

## O DIREITO COMO ALTERNATIVA HUMANA.

### NOTAS DE REFLEXÃO SOBRE O PROBLEMA ACTUAL DO DIREITO

A. CASTANHEIRA NEVES

SUMÁRIO: 1. O problema. 2. A situação problemática. 3. O relevo do contexto sócio-cultural geral. 4. A situação problemática no universo especificamente jurídico. 4.1. A perda do sentido do direito. 4.2. A recuperação do sentido do direito. 4.3. O problema e o sentido geral do direito. 5. As alternativas ao direito. 5.1. O poder — a ordem de necessidade. 5.2. A ciência — a ordem de possibilidade. 5.3. A política — a ordem de finalidade. 6. Conclusões.

#### 1. O Problema

Há palavras, logo convertidas em aforismos, que atravessam os séculos, como os referentes da própria evidência — nódulos fixos em que descansa a reflexão. Pô-las em causa é sempre incómodo — é desde logo enfrentar um dogmatismo sedimentado. Além de que é essa uma atitude, não raro, sofrida como uma impertinência, senão como ousadia fútil. Todavia, sem querer ser impertinente e tendo para mim que a gravidade do problema de todo me imuniza de futilidade, eis-nos na situação de duvidar da necessária subsistência hoje de um desses aforismos — aquele em que, após a sua enunciação por CÍCERO, nunca havia deixado, na verdade, de ver-se um grânulo de decantada sabedoria: *ubi societas, ibi ius*.

No ilimitado empenho crítico do nosso tempo — tempo de uma outra e grande sofística que deixa o próprio *sapere aude* kantiano a perder de vista: não estamos a viver uma nova *Aufklärung* ou não se consuma connosco, exacerbadamente, o Iluminismo? —, o direito, essa tão característica dimensão do homem europeu projectado universalmente (embora, tantas vezes, confundido, e hoje, sobretudo, com o que o direito não é) tornou-

-se uma entidade radicalmente problemática. Desde logo, porque objecto de negativos juízos críticos provindos de todos os quadrantes (religioso-teleológico, ideológico, cultural, epistemológico etc.), cada um mais radical do que os outros — e daí, ter podido ITALO MANCINI generalizar o *negativismo jurídico* muito para além do âmbito que originariamente lhe referia WIETHOLTER ao cunhar a expressão. Depois, porque vividas tanto a “exaustão institucional” das suas estruturas tradicionais como uma certa importância para realizar todas as expectativas que lhe são dirigidas com um social sentimento fundo de insatisfação (M. GALANTER — *Legality and its Discontents*). E, não menos ainda, porque a perder relevo regulativo ao nível da eficácia social, como no-lo mostram os fenómenos, quer da sua retracção com o alargamento do *non-droit*, quer da desejada e, em muitos casos, já lograda desjuridicização e deslegalização. Sendo certo que tudo isto se verifica simultaneamente — é um dos paradoxos da situação e índice da alta complexidade, desde nosso mundo actual, construído por dimensões e movimentos de sinal contrário, cruzado por correntes e contracorrentes — com a intensificada juridicização dos objectivos e dos meios de *contrôle* social, a manifestar-se desde logo no alargamento e no ritmo exponenciado da legislação em muitos outros sectores, tomando, mesmo nesse também tão actual “consumo do direito”, os aspectos viciosos do que já se disse a “orgia das leis”.

Todavia, e sem abstrair decerto de todos estes pontos, o problema que agora me proponho é diferente da mera análise e diagnóstico de tal situação. Não se trata apenas de convocar os aspectos problemáticos que a conjuntura do direito actualmente denuncia, mas de considerá-lo a ele próprio, ou directamente em si e na subsistência do seu sentido, como problema. É que no plano das realidades evolutivas e, portanto, no plano estrutural não é seguro que o direito enquanto tal subsista, pois não é impensável que o seu sentido — e o sentido é ontologicamente constitutivo dos seres culturais — não esteja em superação nos pressupostos e dimensões das sociedades que o nosso tempo está a forjar. Pelo que justamente a dúvida quanto à inferência *ubi societas, ibi ius*, ou seja, a sociedade sem direito não é tão-só o limite lógico da extrema problematização que sofre o direito nos planos crítico e sociológico, ou ao nível do juízo e dos factos, é algo que se pode *inclusive* reconhecer no horizonte real da

evolução (ou de uma certa evolução) das actuais estruturas sociais e culturais — é, digamo-lo assim, uma possibilidade histórica e a fazer com que “o fim do direito” não seja um tema absurdo. Com esta nota, porém: o problema humano-social que o direito tem milenarmente tentado resolver não fica eliminado, o que se verifica é que são já identificáveis soluções (ou propostas de solução) diferentes da sua para esse problema. Que tanto é dizer que o direito tem (ou se lhe propõem) actualmente alternativas — que deixou ele de ser um necessário, para ser, quando muito, apenas um possível. E daí, que a ele próprio o tenhamos de ver igualmente hoje como alternativa. Eis, pois, o primeiro ponto: *o direito como alternativa*.

Só que — e tocamos decerto o decisivo — tudo acabará por se nos impor em termos de uma opção humana fundamental que é também histórica: o direito será ou não será em função de como o homem, na sua plurideterminação actual, a si próprio se compreenda e, com fundamento nessa compreensão, se decida a sua opção histórico-social — no fundo, a opção do sentido de si e da sua coexistência convivente. O que, já por isso, torna imprescindível uma análise comparativa: entre o que de humanidade — e mesmo de hominização — se ganha e se perde com as soluções alternativas de não-direito e a solução alternativa do direito. E se o balanço nos levar a concluir — como estou em crer nos levará — *que o direito (posto que não um qualquer direito) implica essenciais dimensões humanas que as outras soluções sacrificam, então a sua alternativa não será uma qualquer alternativa, mas verdadeiramente a alternativa humana*. Pelo que ainda um segundo ponto, a refluir sobre o exacto sentido do primeiro: *o direito como alternativa humana*. E a fazer-nos compreender o regresso novamente do paradoxo: o fim do direito é hoje pensável, mas, também, nunca como hoje foi tão veemente a invocação do direito num renovado esforço de reconstituição do seu sentido. A razão é simples — na doença se reconhece o valor da saúde, na morte se retoma o sentido da vida. Cabe aqui afinal o verso de HOLDERLIN: “Onde está o perigo, nasce também o que salva” (*Wo aber Gefahr ist, wächst das Rettende auch*).

## 2. A Situação Problemática

Nestes termos, um ponto de partida elementarmente se nos exige: que atendamos à específica situação problemática relati-

vamente à qual tudo isto há de ser pensado. Mas não sendo esta a circunstância para uma análise detida, também dessa situação, teremos de bastar-nos com invocá-la pelas suas linhas mais salientes, como que num esboço a traço grosso.

