

O que uma reflexão sobre o direito pode trazer ao filósofo¹

Raras são as filosofias que conferem um lugar ao processo de elaboração e de aplicação do direito, uma vez que tradicionalmente os filósofos, em busca do Ser, da Verdade, do Bem e da Justiça absolutos, procuram edificar um sistema teórico e um ideal social que dispensam os homens de recorrer às técnicas jurídicas. Com efeito, o que é evidente não exige prova e o que é claro compreende-se imediatamente. Se todos aderimos sem discussão a uma certa tese, é porque «escusado será dizer»; poderíamos até, no limite, omitir a sua enunciação. O ideal da imediatidade, em filosofia, deveria libertar-nos não apenas dos inconvenientes da prova dos factos e da interpretação dos textos, mas também, se possível, da redação das leis. A sociedade ideal, ignorando as contestações, não necessita nem de juízes nem de advogados. Desejaríamos que as leis estivessem inscritas no coração, na consciência e na razão de cada um; e, caso tivessem de existir, que fossem claras, concisas e no menor número possível. Notemos a este propósito, com o nosso colega Paul Forières², que nas sociedades utópicas, o direito e todas as instituições que este implica são desprezados e sempre reduzidos à sua expressão mínima. A sociedade utópica, devido ao seu sucesso, ignora conflitos e tribunais; nela, todos conhecem o seu papel e o seu dever, e todos fazem espontaneamente o que deles se espera.

Esta atitude de incompreensão, e até de desprezo, em relação ao direito, aos seus auxiliares e às suas obras, é a expressão do ideal absolutista em filosofia. Na medida em que, a partir dos primeiros princípios, necessários e evidentes, o filósofo está em condições de nos ensinar verdades incontestáveis, ele faz-nos participar, de algum modo, da visão divina das coisas; e concebemos que o sucesso dessa visão racional, forma laica da revelação, nos dispensa, em qualquer campo do conhecimento atravessado pela intuição filosófica, de recorrer às técnicas e às incertezas do direito.

¹ Publicado nas *Archives de Philosophie du Droit*, n.º 7, dedicado a *Qu'est-ce que la philosophie du droit?*, Paris, Sirey, 1962.

² P. FORIERS, L' utopie et le droit, in *Actes du Colloque de l'Institut pour l'étude de la Renaissance et de l'Humanisme*, (Bruxelles, 1961) sobre «Les Utopies à la Renaissance».

Identificamos frequentemente este ideal absolutista com os dogmatismos de toda a espécie que se creem capazes de nos ensinar um método para adquirir verdades absolutas e indubitáveis. Mas esquecemos, todavia, que o ceticismo filosófico, que coloca em dúvida o nosso poder de conhecimento infalível, é apenas uma forma desse mesmo absolutismo quando nega, por essa razão, a racionalidade humana. Pascal encontra a prova da fragilidade e da decadência do homem nas suas variações a respeito do verdadeiro e do justo; e, acrescenta, na medida em que o homem decaído já não é um ser de razão, ou seja, capaz de absoluto, tem necessidade de uma revelação divina para superar a sua impotência.

Mas não poderemos encontrar uma manifestação da racionalidade do homem na maneira como consegue colmatar essa ausência de saber infalível? Não é a ciência humana um conjunto de hipóteses e de métodos através dos quais os homens respondem ao defeito da onisciência? Não será também o direito um conjunto de técnicas ensaiadas, graças às quais os homens, por viverem numa sociedade terrestre e não no paraíso, procurarem responder à sua falta de santidade? É verdade que, para os santos no paraíso, não foram previstos nem legisladores, nem juízes; mas deverá o ideal de racionalidade filosófica apresentar aos homens unicamente a visão de um paraíso terrestre, onde todos os homens, tornados sábios, se comportariam como santos, ou deverá visar também, e talvez mesmo essencialmente, a organização na terra, com um mínimo de violência, de uma sociedade de homens com os seus defeitos e falhas? Como o direito responde a esta última preocupação, compreendemos que ele seja desprezado como um conjunto de expedientes indignos do filósofo por aqueles cujos intentos são absolutistas e que, ao invés, surjam como um digno objecto de estudos para os filósofos que encontram alguma racionalidade na organização de um saber e de uma acção essencialmente falíveis.

