poder. Acreditará piamente no dogma ultraliberal "there is no alternative" (TINA).

Mas, ao contrário deste jurista, haveria que ler os Economistas que fazem a diferença. A começar pelos “Prémios Nobel” Gunnar Myrdal, Joseph Stiglitz e Daniel Kahneman, e os que anunciam ou desenvolvem já uma Economia nova, não como castigo e até praga (prisão de onde não se sairia: *nunca haveria alternativa*), mas, pelo contrário, uma Economia *da Felicidade*, solidária, naturalmente, do direito

⁹ Mt. XXVII, 24

¹⁰ J. Morton HORWITZ — *The Transformation of American Law*, reed., 1992, p. 266, *apud* POSNER, Richard A. — *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, trad. port. de Evandro Ferreira e Silva, *Para Além do Direito*, São Paulo, wmf Martins Fontes, 2009.

¹¹ RABELAIS — *La Vie de Gargantua et de Pantagruel*, V, 25; RORTY, Richard — *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, citando logo de início Milán Kundera, *A Arte do Romance*, que remete para Rabelais.

constitucional global à Felicidade, um dos elementos fundantes de um novo paradigma jurídico, o Direito Humanista e Fraterno.

Nomes como os de Richard Easterlin, Tibor Scitovsky, Yew-Kwang Ng, Richard Layard, Andrew Osswald, Bruno Frey, Robert Frank, Alois Stutzer e o português Gabriel Leite Mota, são para muitos e muitos desconhecidos e por isso nem sequer ilustres. O que é uma pena e uma perda. Com eles teríamos muito a aprender e a ganhar. Lá está: o Direito não pode acriticamente acreditar no garrote financeiro que lhe querem impor, e decidir com base num unilateralismo financeiro. Há outras teorias, há outras soluções. E por isso o jurista tem também que aprender Economia e Finanças. Desde logo para não ter como dados o que são interpretações... Já Bertrand Russell se apercebera de como é um perigo não saber finanças e outras coisas...

Os juristas têm grandes responsabilidades. Um jurista deve ser, não um "burocrata da coação" ou um ideólogo disfarçado de cientista, mais ou menos subtil, mais ou menos dogmático, criando nuvens de fumo com as suas construções insípidas e abstrusas e raciocínios especiosos, mistificando como sendo Direito e Justiça as soluções ditadas pelos interesses a que, direta ou indiretamente, serve. Pelo contrário, o Jurista deve ter compromisso com a busca da Verdade e da Justiça, com as vozes dos injustiçados que clamam no deserto e na floresta de aço e betão. Deve ser cavaleiro andante da Justiça. E como tal não pode ter uma prática, nem sequer uma prática teórica, velha, poeirenta e ensimesmada, numa hoje claramente ridícula e antiquada concepção de Direito como afinal nada mais nada menos que "aquilo que os juristas fazem".

Leia-se: juristas seriam apenas as gentes do foro – que não são todos os juristas, e mesmo assim, entendidas com preconceito sobre quem sejam e como atuem os práticos forenses. Recordando, assim, a definição, já apodada de cínica, de Jacob Viener para a Economia. Não, o Direito não é apenas a prática (sem teoria, sem pensamento, sem enquadramento, sem contexto, nem sempre justa, nem sempre sequer legal, nem sempre ética, nem sempre informada...) de um pretense e idealizado jurista comum, naturalmente pressuposto como razoável e ponderado (num certo sentido), porque de "boas famílias" e obviamente conservador. O Direito é mais, é melhor. É *constante e perpétua vontade* de atingir o justo. Tudo o resto são tiques e preconceitos. E dogmas. Em alguns casos, o seguir um modelo na mira estulta da fama.

E como é vã a fama, e mil vezes vã a fama de um jurista, trabalhando no seio de uma *episteme* que (quase parece que de caso pensado) oculta – ou pelo menos torna muito discretos – até os nomes dos autores das suas grandes, de muitas das suas maiores teorias, para que pareçam óbvias e "naturais", e por isso o seu discurso legitimador

(como anda esquecido Baptista Machado!¹²) seja retoricamente mais eficaz. Canseiras tormentosas, pois. Vigílias vãs... Mas a vaidade a tanto obriga (e como está esquecido Matias Aires!¹³).