### 3. O Relevô do Contexto Sócio-Cultural Geral

Consideremos, em primeiro lugar, o contexto sócio-cultural geral em que se manifesta o factor mais exógeno — digamo-lo assim — da actual problematização do que até hoje tem sido a nossa “civilização de direito”. E factor que bem compreenderemos no seu verdadeiro relevô, se tivermos presente esta verdade, que invocamos num enunciado do tão prometedor como malogrado RENÉ MARCIC: “quem quer o homem haverá de querer o direito”. Posto que isso logo nos obrigue a esclarecer de que “homem” assim falamos. Diremos: não falamos do homem, nem da bioantropologia, nem da etiologia, nem da sociobiologia, ou sequer mesmo da antropologia científico-cultural estrita. Falamos do homem-pessoa — que é mais do que o *zoon politikon* aristotélico, mais do que o *animal rationale* justamente criticado por HELDEGGER, mais inclusivamente do que a individualidade definida por BOÉCIO, pois o que decisivamente distingue esse homem não é o seu *ser substancial*, mas o seu *ser-pessoal*. E a significar o homem de liberdade assumida (de assumida liberdade convivente) e, portanto, de responsabilidade; capaz de amor e de pecado e, por isso, sujeito de dignidade e de culpa. O homem que é assim com os outros no mundo e nas condições desse mundo. Ora, é deste homem, e não de outro, que justamente se nos diz que “o homem é antiquado” (G. ANDERS) perante o progresso científico, que “o homem está em vias de desaparecer” (M. FOUCAULT), pois que culturalmente seria apenas “uma invenção recente, uma figura que não tem dois séculos, uma simples ruga no nosso saber e que desaparecerá logo que seja encontrada uma forma nova” que o reduza. E essas “formas” novas não estão já aí: a *natureza-trabalho* e o seu sistema histórico dos interesses, a *bio-eros* e as suas pulsões provindas já do irracional profundo do código genético, a *estrutura* e a sua invariante necessidade, o *sistema* e o *continuum* da sua homologia universal?

Reconheçamos que numa particular evolução dos referentes moderno-iluministas que, através do positivismo cientista de oito-

centos, atingiu a racionalidade tecnológica dos nossos dias — a racionalidade daquela “razão instrumental” (HORKHEIMER) ou daquela “razão calculadora” (HEIDEGGER) que tem por padrões decisivos a “eficiência” dos resultados e a economia do processo (HABERMAS) —, do mundo humano virtualmente deserta a *vita contemplativa* ou aquela *epistême*, que, segundo os gregos, através do *nus* atingia a *sofia* em que a meditação metafísico-ontológica vinculava o *logos* ao horizonte do *ser*. Desertam mesmo a *vita ethica* e a sua *praxis* — como a diferenciada especificidade da acção convocada pelo sentido e o valor — para cederem os seus lugares apenas à *techné* — embora esta também mais em sentido contemporâneo do que grego — que absorveu a *poiêsis*. O que quer dizer — bem se sabe — que, na linha do princípio moderno de que o homem só conheceria o que ele próprio faz, o fazer científico-técnico repeliu a *sabedoria* e tenta substituir-se à própria *prática* — é deste modo, como nos diz HABERMAS, que actualmente se confundem os problemas técnicos com os problemas práticos e “o poder de agir com o poder de manipular as coisas”.

Como resultado isto daquele *continuum* trabalho-ciência característico também do mundo moderno, pelo qual “as ciências positivas se tornam forças produtivas da evolução social” (HABERMAS) e em termos de a ciência, a técnica e a indústria se articularem hoje num processo circular (HABERMAS), que se repete no outro círculo da economia, da ciência e do poder. É que se, por um lado, MARX pôde dizer o trabalho “não só meio de vida, mas a primeira necessidade da vida” e dele faria, também aqui inspirado em HEGEL mas com um importante desvio, o *definiens* do próprio homem — com o que, observa HANNAT ARENDT, não estamos senão perante “a formulação radical e lógica duma tese aceita por toda a idade moderna” naquele “trabalhismo” censurado por CHENU e em que HEIDEGGER nos pôde mostrar a essência do materialismo a que também alguma teologia não resistiu —, por outro lado, o trabalho potencia-se na técnica e, pela mediação desta, atinge a sua acabada racionalidade na ciência. A ciência decerto galilaico-cartesiana, enquanto uma metodológica operatória que, através de uma analítica abstractamente formalizante, constrói esquemas ou teorias explicativas susceptíveis de se converterem em modelos de intervenção e transformação finalística, e, por isso, tecnologicamente mobilizável —

não se sustenta hoje uma concepção simplesmente instrumental da ciência e não se duvida já que ela tenha ainda a ver com o problema da verdade? O que a nós importa, no entanto, é ter presente que aquele *continuum*, a que aludimos, é base constitutiva do sistema económico-social do actual mundo humano e que, desenvolvendo-se ele com a sua lógica interna — conclusão generalizada a partir de GEHLEN e que MARCUSE vulgarizou a seu modo — viria a culminar num sistema social que é imposto ao homem como que numa absoluta heteronomia em que ele próprio se assimila e suprime. Se vê assimilado no que se dizem sistemas homem-máquina; se vê suprimido nos sistemas de cibernética auto-regulação — onde para além das “máquinas programadas” se têm já de considerar as “máquinas adaptativas” ou “máquinas capazes de aprender” e se anunciam mesmo as “máquinas de governar”. Tudo o que, como observa ainda HABERMAS, cria uma situação inteiramente nova: “pela primeira vez o homem, enquanto *homo faber*, pode-se totalmente objectivar e reencontrar perante ele, nos seus produtos, aspectos tornados autónomos da sua acção instrumental”. Ou seja — podemos nós dizer — o homem converte-se a uma objectiva exterioridade que totalmente, na sua interna pessoalidade, o anula.