O racionalismo clássico, de Descartes e de Espinosa, estudando as relações da razão e da vontade, inspirou-se, nas suas considerações, num modelo absoluto; falseou, desse modo, as relações efetivas que existem entre essas faculdades eliminando, afinal, uma delas a proveito da outra.

Com efeito, se partirmos da ideia segundo a qual existe uma vontade perfeita, esta é suficiente como fundamento de uma ordem racional e de uma justiça absoluta: o que Deus decide, pelo próprio facto de tê-lo decidido, é verdade e justiça; a sua vontade é criadora do real e fundamento de todas as normas, uma vez que nada pode limitar, nem sua onipotência, nem a sua perfeição; se nós detetamos uma ordem na natureza, é porque a sabedoria divina só varia para manifestar, por milagres, o seu poder ilimitado e, pela graça, a imensidão do seu amor. Na perspectiva cartesiana, onde a vontade divina se torna o critério da razão, somente Deus é livre e criador, e nenhum valor positivo é dado à vontade humana que, quando não é guiada pela evidência, não pode senão afundar-se no erro e no mal. Para agir como ser de razão, o homem, depois de purgar o seu espírito de todos os obstáculos de origem individual e social, deve submeter-se à vontade divina, cuja manifestação é uma ordem que se impõe pela sua evidência à intuição. Descartes diz-nos muito claramente, na segunda parte do *Discurso do Método*, que uma legislação que é a obra de um só vale mais que aquela que foi elaborada por vários através das transformações da história, porque é mais fácil a um só de seguir um plano racional, e de desprender-se das contingências que constituem os usos e costumes dos habitantes de um país. Vemos como a visão cartesiana das relações entre Deus e os homens prepara e prefigura a teoria do poder absoluto sob todas as suas formas. A vontade do rei, pela graça de Deus, torna-se a lei, justa porque é uma emanção de um poder santificado. Essa ideologia glorifica a monarquia absoluta e justifica o uso da força contra aqueles que ousariam revoltar-se contra o seu arbítrio.

Partindo da identificação da vontade e da razão, Espinosa desloca as perspectivas. Se para Descartes a razão é apenas a submissão a uma vontade perfeita, para Espinosa o homem é livre quando a sua vontade se deixa inteiramente dirigir pelas ideias adequadas da sua razão. Ele exalta a liberdade do homem cujo comportamento é determinado pelo encadeamento rigoroso das suas ideias claras e distintas. Mas essa liberdade é somente uma conformidade a uma ordem prévia: é a liberdade das máquinas que funcionam sem imprevistos e que, mesmo quando fornecem resultados que não éramos capazes de prever, não fazem, para o conseguir, senão efetuar

corretamente as operações para as quais foram montadas. A liberdade, assim concebida, identifica-se com a ordem da razão, sem que nenhum lugar fique reservado a um qualquer poder de decisão e de escolha.

Quer na conceção de Descartes, quer na de Espinosa, não há, para a vontade humana que procura evitar o erro e o mal, nenhuma possibilidade de uma escolha imperfeita, mas razoável. Com efeito, uma tal escolha, que não é arbitrária mas guiada por regras, pressupõe o exercício de um poder de decisão no interior de um quadro prévio. Ora essa dupla condição opõe-se tanto à ideia de uma vontade perfeita, critério de qualquer norma, como à ideia de uma razão perfeita, capaz de determinar a solução correta de todos os problemas e eliminando, por conseguinte, toda a possibilidade de uma escolha esclarecida. É o papel tradicional do direito organizar, efetivamente e de diversas maneiras, a dialética de vontades e de razões humanas, logo, imperfeitas. Os ensinamentos que ele nos proporciona, e que nós examinaremos no seguimento desta exposição, não têm qualquer valor para os metafísicos enredados no absoluto, mas são preciosos, e de que maneira, para os filósofos que reconhecem os limites inevitáveis da condição humana.