Não se pode pretender ser grande jurista e esquecer a principal função do Direito, sofismá-la em especiosismos e rodriguinhos: o jurista tem de “atribuir a cada um o que é seu”, mas numa “constante e perpétua” sede de Justiça, e não como mero polícia ou guarda-noturno protegendo os que muito têm dos que não possuem nada. Não se trata, portando do *seu* que a roda da *fortuna* (nada justa) ou mesmo o esbulho e o crime (leia-se Addison¹⁴) vieram colocar nas mãos deste ou daquele. Mas o que é *de cada um* antes de mais pelo mérito (e o mérito social, a aportação social do seu labor e engenho), e ainda, no limite, o que é *de cada um* pelo simples facto de se ser Pessoa (e todos têm direito a um mínimo para uma existência digna).

Há quem queira um Direito dogmático, teoricista ao máximo (charadístico: e como sofrem os estudantes com essas *adivinhas!*), embora coberto pelo álbi e guarda-chuva da experiência da burocracia e do foro. Se a prática fosse essa teoria, a Administração e os Tribunais seriam ainda mais imobilistas do que se critica. Mas para os seus advogados seria esse o pseudodireito “puro” (embora, não gostando normalmente de Kelsen, em geral sem o terem lido, não usem normalmente esta expressão).

Ora sabemos que Direito “puro” nunca existirá, é uma contradição nos próprios termos. E por isso sempre será uma vã miragem o solipsismo jurídico de torre de marfim. Mas compreende-se porque esses teóricos, que por vezes se desdobram em prática (e vivem uma dupla existência), não aguentam o vasto mundo dos saberes não jurídicos, melhor, do que não seja a hiperespecialidade que cultivam. Isso os deixa sem pé. E isso atenta contra com o enorme complexo de superioridade que têm, não apenas relativamente aos *oficiais de outros ofícios* (eles são dos que dizem, por exemplo, que “Letras são tretas”, que os artistas são marginais, os psicólogos “malucos”, etc.), como face aos colegas de outros ramos jurídicos. A esses consideram cultivarem saberes sempre inferiores aos seus. E face aos juristas humanistas e interdisciplinares – felizmente, pelo Mundo fora, cada vez mais e melhores –, nem sequer lhes reconhecerão a qualidade de juristas, tratando-os com desprezo, que tributam aos puros diletantes (na melhor das hipóteses).

¹² João BATISTA MACHADO — *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, reimp., Coimbra, Almedina, 1985.

¹³ Matias AIRES — *Reflexões sobre a Vaidade dos Homens*, ed. eletrónica: http://www.iphi.org.br/sites/filosofia_brasil/Matias_Aires_Reflexões_sobre_a_vaidade_dos_homens.pdf

¹⁴ Joseph ADDISON — *A Vision of Justice*, in *A Book of English Essays*, selected by Sir W. E. Williams, reprint., Londres, Penguin, 1987, pp. 30-36.

Este Direito ultrapassado, enclausurado, que ainda pensa na Hermenêutica como regras de mera “interpretação e aplicação da lei”, que ignora sobranceiramente os princípios constitucionais e a Constituição principiológica, só para dar um par de exemplos, acha-se com legitimidade para julgar a vida (e como julga as inovações, condenando-as severamente do alto do seu dogmatismo!), mas na verdade encontra-se fora do nosso tempo e alheio a ela.

Este Direito, por muito que, contra os cultores das Ciências Sociais, da Filosofia, das Artes e da Interdisciplinaridade, se reivindique do real e *do que se passa*, não passa de um jogo de salão, de uma charada, no seio da casta ou a classe dos juristas (*il ceto dei giuristi*), desprezando no fundo o Povo (esse que incomodamente vota e em quem reside, em última instância, o poder de fazer o Contrato Constitucional) e, como dissemos, tudo o que, nos saberes, ultrapasse a porta do seu salão. Pobre saber esse, parca técnica essa, triste dogmática, e desgraçado de quem caísse nas malhas de uma tal Justiça levada ao cúmulo das suas consequências lógicas.