Trata-se, pois, de um mundo este, que tende a ser o nosso, de uma auto-subsistência tecnológica, em que a qualidade se quantifica e tudo é função de mecanismos operatórios, e, bem assim, dos objectivos que se admitem apenas em termos de produção; em que o espiritual abdicou no puro racional e a redução formalizante se tem mesmo pela única estrutura da razão; em que a máquina substitui e ultrapassa o homem ou em que este, quando não é supérfluo, se tem de integrar como elemento em circuitos mecanizados de global integração. E, num mundo assim, decerto que aquilo que essencializa o homem que começámos por invocar, tende também a não ter lugar. KONRAD LORENZ viu mesmo, em tudo isto, a base para a hipótese de um involutivo “declínio do homem”. Nem ficam as coisas por aqui, porquanto, qual PROMETEU que se imola no próprio fogo que arrebatou, ao homem atinge-o ainda o que pode dizer-se o nihilismo da sua total redução científica. E é neste ponto que aquele homem do principio verdadeiramente desaparecia, porque deixaria sequer de ser pensável — digamos em linguagem kantiana, porque lhe seria suprimida a sua própria condição de possibilidade. É que,

depois das conhecidas e sempre invocadas humilhações cosmológicas (a tocar o lugar no mundo referido a Deus), histórica (a tocar a liberdade), biológica (a tocar a humana meta-animalidade) e psíquica (a tocar a própria consciência) que se tem de agradecer respectivamente a COPÉRNICO, MARX, DARWIN e FREUD, podemos já falar de uma final humilhação antropológica. Pela redução agora do homem ao código genético, com o seu determinismo biológico. Se W. WICKLER explicita *A biologia dos dez mandamentos* e EDUARD O. WILSON nos afirma que a *Biologia como destino*, é com este último, a partir da sua *Sociobiology. The new synthesis*, e não menos acompanhado pelo nobel F. M. BURNET, que *sociobiologia* passou à ordem do dia, na tentativa de nos desonerar da ilusão da liberdade — pois não seríamos senão instrumentos da espécie que os genes mobilizariam através do comportamento. Mais do que isso, chega mesmo a afirmar-se uma continuidade evolutiva entre o biológico (ou o mecanismo dos genes) e o mecânico (ou o mecanismo auto-regulador) em termos de se haver de reconhecer na acção e nos seus fins uma “escolha sem princípio de escolha” — aliás KANT já o tinha dito melhor: *Zweckmasstigkeit ohne Zwecktatigkeit*. E assim se depararia o homem com o seu “paradigma perdido”.

Bem sabemos que, quanto a estas teses, há muito que se lhes diga no próprio plano científico e perante o seu unilateralismo epistemológico. Que nelas uma vez mais temos uma extrapolação cientista, sempre pronta a confundir condicionamento com determinação, a esquecer a autonomia das mediações do conhecimento e a omitir nos resultados científicos o acto que os produziu, ignorando assim aquela epistemológica “reintegração do sujeito tão recentemente invocada por E. MORIN mas que já estava no falível convencionalismo de POPPER e, sobretudo, se faz evidente na actual problemática epistemológica que todos os dias se aprofunda — sendo certo que, desse modo, e pelo homem concreto que conhece, é no próprio conhecimento científico que reentram irreduzidas a sociedade, a história e a ética, ou seja, a ciência é também um constituído-determinado que não pode aspirar a ser o único constituente-determinante. Mas teses que não podemos minimizar, como serem elas uma relevante dimensão do contexto cultural da nossa actual compreensão — da compreensão da nossa existência e do nosso próprio sentido nela. Pois, não é inegável a tendência científico-

-cultural da “absoluta dispersão do homem”, diagnosticada por FOUCAULT? E termos como “consciência” ou “personalidade” — digamo-lo também com LOMBARDI — não designam simplesmente um resíduo obscuro, o conjunto dos problemas, por ora não resolvidos, e imperfeições, por ora não sanadas, na constituição física e psíquica do homem”? Assim como é neste contexto, que podemos entender FOURASTIÉ, quando, ao anunciar-nos a “sociedade científica” — que, apesar de tudo, ainda não seria a nossa —, nos diz que as “decisões-opções” próprias da moral, servem apenas para substituir as “decisões-soluções”, a obter cientificamente, que também ainda nos faltam. Estaríamos assim no limiar de uma totalmente diferente realidade humana, aquela que, com base na ciência e segundo as palavras de MONOD, implicaria “a definição de uma nova e única fonte de verdade, a exigência de uma revisão total dos fundamentos da ética, (...) o abandono definitivo da “antiga aliança”, e necessidade de forjar uma nova” (Posto que — e é esta também uma nota significativa — não impedisse isso o lastimável fracasso dos vinte e três Prémios Nobel, reunidos em 1983, em Paris, para refletir sobre “Tecnologia, ilusão ou progresso. A ciência em face da moral”).

E ainda que nem sempre se vá tão longe — como no-lo mostra o ensaio de um ERWIN QUAMBUSCH (*Rechts und genetischer Programm*), na sua mais nuanceada tentativa de recuperar, com bases científico-antropológicas, o projecto antigo do próprio direito natural —, como não ver já em tudo isto, naquele mundo económico-social e neste contexto científico a formar-se um horizonte para radical problematização dos tradicionais referentes práticos, em que logo se terá de incluir o direito, por que algo diferente deles se inferirá daí a tentar dar solução aos problemas do nosso encontro comunitário?

#### 4. *A Situação Problemática no Universo Especificamente Jurídico*

##### 4.1. *A Perda do Sentido do Direito*

Interrogação — com a dúvida implicada — que mais se justifica se tivermos, por outro lado, em conta, a específica e actual realidade jurídica: pois ela caracteriza-se — decerto como



um resultado paralelo e com a mesma matriz do anterior — por uma evolutiva perda do sentido do direito. A dúvida não tem assim só condicionamentos exógenos, reconhecem-se-lhe também raízes endógenas. Ponto que referirei igualmente numa brevíssima síntese e pela simples chamada de atenção para três tópicos: a *estatização do direito* ou a sua acabada politização a partir do legalismo moderno-iluminista: a sua *total positivação* com a sua formal contingência decisória, que veio a seguir com o positivismo jurídico e se acentua nos nossos dias — pense-se nas análises de LUHMAN —; a *socialização do direito* ou a sua finalística instrumentalização pelo *Welfare State*, que hoje sobretudo o caracteriza e em que tudo veio a culminar. Com as consequências verificadas e que são as seguintes. Tornando o direito expediente regulativo-organizatório já de uma estratégia política, já de um projecto tecnológico que lhe são heterónomos, vê-se ele submetido a um exclusivo finalismo de oportunidade político-social que de todo lhe subtrai valores e fins próprios e lhe impõe uma índole tão-só programático-regulamentar — *as leis como que passam todas a ser “lois réglementaires”* (RIPERT) —, não intencionando fundamentos normativos nem preocupadas com juízos de validade, mas propondo-se simplesmente a orientar e organizar a acção directamente executiva, com vista a certos e ocasionais efeitos programados. E sendo aquele finalismo função de objectivos que sempre se renovam e na prossecução, tecnologicamente perspectivada, de efeitos-resultados que nunca se alcançam, dado o insaciável dinamismo das reivindicações político-sociais assim como a crescente complexidade de todas as sociedades, assiste-se, por um lado, ao que bem expressiva e exactamente se considerou o “*consumo de direito*” — a uma contínua produção-consumo do direito em leis, decretos, regulamentos etc., ... mas de cuja eficácia temos boa experiência; por outro lado, e em virtude também da sua perspectivação tecnológica, à entrega da criação-produção jurídica a “peritos”, a equipas técnicas e burocráticas, numa “*expertocracia*” (F. WERNER) que se projecta no seu conteúdo e profundamente lhe altera o espírito. Pelo que os resultados não podiam, na verdade, ser outros: já uma produção em série, desarticulada e de total instabilidade de prescrições jurídicas a prosseguir fins contingentes, que necessariamente avilta o sentido do direito e corrói a consciência jurídica — exactamente a situação, que ARNDT

disse de “*muitas leis e pouco direito*”. Já a convocação do jurista à consideração de questões técnico-sociais cada vez mais diferenciadas e dispersas que verdadeiramente o convertem num acritico “engenheiro social” (POUND) e para quem as questões jurídicas perdem a referência intencional ao direito enquanto tal. E em síntese, a paradoxal situação de vivermos numa “conjuntura de direito” (F. WERNER), mas em que o próprio excesso conjugado com o instrumental finalismo e o intencional esvaziamento de mera tecnicização essencialmente anulam o seu significado ou o transformam noutra coisa.