A esperança secular dos metafísicos foi a de encontrar, desbravando as areias movediças das nossas opiniões e das nossas crenças, o rochedo sólido que serviria de fundamento inabalável aos seus sistemas filosóficos. A pesquisa dessa primeira verdade, que se imporia pela sua evidência a todos os homens dotados de razão, foi o procedimento inicial de uma filosofia que se queria constituir como ciência rigorosa. Essa ciência não poderia ter o aspecto de uma ciência natural, como a física ou a química, porque estas elaboram-se a partir de experiências e de regras sobre as quais existe um acordo prévio e que se trata de unificar, graças a uma hipótese compreensiva e fecunda. Tal hipótese é menos segura do que os factos de que se parte, mas tem a vantagem de os integrar num sistema, permitindo previsões que experiências futuras submeteriam à prova. Já a pesquisa de princípios deveria dar à filosofia, concebida como ciência rigorosa, o aspecto de um sistema dedutivo, cujos teoremas se imporiam, pela sua evidência, a todos os espíritos, assegurando assim o fim dos desacordos e dos conflitos

entre os homens. Mas os problemas humanos não se podem reduzir a problemas formais e se pretendemos extrair de uma fórmula evidente, porque de pura forma se trata, conclusões que parecem pertinentes para a solução de problemas concretos e controversos, é porque essa fórmula foi interpretada ou generalizada de um modo que deixa de cobrir todos os sufrágios. Tendo as tentativas de construir sistemas filosóficos *more geométrico* resultado, até ao presente, em fracassos, independentemente do génio dos seus autores, é razoável perguntarmo-nos se, ao inspirar-se nos ensinamentos do direito, o filósofo não teria mais oportunidades de sucesso no seu empreendimento.

O jurista ensinar-lhe-á, com efeito, que a adoção de uma constituição ou de uma nova lei fundamental foi sempre precedida de uma tomada de poder pela força, de uma rutura violenta com uma ordem preexistente. É ilusório supor que uma ordem nova possa impor-se pela sua exclusiva racionalidade e sem o recurso à violência; seria necessário, para isso, que estivéssemos pelo menos de acordo sobre o critério do racional: tal implica que o novo esteja em conformidade com um qualquer acordo prévio, do qual seria apenas a aplicação e a execução. A racionalidade apresenta-se, com efeito, não como rutura, mas como continuidade, adaptação ao que já é admitido, construção tomando apoio sobre o passado. Aqueles que acreditam na evidência das ideias, como numa força irresistível e pacífica, porque emanando da nossa própria razão e diante da qual toda a vontade, rompendo com os seus pressupostos e hábitos, só poderia inclinar-se, invocam uma analogia muito contestável. As ideias não são objetos, porque pressupõem sempre uma linguagem, expressão de uma cultura e, por essência, extrapolação em relação à experiência. As ideias menos duvidosas são aquelas que resultam da aplicação correta de regras admitidas, da fidelidade a convenções adotadas, da conformidade à regra de justiça que nos pede para tratar do mesmo modo os membros de uma mesma categoria essencial; o que, aplicado a um formalismo, significa que devemos tratar como intermutáveis expressões com a mesma forma. A nossa razão, enquanto faculdade do raciocínio discursivo, não é intuição mas fidelidade a regras. O racionalismo clássico assimilou muito facilmente o conhecimento a uma espécie de contemplação ou de experiência que se imporia a qualquer espírito atento, a despeito de

todo o seu passado; com efeito, as ideias novas constituem-se sobre uma base de ideias anteriores que lhes servem de cauçõs e garantias.