Justiça de classe, e de limitação epistemológica, além de justiça fora do tempo, arcaica. Esse mundo a preto e branco, felizmente, nunca foi o de todos os juristas. Sempre houve juristas cultos (e não apenas de uma cultura de flor na botoeira), sempre houve juristas socialmente empenhados e atentos ao clamor dos que sofrem e clamam por Justiça. E se esse mundo nunca foi, mesmo entre os juristas, completamente uniforme, hoje pode dizer-se que globalmente está a morrer, sendo algumas investidas e bravatas um mero canto do cisne.

II. Metodologia Jurídica: Caminho para onde?

O Direito não pode ser considerado como um jogo abstrato, e a sua metodologia (caminho para alguma coisa) só pode ser encarada como caminho para a Justiça. Que outro caminho poderia ser? Embora haja quem, de forma assética, lave as mãos da sorte (da *mala fortuna*) dos demais, e considere, afinal, o Direito uma charada, ou, pior ainda, um logro para que os choros e os risos, como dizia Agostinho da Silva, permaneçam separados por sebes bem altas.¹⁵

Tudo tem de entender-se no seu contexto, desde logo histórico e social. A situação dos mais fracos está a tornar-se hoje insustentável. Não podemos deixar de nos lembrar deste passo de Brecht:

Ontem voltaram a baixar o salário de repente
E hoje está outra vez afixado o cartaz

¹⁵ AGOSTINHO DA SILVA — “A Justiça”, in *Diário de Alcestes*, nova ed., Lisboa, Ulmeiro, 1990, pp. 23-24.

Que reza: 'Quem não estiver contente
Com o salário pode ir-se embora' (...).¹⁶

A ideia de que o jurista (como o religioso, também) devem ser alheios aos gritos e às misérias de uma sociedade injusta, e cada vez mais trituradora das pessoas tem muito curso em alguns meios. Contudo, a mudança de ventos chegou mesmo à Igreja, que retoma hoje e aprofunda a sua doutrina social. *Não podemos ignorar!*, como diz Sophia de Melo Breyner.

Ou , como diz o Papa Francisco

(...) seria uma paz falsa a que servisse como desculpa para justificar uma organização social que silencie ou tranquilize os mais pobres, de modo que aqueles que gozam dos maiores benefícios possam manter o seu estilo de vida sem sobressaltos, enquanto os outros sobrevivem como podem. As reivindicações sociais, que têm a ver com a distribuição dos rendimentos, a inclusão social dos pobres e os direitos humanos não podem ser sufocados com o pretexto de construir um consenso de gabinete ou uma paz efêmera para uma minoria feliz. A dignidade da pessoa humana e o bem comum estão acima da tranquilidade de alguns que não querem renunciar aos seus privilégios.¹⁷

E no mesmo documento dissera antes o Sumo Pontífice

Os planos de assistência, que ocorrem a determinadas emergências, deveriam considerar-se apenas como respostas provisórias. Enquanto não forem radicalmente solucionados os problemas dos pobres, renunciando à autonomia absoluta dos mercados e da especulação financeira e atacando as causas estruturais da desigualdade social (...), não se resolverão os problemas do mundo nem, definitivamente, problema algum. A desigualdade é a raiz dos males sociais.¹⁸

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

¹⁶ Bertolt BRECHT — *Santa Joana dos Matadouros*, 2, in *Teatro* 3, p. 205.

¹⁷ PAPA FRANCISCO — *Evangelii Gaudium*, 218 (trad. das ed. Paulinas, com muito ligeiras adaptações estilísticas).

¹⁸ *Ibidem* — 202 (ed. cit., com adapt. estilística muito ligeira).