Resultado este afinal que nos obriga a perguntar se o direito não estará verdadeiramente pronto a ceder o seu lugar a outros reguladores sociais. Não será também ele, tal como o homem, já antiquado?

#### 4.2. *A Recuperação do Sentido do Direito*

Só que — haverá hoje também de perguntar-se, reinvocando a outra dimensão da paradoxal situação problemática — é isto o presente ou já o passado, ainda que próximo? As dúvidas, mais do que dúvidas, as decepções suscitadas por esse novo “paraíso prometido” do providencialismo estadual e tecnológico que se fizeram particularmente evidentes a partir da década de 70 — tenham-se presentes o tema recorrente da “a crise do Estado-providência” (P. ROSANVALLON) e a crítica recuperante do neo-liberalismo — têm provocado duas reações opostas. Ou uma como que fuga para a frente, pelo vislumbre e pleno desenvolvimento da sociedade “pós-industrial”, e sociedade científica da informatização e da cibernética, que se nos imporia como *Le defi mondial* ou nos submeteria à *Third Wave*; e que no campo específico do direito, com a preferência de *taxis* ao *kosmos* e a hipertrofia de *thesis* perante o *nomos* (HAYEK), convocaria igualmente a computadorização e cibernatização do jurídico. Ou uma desmitificante reflexão crítica e as propostas reconstrutivas de uma sociedade mais humana, mais à medida do homem e da complexidade dos seus referentes e das suas dimensões, e que nos preparassem *Pour sortir du XX.<sup>e</sup> siècle*. Cabem aqui os dois actuais movimentos, aparentemente contrários, quer do que pode dizer-se, com MARC GALANTER, a “resposta comunitária” da procura de modos de solução dos conflitos sociais fora dos tradi-

cionais processos jurídico-judiciais e de carácter informal, espontâneo, pessoal, não-profissionalizado — uma das modalidades da actual desjuridicização —, quer da recompreensão do sentido e intencionalidade materiais do direito para além da estrita e sistemática racionalidade da legalidade estadual, uma nova distinção do direito perante a lei, que recusa a identificação da *nomos* com a *thesis*.

Movimento este último — decerto o mais relevante, pois o outro como solução global é uma impossível regressão — de importância decisiva no que pode também já hoje dizer-se o esforço de recuperação do sentido do direito, em contrapólo à perda desse mesmo sentido, através de sua político-social instrumentalização, a que nos referíamos e à tendência mesmo de superação do próprio direito pelas soluções política e científico-tecnológica, que iremos ainda considerar. Enquanto tópicos fundamentais dessa recuperação, em que de novo o *ius* se autonomiza da *lex* e se lhe impõe axiológico-normativamente, chamarei a atenção: no plano político-jurídico, para a reafirmação do Estado de Direito material referido, e ao serviço da dignidade da pessoa humana, perante o Estado de Direito de mera legalidade; no plano axiológico-normativo, para a reiterada proclamação dos direitos do homem, indisponíveis pela lei estadual, e bem assim para o reconhecimento de princípios normativos a imporem-se como critérios de validade da própria lei; no plano institucional, para a revisão do princípio da separação dos poderes em termos de reforço e ampliação do poder judicial, a implicar não só o reconhecimento do efectivo e indispensável poder criador de direito exercido pelos tribunais, e assim da legitimidade do *Richterrecht*, como a afirmação da jurisdição enquanto a sede decisiva de constituição e manifestação do direito pela sua própria realização e não menos enquanto a instância (seja constitucional, seja ordinária) em que o direito deverá ser assumido na sua verdadeira autonomia contra os poderes sociais e políticos; no plano doutrinal e em que os *topoi* anteriores encontram sistemática explicitação, para um novo entendimento do direito postulado pela distinção, já metodológica (a realização do direito não se confunde com a aplicação da lei), já dogmática (o sistema jurídico é pluridimensional e não se reduz ao sistema legal), já normativa (o direito vigente

não se esgota na lei, mas constitui uma ordem normativa trans-legal), entre justamente a lei e o direito.

## 5. *O Problema e o Sentido Geral do Direito*

Pois bem, se é esta a actual situação problemática, com toda a sua complexidade e a pluralidade das suas diversas dimensões, na qual o direito parece simultaneamente perder-se e recuperar-se, dir-se-ia condenado a morrer e tenta renascer, não será este o momento, e por isso mesmo, em que a reflexão sobre o seu sentido e função no nosso tempo se haverá de radicalmente retomar?

Questão fundamental, justificada pelas circunstâncias e funda perplexidade, que nos remete assim ao núcleo do nosso tema. É o próprio problema do direito que está em causa e não podemos iludir. Problema que nos obriga a perguntar pelo seu *porquê* essencial — por que o direito e particularmente hoje. Pergunta que não fazemos, todavia, numa intenção ontológica — pressupondo o direito e para interrogá-lo tão-só no que ele é, nessa sua pressuposição — e sim numa intenção que diremos antes fundamentalmente problemático-constitutiva. Invocando o paradigma heideggeriano, trata-se de nos perguntarmos “porque é em geral o direito e não pelo contrário o não-direito” — ou seja, porque emerge o direito no nosso mundo e para quê emerge ele aí, a que se deve a sua constituição e que sentido cumpre ele nessa tal constituição. Pois só deste modo ficaremos em condições de saber se a função imputada do direito na realidade humana é ou não indispensável e se essa função na nossa humana realidade pode ser ou não desempenhada por algo diferente dele — desde logo, pelas alternativas que hoje se lhe insinuem. Ninguém espera, evidentemente, que eu me ocupe aqui de forma acabada de toda esta problemática. Ficarei pela mera referência às coordenadas que julgo mais relevantes.

Começando por chamar a atenção para as *condições essencialmente constitutivas do direito*.