Descartes, em busca de uma primeira verdade, preconizava a dúvida universal, pedindo que começássemos por fazer tábua rasa de todas as nossas opiniões; mas que homem normal colocaria em dúvida uma qualquer das suas convicções se as razões para duvidar delas não fossem mais sérias do que a opinião a que se opõem? Para abalar uma crença é preciso, como para uma alavanca, um ponto de apoio mais sólido do que aqueles que queremos fazer balançar. Nunca ninguém pôs seriamente em dúvida o conjunto das suas opiniões, porque estas testam-se reciprocamente: guardamos aquelas que, até ao momento, melhor resistiram ao teste, o que não lhes dá uma garantia absoluta relativamente a um qualquer teste ulterior. Enquanto nas metafísicas absolutistas o espírito oscila da dúvida absoluta à certeza absoluta, nós estamos na realidade, sempre, entre as duas: as opiniões às quais aderimos constituem o último estado da evolução das nossas ideias, o que não significa necessariamente o estado definitivo; contudo, não iremos razoavelmente despojarmo-nos delas, exceto se se revelarem incompatíveis com ideias a que atribuímos um crédito maior. Pedir para fazer tábua rasa do nosso passado intelectual significa opor-se ao princípio de inércia que funda, de facto, a nossa vida espiritual, bem como à nossa organização política e social. Esse princípio manifesta-se pela regra de justiça e, mais especificamente, pela conformidade aos precedentes, que assegura a continuidade e a coerência do nosso pensamento e da nossa ação. Poderíamos formular o princípio de inércia da seguinte maneira: nada se deve mudar sem razão. Pretendermos que as nossas ideias, as nossas regras e os nossos comportamentos são desprovidas de um fundamento absoluto, que, por conseguinte, o pró e o contra se equivalem e que é preciso, em filosofia, fazer tábua rasa do nosso passado, é enunciar uma exigência proveniente da utopia e com a qual só nos podemos conformar através da ficção. É verdade que até Descartes, na sua moral provisória, fazia prova do maior realismo, mas será necessário, para edificar a ciência e a filosofia, adotar princípios inteiramente opostos àqueles que são úteis para «as ações da vida»? Cremos, pelo contrário, que também o conjunto das nossas ideias (todo o uso

da violência sendo, por princípio, excluído), se transforma do interior, tal como uma ordem jurídica que, para funcionar adaptando-se às novas situações e aspirações, prevê procedimentos de reforma e afinação.

Uma outra objeção ao absolutismo resulta da nossa própria concepção de conhecimento como conjunto de proposições sistematicamente ligadas. Tal é incompatível com a tese da existência de um critério absoluto de conhecimento que, porque absoluto, só diz respeito a proposições isoladas, cuja totalidade de elementos são claros por si mesmos e não dependem, como as substâncias, de nenhum outro elemento.

Nas ciências formais, a clareza e a univocidade dos enunciados resultam da decisão metódica de não utilizar signos a não ser num contexto bem definido onde só algumas combinações são permitidas, onde se determinou previamente a estrutura dos enunciados com sentido e relativamente aos quais se enumeraram previamente os axiomas, isto é, os enunciados cuja validade não discutimos. Um sistema formal não coloca, no seu percurso, outros problemas de escolha e de decisão dos que, formalmente, é capaz de resolver; não temos de julgar e motivar o nosso juízo: basta demonstrar, calcular a solução. Alguns racionalistas, como Leibniz, quiseram eliminar todos os problemas de juízo em proveito de demonstrações e cálculos; mas isso suporia que o modelo matemático pode substituir sempre os problemas concretos postos pela existência. Se, efetivamente, num grande número de casos, esse modelo pode dar-nos uma aproximação suficiente do concreto, e se é preciso utilizá-lo sem hesitar em todos os domínios onde o seu uso pode ser eficaz, na medida em que podemos acordar sobre o que é importante e sobre o que é negligenciável, acontece que todos os problemas humanos estão longe de apresentar esse carácter. Leibniz pensava que o espírito humano está para espírito divino tal como o finito está para o infinito e que, uma vez que Deus conhece, para todos os problema, a verdadeira e justa solução, seria preciso desenvolver as nossas capacidades de análise para nos aproximarmos o mais possível, através do cálculo, das soluções que Deus conhece imediatamente: as máquinas poderiam dar-nos o resultado para o qual necessitamos hoje de um juiz ou de um

árbitro. Mas o ideal de Leibniz de uma matemática universal choca contra dificuldades para as quais o direito atrai a nossa atenção.