O cuidado e a promoção do bem comum da sociedade compete ao Estado (...) Este, com base nos princípios de subsidiariedade e solidariedade, e com um grande esforço de diálogo político e criação de consensos, desempenha um papel fundamental – que não pode ser delegado – na busca do desenvolvimento integral de todos.¹⁹

Há portanto que pensar o Estado como promotor do bem comum. Mas para isso é necessário desmitificá-lo, porquanto à sua volta pairam também muitos mitos, e, de mãos dadas com o Direito (um certo Direito), pode ser um poderoso instrumento não de libertação e bem estar, mas de opressão. A radiografia de Luís Sá não andarà muito longe da verdade, quando o Estado e o Direito são encarados numa perspectiva agelástica e passadista:

(...) transformam o Estado num mito, apresentando-o socialmente desenraizado ou planando acima da sociedade, como árbitro ou viabilizador da sua existência, também exaltam o Direito e a lei como o reino da Justiça, da convivência social pacífica da harmonização dos conflitos por entidades colocadas acima deles; ou então (...) estudam as leis e o Direito como sistema de normas, abstraindo completamente dos fins que essas normas prosseguem, dos interesses que defendem, do papel social que desempenham, do modo como são realizadas na prática as suas prescrições.²⁰

III. Juristas: Antes de Técnicos, Verdadeiros Filósofos

A preparação dos juristas é jurídica, naturalmente, mas ela tem que ser ainda interdisciplinar, e antes de mais hermenêutica e ética. Logo, filosófica. Não há metodologia sem hermenêutica. Não há metodologia sem filosofia. Os que pretendem opor uma a outra, e sobretudo sofismar, esquecer ou apoucar a filosofia elevando (ou pretensamente exaltando) uma pseudo-metodologia na verdade nem metodologia estão a fazer, mas simples dogmatismo.

Não é com meia dúzia de verdades feitas, ou uns tantos chavões, ainda que doirados de nomes sonantes e línguas mais ou menos esotéricas eventualmente, que se supre a verdadeira metodologia de raiz filosófica. Aliás, são áreas complexas, e que exigem grandes labores e sempre a vigilância do espírito crítico.

¹⁹ *Ibidem* — 240.

²⁰ Luís Sá — *Introdução à Teoria do Estado*, Lisboa, Caminho, 1986, p. 68.

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

Os juristas são, ou deveriam ser – pasme-se! – filósofos todos, em certa medida. Mesmo os Romanos já o diziam. Como vai um conservador ou um tradicionalista em Direito contrariar os Romanos? Pois eles diziam o que alguém traduziu já assim: "professamos (nós, juristas) uma vera e não falsa filosofia, e não o seu mero simulacro verbal (ou verbalista)". Ou seja, "[...] *veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*."²¹

E não deixa de ser paradoxal, e entrar pelo olhos dentro (salvo se estivermos tolhidos pelo interesse, a mira da benesse, o temor reverencial ou o dogmatismo psita-cista), que muitos dos que pregam a expurgação filosófica, científico-social e interdisciplinar do Direito, e até do Direito pensado no seu ser e no seu agir, dão largas à ideologia e à verbosidade empolada (totalmente não científica nem jurídica) quando lhes toca pronunciarem-se sobre temas que lhes são caros ou que consideram pedras de toque, e / ou glosados pelos autores (que têm por *auctoritates*) da sua devoção. *Dois pesos e duas medidas*,²² pois. Já o sabíamos: "Orthodoxy is my doxy – heterodoxy is another man's doxy", como afirmou com toda a propriedade William Warburton. Não queremos ser ortodoxo. Guardem por isso os dogmáticos tranquilamente as suas certezas, que lhas não cobiçamos.