A — Direi que é a primeira dessas condições a *condição mundanal*: o mundo é um e nós, os homens nele, somos muitos. E por “mundo” entendo todos os mundos — os três mundos na diferenciação de POPPER, se quisermos, desde a realidade natural-física à realidade cultural-ideal. Esta condição básica, que tem tanto de elementar como de irreduzível, pela qual a pluralidade

dos homens se depara na unicidade do mundo, fez decerto com que os homens, ao comungarem assim o mesmo mundo, o comunguem num duplo sentido: *com* os outros e *através* dos outros. Este último ponto, porque, interferindo todos na habitação do mesmo mundo, só o poderemos cada um de nós usufruir pela *mediação* dos outros — mediação negativa ou de obstáculo, mediação positiva ou de conjugação e associação. De qualquer modo, numa correlatividade de situações e comportamentos que é verdadeiramente mais do que o *ad alterum* dos autores clássicos, pois é exactamente a *intersubjectividade*. E sendo-o, isto significa, em consequência, que a condição mundanal se converte sempre numa *condição social* — quer dizer, os homens só podem existir, e existir coexistindo, por uma básica mediação social a organizar.

B — Como segunda condição, temos aquela que nos seja lícito também designar por condição *antropológico-existencial*. Pois se vivemos a nossa condição social decerto como *homens*, isso implica que a vivemos numa *indeterminação intencional*, numa *insociável sociabilidade* ou polarizada dispersão pessoal que se dialectiza com uma trópica comunicação, e numa contínua *variação histórica*.

Conjuguemos a indeterminação e a dispersão, e projectemo-las conjugadas no tempo — o resultado é uma contínua variação nas intenções e nas objectivações tanto individuais como sociais. Variação que tenderá mesmo a impedir a própria subsistência de um mundo — de um unitário (ou pelo menos suficientemente compossibilitante) e estável (ou pelo menos suficientemente contínuo) espaço e meio de coexistência. Tocamos aqui o espectro como que de uma anomia radical, de um caos originário que o homem pelos riscos da liberdade e a vivência da angústia, sem excluir a experiência revolucionária, nunca deixa de ter presente no fundo da sua consciência. Recordemos, quanto a este ponto, GEHLEN: “o caos é exactamente o sentido do mais antigo dos mitos, prévio e natural, enquanto que o cosmos é divino e sempre em perigo”.

Tudo isto já hoje banalidades? Sem dúvida. Mas há banalidades significantes e mesmo imprescindíveis. Que maior banalidade do que postular-se tautologicamente que “o ser é e o não-ser não é”? E, todavia, ao enunciar deste modo o “princípio da identidade”, PARMÉNIDES explicitou a condição fundamental

do pensamento (que não seja demasiado dialéctico, é certo). E que dizer do nada que é o zero, mas sem o qual não teria sido possível o desenvolvimento da matemática? Ora, outro tanto se dirá no nosso caso.

Das aludidas condições mundanal e antropológico-existencial temos os primeiros pressupostos da inferência. Pois seres indeterminados, dispersos e de contínua variação, e que são assim numa imensa pluralidade, só poderão conviver num mesmo mundo se lograrem vencer as dificuldades postas por essas suas características naturais (admitamos esta expressão incorrecta), através da criação cultural de uma como que segunda natureza em que essas dificuldades sejam correlativamente superadas — uma segunda natureza em que culturalmente se afirme o que naturalmente parece negar-se, e para que, desse modo, seja possível o que imediatamente parece impossível. A segunda natureza cultural que nestes termos se exige é, bem se sabe, uma *ordem*. Com efeito, numa ordem que o seja historicamente, a pluralidade converge numa *unidade* e a indeterminação intencional vê-se superada numa *objectivação dogmática*, assim como a dispersão numa *integração* e a variação numa *institucionalização*.

C — E todavia, dito isto, ainda não temos respondido à pergunta pelo porquê do direito. Referimo-nos a condições necessárias para a sua emergência no mundo humano, mas ainda não temos todas as condições suficientes para a sua constituição. *Nem todas as ordens sociais são, só por isso, ordens de direito. Basta pensar que não o são nem uma ordem de puro despotismo ou de total sujeição*, a traduzirem-se, como tais, numa factualmente inumana *ordem de necessidade*, nem a administração pura (ou de pura eficiência) que se traduz, por sua vez, numa simplesmente organizativa *ordem de possibilidade* — não são ordens de direito quer 1984 e o *Gulag*, quer o *New brave world*. E então, para que uma ordem de direito se constitua há que acrescentar uma terceira condição, agora uma *condição ética* — graças à qual a ordem social se poderá compreender e realizar como uma normativamente significativa *ordem de validade*. Trata-se daquela condição que postula aos homens, e a cada homem, a qualidade de *sujeitos* uns perante os outros, que não apenas de objectos disponíveis, e qualidade que só poderão obter pelo *reconhecimento* — pelo reconhecimento recíproco da sua autónoma

eticidade. Foi nesse sentido que HEGEL pôde dizer que *der Menschen is Anerkennen*. Pois se é o reconhecimento que confere dignidade e possibilita, pela pessoalidade em que investe, a relação entre pessoas, também sem relação entre pessoas, enquanto tais, não há direito — não há direito para os escravos. É que com o reconhecimento do sujeito pessoal vai implicada a *exigência de fundamento* — para as pretensões que eu dirija aos outros e para as obrigações que os outros me queiram impor —, exigência de fundamento que, do mesmo passo que exclui o *sic volo, sic jubeo* e convoca uma integrante *corresponsabilidade*, só pode ser cumprida na referência a uma normativa *validade* — a validade constituída pelos valores, com a normatividade implicada, que na sua universalidade ou transindividualidade normativa dêem sentido, justamente fundamentante, ao que uns perante os outros na intersubjectividade afirmamos os nossos direitos e se nos dizem os nossos deveres, aquilo que exigimos e aquilo que se nos exige. Ocorre aqui invocar de novo HEGEL, embora com alguma liberdade de contexto, ao dizer-nos ele nos *Grundlinien der Philosophie des Rechts* que “o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas”.

Posto isto, podemos formular já uma primeira conclusão, a saber: o direito é apenas uma *solução possível* para um *problema necessário*. O problema vimos qual seja — o da constituição de uma ordem e enquanto é esse problema imposto pelas imediatas condições da nossa coexistência no mesmo mundo. E o direito só será uma solução possível para esse problema, porquanto, se a sua constitutiva emergência depende de que o homem se assuma como sujeito ético mediante o seu próprio reconhecimento como pessoa, é esta uma condição que se pode verificar ou não. As duas primeiras condições não dependem do homem — são expressões “naturais” da existência humana no mundo —, mas a terceira condição já depende dele, pois é função de como o homem se compreenda e reconheça — sendo certo que não se trata agora de *realidade*, mas de *valor*.

Conclusão que em si mesma conduz a uma outra: se o problema é necessário e o direito nos oferece só uma sua solução possível para esse problema, não ficam excluídas em princípio outras soluções possíveis. Numa palavra, não ficam excluídas em princípio alternativas para o direito.