Raros são os casos onde as máquinas poderiam, no lugar dos juízes, dizer o direito, porque, de cada vez que se coloca o problema de aplicar disposições legais a situações novas — e poderia um autómato dizer quando a situação é nova? — é preciso interpretar os termos da lei, ou seja, especificá-los de determinada maneira: tal supõe que essas disposições não eram de aplicação evidente e que um ou outro desses termos não eram perfeitamente claros. Acreditamos que uma noção é clara e de aplicação evidente quando não entrevemos casos onde a sua aplicação se poderia razoavelmente prestar à controvérsia. Mas a nossa segurança, nesta matéria, é talvez menos a expressão de um saber do que uma falta de imaginação. Locke já tinha reparado que certas passagens da Escritura ou determinadas cláusulas do Código, que tinham parecido claras a não-iniciados, foram mergulhadas na obscuridade depois das elucidações de comentadores³.

Até o texto que parece atualmente claro aos comentadores pode cessar de o ser em circunstâncias que incitem a interpretar os termos da lei de um modo fora do vulgar. Mencionei noutra obra⁴ o texto, que parece perfeitamente claro, do artigo 617 do Código Civil belga, o qual afirma que o usufruto extingue-se pela morte natural do usufruidor. Mas estaríamos todos nós de acordo quanto à interpretação desse texto se novas técnicas permitissem prolongar indefinidamente a vida humana em estado de hibernação? Alguns descreveriam circunstâncias imprevisíveis para encontrar neste texto, na ausência de emendas legislativas, uma interpretação jurisprudencial que o adequaria à finalidade do usufruidor. O texto, perfeitamente claro hoje, cessaria então de o ser, e assistiríamos ao conflito de interpretações diversas, umas defendendo a fidelidade à letra da lei, outras opondo-lhe o espírito da instituição, ou seja, a sua finalidade. Veríamos em acção o conflito, tradicional em direito como em qualquer instituição humana, entre o *formalismo*, a fidelidade à regra e à tradição e o

³ LOCKE, *An Essay concerning human understanding*, London, Routledge, p. 389. Cf. Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, 1988, p. 168.

⁴ Ch. PERELMAN, La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien, retomada *infra*, §46.

pragmatismo, que exige, antes de mais, que se tomem em consideração as consequências da interpretação do texto num ou noutra sentido.

Essa dialética do formalismo e do pragmatismo, constantemente em ação na vida do direito (onde se manifesta, entre várias outras, pela tensão entre a segurança jurídica e a equidade), só é possível porque o respeito pela letra e pela forma não constitui nem um valor absoluto, nem um pressuposto sem importância. Se o texto da lei tiver sido considerado como perfeitamente claro, como suscetível de uma só interpretação *ne varietur*, quaisquer que sejam as circunstâncias, nenhuma motivação de ordem pragmática, sendo a lei sendo o que é, terá sido considerada. Mas se somente as consequências devessem importar para a interpretação de um texto, se uma liberdade completa devesse, a este respeito, ser deixada ao juiz, o papel de legislador, elemento essencial da separação dos poderes, seria progressivamente reduzido a nada; só contariam, nos Estados, os juízes dotados de um poder de decisão descomedido e, sobretudo, os detentores de um poder executivo, capazes de nomear e, a curto prazo, de demitir os próprios juízes. Atualmente, a repartição dos poderes entre o legislador e o juiz depende, por um lado, do legislador suscetível de formular leis com mais ou menos precisão e de traçar os limites mais ou menos rígidos da ação judicial e, por outro, da conceção de que o poder judicial, e especialmente o Supremo Tribunal, tem do seu papel e da sua missão. Em que medida são os juízes apenas responsáveis por aplicar a lei ou, também, por colaborar na sua elaboração? Em que medida estão os juízes ligados por uma ordem legal prévia? É nestes termos que se manifesta, no direito, a dialética da razão e da vontade, da realidade e do valor, constituindo a razão e a realidade o polo objetivo, aquele que o juiz deve considerar e diante do qual deve inclinar-se e proporcionando a vontade e o valor o polo subjetivo que depende, afinal de contas, da decisão do juiz.