IV. Novos Desafios

São de Humanismo e de Fraternidade, com hermenêutica, tópica e interdisciplinaridade a suportar teoricamente tais novos rasgos político-jurídicos (todo o Direito é político...) os novos ventos do Direito. Claro que vivemos um ataque brutal ao jurídico-politicamente (constitucionalmente) alcançado. Mas no plano histórico e do progresso civilizacional qualquer recuo será alvo de severa condenação, e virá a ser retomado mais tarde o fio perdido, na espiral do Tempo. O interregno dos fascismos e nazismos também foi superado, triunfantemente, pelas forças democráticas.

Alguns redutos de direitos de outros tempos estão a recuar, porquanto a constitucionalização "invade" todo o mundo do jurídico. O caráter principiológico do Direito, a começar pelo Direito Constitucional, implica aquilo a que Paulo Bonavides chama

²¹ ULPIANUS — *lib. 1 Institutionum* = D. 1, 1, 1, 1.

²² Prov. XX, 10.

uma hegemonia vinculante, de ordem constitucional, sobre todos os institutos de Direito Privado, os quais acabam reduzidos a mera província do direito público de primeiro grau que é o Direito Constitucional.²³

E não é só o Direito Privado, é todo o Direito, que tem de respeitar a Constituição. Como é óbvio, e por definição.

As constituições hodiernas são irradiantes no conjunto da ordem jurídica, não sendo apenas meras “constituições políticas”, vinculando todos, entidades públicas e privadas, e todos os cidadãos de cada Estado.

Ora tal ganha corpo e dimensão com o legítimo e necessário processo de constitucionalização de *todo* o Direito (a que alguns, com mil subterfúgios, ainda que alguns deles formalmente inteligentes, tentam fugir, designadamente com a reivindicação de exceções ou especificidades ontológicas ou metodológicas para os seus próprios ramos de Direito). Por isso, não mais há um escuso recanto ou caverna recôndita a salvo da luz da Liberdade, da Igualdade, da Fraternidade que, com estas ou similares palavras, pulsam nas hodiernas constituições. Não pode haver Direito hoje digno desse nome, hoje, contra Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

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

Por outro lado, as Constituições não mais se encontram desarmadas. Elas têm a dar-lhes força e efetividade órgãos jurisdicionais, Tribunais Constitucionais e Supremos Tribunais. Isso faz toda a diferença:

²³ Paulo BONAVIDES — *Do Estado Liberal ao Estado Social*, pp. 18-19.

*The theory of the law of the state plays theoretical and practical orientations, methods, and themes in different keys, when faced (or not) with a constitutional court and court practice.*²⁴

O novo paradigma jurídico que se sente despontar, para desespero dos passadistas, é de fraternidade e humanismo. Valores que já estão nas constituições cidadãs. Os novos ventos que da nova prática jurídica (que é jurídica e social, como tantos movimentos como “direito no cárcere”, “direito achado na rua”, mesmo direito e música e literatura... para não falar na ação social e jurídica de entidades públicas interventivas como as Defensorias Públicas e afins) se levantam e sopram precisamente em consonância com um estudo do Direito crítico, interdisciplinar e pensado, e são solidários do programa jurídico-político das Constituições que, como a nossa, não pretendem apenas regular a dança das cadeiras parlamentares e ministeriais, mas *criar efetivamente mais Justiça neste Mundo*.

Evidentemente que sabemos que há quem considere que tudo o que aqui dissemos não é senão a “retórica” ou até impasse da ideologia, da política, ou – mais educadamente – da Filosofia. Como diz Gomes Canotilho, a quem obviamente seguimos:

Muitos juristas julgam estas questões como mera filosofia. A nosso ver, se o direito constitucional não recuperar o impulso dialógico e crítico que hoje é fornecido pelas teorias políticas da justiça e pelas teorias críticas da sociedade ficará definitivamente prisioneiro da sua aridez formal e do seu conformismo político.²⁵

Por isso, é preciso libertar o Direito: da aridez formal e do conformismo político a que uma metodologia ensimesmada sob pretexto de rigor e purificação necessariamente conduz.

²⁴ Arthur JACOBSON / Bernhard SCHLINK — *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, 2002, p. 3.

²⁵ J. J. Gomes CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 21.