## 6. As Alternativas ao Direito

Conclusões que seriam inócuos exercícios de dialéctica, de que nos poderíamos dispensar, se o assim pensável em geral não se mostrasse de efectividade logrável, e mesmo já programaticamente anunciada, na realidade contemporânea. As alternativas ao direito são identificáveis, na verdade, em tendências reais que vincam o nosso tempo: à *ordem de validade* do direito opõem-se tanto a *ordem de necessidade* do poder como a *ordem de possibilidade* da ciência (ciência tecnologia) e ainda a *ordem de finalidade* da política. Pelo que não é seguro que o também actual esforço de recuperação do direito tenha sem mais assegurado o seu êxito.

### 6.1. O Poder — A Ordem de Necessidade

Começaremos por chamar a atenção para aquela alternativa que tem raízes mais antigas, mas que no nosso século tirou todas as máscaras e se mostrou na sua inumana crueza. Trata-se da alternativa que pode ser constituída pelo *poder*. Decerto que o poder é *potentia* universal do ser — por isso pôde também SPINOSA ver nele o próprio “direito natural” — e não menos elemento específico de toda e qualquer comunidade política. Mas falamos agora do poder que a si se arroga o *constituens* da ordem humano-histórica e se afirma autarquicamente *causa sui*: poder absoluto na invocação e ilimitado nos objectivos. Um poder assim, sem dúvida existente em algumas modalidades do despotismo antigo, só pôde, no entanto, ser explicitamente considerado e pensado depois que MAQUIAVEL autonomizou o poder político no âmbito global da *praxis* e o justificou naturalisticamente no seu próprio êxito — perspectivando-o científico-empiricamente e projectando-o como uma técnica (*arte dello stato*). A partir daí, com efeito — dada a sua postulada desvinculação da ética ou a sua emancipação das validades comunitárias, onde, até então, só pudera ser factor ou elemento de integrada legitimidade num todo axiológico que o transcendia —, tornou-se o poder alternativa intencional: recorde-se HOBBS e todo o pensamento político posterior. E alternativa que não só passou a disputar a primazia no universo prático-político — que outra coisa foi, senão expressão desta disputa, a polémica moderna entre o jusnaturalismo e o Estado? —, como fez de todo consciente e deliberada



a exclusão do direito, fosse directamente, fosse pela sua instrumental e incondicional subordinação política (esta, na verdade, só uma ou outra forma de lhe excluir o seu verdadeiro sentido). Consciente e deliberada exclusão do direito, já porque a lógica do poder se passou a dizer *raison d'État*, já porque no *estado de excepção* e na possibilidade de o proclamar se afirmou a expressão pura do poder e da sua titularidade — ou seja, o poder é a *potentia* que recusa ou se diz liberto da “regra”, *facto* que se mede pela *eficácia* e não sentido que se funda na *norma*. E chegado aqui fácil é atingir o estádio, onde inclusivamente o princípio da funcional-utilitária eficiência “tudo é permitido” se vê convertido no princípio do poder ideológico-totalitário “tudo é possível”.

O que bem compreenderemos, se, mais profundamente ou para além deste fáctico decisionismo de superfície, tivermos presente que assim se essencializa o poder como *necessidade* — e como tal se oferece nele a própria antinomia da *validade* que o direito leva referida e lhe cumpre manifestar. Não só porque impõe a necessidade numa estrutura de domínio e submissão, mas sobretudo porque invoca sempre para a sua prática a índole de necessidade — já a necessidade da “natureza” (HOBBS), já a necessidade da história-espírito (HEGEL), já a necessidade da história-produção (MARX), já a necessidade do “eterno retorno” da própria “vontade do poder” (NIETZSCHE), já a necessidade de um qualquer “absoluto” ideológico etc. Necessidade perante a qual, por um lado, deixa mesmo de ter sentido a exigência de uma fundamentante validade — até porque a legitimidade, se apesar de tudo referida, se identifica aqui com a própria necessidade —, e apelo de validade que, aliás, sempre se considera “suspeito” e logo se repele para ser esmagada como “inimigo”; por outro lado, tudo se vê remetido a uma dinâmica de forças no quadro de um processo estratégico que vence resistências e, por isso, tende a suprimir as autonomias ou homogeneizar as diferenças. E então, neste universo em que, através da necessidade invocada, se afirmará que “a verdade reside no poder”, a pessoa enquanto tal é o supérfluo. Nem outra pode ser a consequência quando o poder, ao sustentar-se nessa verdade da sua necessidade, hegelianamente se postula, já por isso, o sujeito da história.

Pois não é tudo isto o que se tem verificado nas formas extremas do poder — afinal o poder sem máscara — sob os

ditatoriais poderes totalitários experimentados no nosso século, com os seus *chefes* e os seus *partidos únicos* proclamados os intérpretes “autênticos” da verdade político-comunitária e da própria história, e a invocaram, para suas justificações teóricas, “filosofias” ideologicamente propagandeadas — filosofias fundadas noutros tantos *idola fori* (a classe, a raça, o *stato* ético) e em referência aos quais o nazismo se dizia, na verdade, em submissão integral às leis da natureza e o bolchevismo-estalinismo não menos se afirmava expressão das leis da história?

Que à *ordem de validade* do direito o nosso tempo revela assim a possibilidade de uma sua alternativa na *ordem de necessidade* do poder, não pode efectivamente negar-se. É alternativa a considerar tanto mais seriamente quanto é certo que não só é diagnosticável no homem contemporâneo um perturbador “medo à liberdade” como a história mais recente do poder, mesmo depois da sua legitimação democrática e atinja ou não ele os extremos totalitários, tem sido afinal, como no-lo mostrou JOUVENEL, a história do seu crescimento: “Job pode ter morrido, mas o Leviatã, esse, não morreu”!