Quanto mais a ordem jurídica determinada pelo legislador for precisa, mais efetivamente, ela corresponderá à ordem política e social a que se deve aplicar, mais o papel do juiz será reduzido na aplicação do texto e menos participará na elaboração do direito. Mas se os textos deixarem de ser redigidos com precisão, ou deixarem de

corresponder à ordem política e social ambiente, então assistiremos ao primado do pragmatismo, ao triunfo do espírito sobre a letra. Foi assim que, na Polónia, a democracia popular, antes de revogar pura e simplesmente, durante a sua instauração, toda a legislação anterior, o que teria criado um vazio e um caos jurídicos dificilmente suportáveis, só revogou um pequeno número de disposições de direito público; para o restante, elaborou algumas regras constitucionais indicando a finalidade do regime e das suas instituições, permitindo assim aos juízes negligenciarem ou de reinterpretem os textos legais da época capitalista com um máximo de liberdade. Ao afirmar nitidamente o primado da finalidade sobre a fidelidade dos textos, os dirigentes da democracia popular polaca resolveram — no imediato, e até que o conjunto da legislação em vigor fosse substituída — atribuir aos juízes do novo regime a tarefa de adaptar ao espírito socialista os textos antigos, mesmo os mais opostos às suas aspirações. Repare-se que, no intervalo, a segurança jurídica desapareceu, porque o juiz ao não ficar limitado simplesmente à aplicação de um texto, mas ao ter de interpretar em função de diretivas muito gerais, desempenha um papel mais político do que jurídico. Essa situação verdadeiramente excepcional, e transitória em todas as sociedades modernas organizadas, não é senão o exagero de um papel que, em qualquer ordem jurídica, o poder judicial desempenha de uma forma variável a partir da precisão dos textos e da sua adequação. O outro limite, a este respeito, consistiria na substituição dos juízes por máquinas eletrónicas cujo legislador proveria a programação: a ordem elaborada em todos os seus pormenores eliminaria toda a possibilidade de decisão do juiz.

O estudo do direito ensina-nos, por conseguinte, sobre o que se torna, na prática, um poder de decisão sem regras prévias e sobre o que pressupõe a elaboração de regras que permitiriam evitar qualquer poder de decisão: num caso teríamos uma justiça sem legislação, no outro caso uma legislação sem juízes. Ora, no direito, toda a nova regra inspira-se em alguns princípios mais gerais que ela fixa e estrutura, toda a decisão é fundamentada numa qualquer regra que a justifica: assistimos a uma dialética constante da razão e da vontade, das estruturas que fixam os quadros de uma ação e das decisões que determinam, adaptam e modificam até esses quadros caso sejam incompatíveis com

regras melhor fundamentadas. A razão e a vontade não se apresentam como uma dualidade irreduzível, de nada servindo uma relativamente à outra, mas estão efectivamente em constante interacção. A prática do direito ensina-nos, assim, a não reconhecer uma separação nítida das faculdades. A metafísica absolutista faz precisamente o contrário, seja ela racionalista ou voluntarista, a partir do momento que se preocupe em elaborar uma ordem racional exclusiva de todo o poder de decisão ou em apresentar, por causa do seu dualismo radical, analogias surpreendentes com uma sociedade sem juízes ou sem legisladores.

O direito só existe, como disciplina tecnicamente autónoma, nas sociedades que dão espaço — entre o calculável, que elimina toda a decisão individual, e a política, onde o poder de decisão seria ilimitado e arbitrário — a uma ordem estabelecida a partir do concurso de uma multiplicidade de vontades humanas. É por isso que, ao estudar com atenção e ao analisar com cuidado as técnicas jurídicas de procedimento e de interpretação, que permitem aos homens viver num Estado de direito (*Rechtsstaat*), o filósofo, antes de sonhar com a utopia de uma sociedade paradisíaca, poderia inspirar-se, nas suas reflexões, no que experiência secular ensinou aos homens responsáveis por organizar na terra uma sociedade razoável.

(Tradução de Sérgio Vicente e Rui Grácio)