## 6.2. A Ciência — A Ordem de Possibilidade

Deixemos, no entanto, esta câmara de terror, para considerar sobretudo a alternativa que vimos especificamente insinuada na situação problemática com que começámos por nos deparar. É essa agora a alternativa da ciência. Ou seja, a alternativa constituição de uma ordem, através de uma social tecnologia científica — e que, orientada como é apenas pela racionalidade da viabilidade e da compassibilidade social dos efeitos de certos fins visados, nos é lícito dizer uma *ordem de possibilidade*. Assim, a alternativa da possibilidade científica tanto relativamente à validade do direito como à necessidade do poder. Alternativa ao direito — é o que nos importa —, já que a sua índole e critério não no-los dão uma validade, numa lógica de valor e normativa, mas uma possibilidade, numa lógica de funcionalidade e eficácia. Porquanto o que há de particularmente característico nesta ordem de possibilidade é que postulando a substituição dos *valores* pelos *fins*, os *fundamentos* são de todo preteridos pelos *efeitos* ou resultados. Não se pergunta se é bem ou justo o desejo, como perguntava SÓCRATES a TRASÍMACO, mas só quais são as conseqüências possíveis e co-variantes da reali-

zação do desejo para programar os modos de as realizar ou evitar. E se tivermos presente, por um lado, que os fins se articulam com os efeitos mediante verificações factuais de resultados, já que são entre si correlatos empíricos (o fim é a representação de um efeito que se torna motivo de acção, os fins são efeitos pretendidos) enquanto os valores e os fundamentos exigem compreensão de sentidos, como serem, por sua vez, correlativos de uma transcendental validade; por outro lado, que a validade exprime um integrante trans-individual, apenas assimilável intencionalmente num discurso significativa e que os fins se postulam na subjectividade (como pulsões, pretensões, interesses etc.), mas que só pelo carácter empírico dos seus resultados nos efeitos são susceptíveis de se submeterem à racionalidade científico-tecnológica — então a ciência e a tecnologia vêem-se mobilizadas para racionalizarem em compossibilidade social e darem viabilidade técnica aos efeitos de metas tão-só subjectivo-individuais. Metas subjectivo-individuais (sem excluir que o “individual” se possa exprimir no colectivo o “egoísmo dos grupos”), as quais, justamente nessa qualidade e como o *prius* determinante, recusam ou abstraem da transindividualidade axiológica e ética — como, aliás, sempre é próprio do funcionalismo estratégico, seja do utilitarismo político de ontem (BENTHAM, S. MILL, SIDGWICK), seja do pragmatismo sociológico de hoje — e que, podendo reduzir-se à categoria genérica de *interesses*, tendem sempre a considerar a *praxis* no quadro de um individualismo desintegrante e radical”.

Nestes termos, e enquanto explícitas alternativas ao direito, seriam pensáveis *sociedades científicas*, assim como é igualmente nessa perspectiva que nos nossos dias insistentemente se projecta a substituição do normativo jurídico por *tecnologias sociais*. Intenções uma e outra de um tempo de ciência (que tem a *Wertfreiheit* por princípio) e para homens atingidos por um dispersivo relativismo axiológico, quando não submersos pelo nihilismo prognosticado por NIETZSCHE e confirmado por HEIDEGGER, que não podem deixar de os remeter aos limites apenas da sua contingente e emocional subjectividade no domínio do prático, não obstante (*et pour cause*) a estrita objectividade no domínio teórico (teórico-científico) — sendo certo que esta “complementaridade entre objectivismo científico e subjectivismo prático” ou este “oscilar entre um positivismo e um irracionalismo”

o que verdadeiramente significa é a impossibilidade de uma “filosofia prática” susceptível de dar sentido e fundamento ético-cultural à humano-social coexistência. Ou, como acentua HABERMAS, neste modelo tecnológico a sua racionalidade científico-técnica acaba por ir a par com a irracionalidade das posições quanto aos fins, e o preço pago pelo radicalismo daquela racionalidade é a total liberdade do decisionismo (isto é, do arbítrio) na escolha dos fins mais elevados. Que tanto é concluir também com HABERMAS e não menos com APEL que esta tecnologia social resolverá o problema técnico, mas deixa por resolver o problema prático.

Deste modo, o que temos são homens socialmente cada vez mais surdos ao dever que responsabiliza e a procurarem unicamente uma desvinculada e imediata satisfação — satisfação num mundo tornado ele próprio menos morada do que objecto de manipulação e exploração que a possibilita. E sociedades científicas que desde BACON, passando logo pelo projecto da construção científica do Estado em HOBBS e, bem assim, pela sociedade fisiocrática de QUESNAY, até à sociedade tecnocrática dos “industriais” (matemáticos e engenheiros) de SAINT-SIMON e à “física social” de COMTE, sempre na verdade, se têm tentado conceber e que a ciência e a tecnologia actuais tornariam viáveis no *Estado técnico*, de que nos falamos, como de um futuro inexorável e já em gestação, J. ELLUL e H. SCHELSKY. O Estado ou sociedade das “constricções materiais” (*Sachzwange*), como este último diz, e que se traduzirá tanto na obediência às legalidades objectivo-materiais como na substituição da dominação política por uma administração orientada cientificamente. É nesta perspectiva de pura tecnologia social — ou de “engenharia social”, se quisermos — que nos vem da América o pensamento da perspectiva *análise económica do jurídico*, que passaria a subordinar-se a uma lógica apenas de eficiência numa como que contabilidade de custos e ganhos referidos dos recursos sociais; que, numa linha paralela, já algumas legislações, e como primeiras realidades de uma tendência que se alarga, abandonaram o tradicional regime jurídico da responsabilidade civil por um sistema administrativo-social de repartição e absorção dos danos; que em termos científico-criminológicos, posto que com a intervenção também de fortes ingredientes ideológicos e de uma total a-eticidade tolerante, se propõe a abolição pura e simples de

todo o direito penal, numa outra antecipação da “inocência do futuro” para “além do bem e do mal”.

Diga-se isto em geral e para reconhecermos que a alternativa de possibilidade pela “utopia” científico-tecnológica, com ser aspiração persistente, está efectivamente a bater-nos já à porta. E, perante ela, limitar-me-ei a duas notas críticas.

A) Vimos já que o projecto tecnológico ignora a dimensão prática, *stricto sensu*, da nossa existência e omite nessa ignorância a correlativa intencionalidade normativa, mas sem que logre eliminar o problema que essa dimensão implica e, muito menos, o possa resolver. A unilateralidade daquele projecto e este seu fracasso são, aliás, expressão da actual pretensão de conceber a vida humana sob os esquemas apenas da *organização* — numa “organização absoluta da existência” bem denunciada por HAYEK em que JASPERS viu a atitude de espírito da “moderna sofisticada” e relativamente à qual, posto que também por ela atingido, “o homem permanece outra realidade” — pense-se nas conseqüências radicais da racionalidade sistémica e cibernética. Todavia “o homem não se deixa deduzir de um número limitado de princípios; estes esclarecem, é certo, certas conexões que, de resto, só tornam mais evidente o que elas não comportam”. E por isso “o mundo novo — considera ainda JASPERS — não resultará da crise mediante a organização racional da existência como tal; o homem, que é mais do que aquilo que produz no mundo, realiza-se no *plano político* (para o qual a organização da existência é um meio) em conseqüência da sua vontade de totalidade e na *criação espiritual* por que acede à consciência da sua substância”.

B) Deverá depois ponderar-se que a lógica dos resultados, com que opera “a ordem de possibilidade da ciência” e por que ela afinal se define, implica a racionalidade de uma *eficiência global* que não se suspenderá perante efeitos reflexos sentidos embora como humanamente intoleráveis pelos homens concretos. É do que se deu conta a polémica com o utilitarismo na Inglaterra, quando se lhe opõem os *direitos do homem*; e nos Estados Unidos com a própria análise económica do direito, ao reconhecer-se que aqueles que com essa prospectiva venham a ganhar podem ser porventura disso menos merecedores do que aqueles que com ela acabam por perder — isto é, e numa palavra antiga, ao dar-se conta que a social eficiência económica pode ser *injusta*. Daí haver dito RAWLS, na sua lograda crítica ao tradi-

cional utilitarismo anglo-saxónico, que “the concept of right is prior to that of the good” — e o certo é que a partir dessa crítica, continuada por ROBERT NOZICK e sobretudo por RONALD DWORKIN, o tema axiológico da justiça e dos seus princípios normativos veio ao primeiro plano das preocupações político-jurídicas nesse mesmo espaço cultural.

### 6.3. A Política — A Ordem de Finalidade

Uma terceira alternativa é aquela que considera a total conversão do jurídico ao *político*. A ordem social não seria senão uma decidida estratégia política, uma funcional programação e institucionalização de certos objectivos político-sociais. Tratar-se-ia agora, e em coerência com a actual realidade social e cultural já referida, de verdadeiramente substituir os *valores* pelos *fins* ou uma pressuposta e comunitária contextual validade axiológica por um contingente finalismo político-social — e o “programa condicional” do direito pelo “programa final” dessa estratégia política. Finalismo que se pretende decerto submetido a um público discurso crítico — o que o sistema político democrático deveria permitir e fomentar, com o seu pluralismo numa *open society* —, mas que será sempre em último termo o resultado de uma opção imposta pela *decisão política* enquanto um compromisso num irreduzível pluralismo relativista; e a decisão política, que definirá o global programa de fins sociais a assumir pelo direito, manifestar-se-ia numa *constituição*. Depois, de natureza política será também toda a realização concreta que se tem dito do direito, embora no quadro normativo constitucional: sem dúvida ao nível da legislação, mas também ao nível da realização judicial, já que esta nunca deixa de ser normativo-juridicamente constitutiva em concreto, e “toda a criação do direito à política”. Conclusão esta que é já hoje um lugar comum na perspectiva que estamos a considerar: porque a concreta decisão constitutiva é teleológica ou finalisticamente orientada (o juiz decide “como se fora legislador” e segundo os mesmos objectivos político-sociais); porque se espera *inclusive* do juiz que ele seja um complementar colaborador do legislador na realização concreta do seu programa político-jurídico, e nesse sentido se fala mesmo de “instrumentalismo dinâmico” num sistema político-jurídico aberto e de contínua adaptabilidade (“Le juge n’est plus l’applicateur passif de règles et principes préétablis; il colla-

bore à la mise en oeuvre de finalités sociales et politiques”). Mas sendo assim, e porque ao mesmo tempo se não quer renunciar à proscricção o arbitrio, tentando impedir que as decisões concretas sejam a mera expressão das pessoais posições ideológicas do subjectivismo do decidente, postulam-se como coordenadas metodológicas fundamentais as seguintes:

A — *Intencionalmente*, a constituição deverá ser o referente politico-juridico fundamental — desse modo se proclama já a *passagem do Estado de Direito para o Estado de Constituição* (HAVERKATE) — e a relação entre a legislação e a decisão concreta haverá de pensar-se segundo um esquema de realização programática do tipo “estratégia-táctica”.

B — *Institucionalmente*, a realização do programa finalístico implicará, um sistema de organização de poderes e *contrôles* conjugada com uma particular estrutura processual que oferecerá a última *chance* de legitimação decisória.

C — *Metodicamente*, e uma vez que o politico-juridico não pode deixar de assumir-se constitutivamente na *decisão* — já porque faltaria um fundamento material absoluto, aquele que o “direito natural” pretendia, já porque o próprio *consensus* como referente fundamentante seria hoje ilusório (“a decisão através do legislador ou do juiz já não se baseia tendencialmente na experiência do consenso, mas na necessidade de pôr vinculadamente fim ao dissenso” (HAVERKATE) —, a sua racionalização só poderia ser dada por uma *fundamentação ad hoc*, uma contingente argumentação tópica.

Pelo que, duas perguntas já aqui: a decisão *versus* validade, ou esta a transcender aquela? Argumentação curto-circuitada na horizontalidade de razões que se equivalem num nihilismo fundamentante e em que, portanto, a decisão terá de ser a última palavra, ou argumentação que remeta para uma pressuposição axiológica e relativamente à qual as razões hão de justificar o seu sentido de validade ou decisão? Valor ou facto?

Simplesmente, se se ficasse por aqui pelo modelo politico tal qual ficou esboçado, não se ultrapassaria o nível do discurso, ainda que discurso assumido dialéctico-processualmente pela decisão institucionalizada e não se teria atingido o estatuto científico (entenda-se: o estatuto empirico-analiticamente científico), enquanto condição *sine qua non* de verdadeira objectividade de que a politica num tempo de ciência também não poderia

prescindir. Tanto à decisão discursivamente aberta sobre os fins, como à argumentativa decisão continuava a faltar o *contrôle* empírico-científico, mantendo-se assim insuperado o ideológico-normativo que aquela objectividade recusa. Aliás, o sociologismo prático reinante, não impõe outra coisa. Por isso, a perspectiva política sempre tende hoje a integrar-se por uma perspectiva *socialmente científica*. De dois modos: impondo uma racionalização científica à realização dos fins, pela mobilização interdisciplinar das ciências (antropologia, economia, criminologia, ciência política etc.) que permitam ajuizar cientificamente dos meios e da adequação deles para atingir os fins decididos. Racionalizando cientificamente os próprios fins, e as decisões que por eles se orientem, mediante uma sua crítica pelos *efeitos* — através, digamos, da sua “falsificação” pelos resultados. Efeitos ou resultados que, enquanto realidades empíricas, seriam não só empiricamente verificáveis como científico-nomologicamente tratados e ajuizados. Havendo por isso de dizer-se que a verdadeira possibilidade de cientificização que garantisse a objectividade prático-política a tínhamos aqui: construindo um modelo decisório que se determine por soluções alternativas justificáveis e criticáveis pelos efeitos; ou, se quisermos, por esquemas metódicos definíveis por uma empírico-analítica teoria da decisão — convertendo assim de novo o universo prático numa científica *tecnologia social* (*social engineering*). E para que o resultado final fosse a eliminação pura e simples do *normativo* no próprio domínio da prática social — a eliminação daquele dogmático axiológico-normativo que como resquício do teológico, aí teria sobrevivido até hoje, através do pensamento jurídico, como insistentemente afirma H. ALBERT. Vão neste sentido da eliminação do normativo axiológico por uma tecnologia social não só, expressamente, as propostas metodológicas de POPPER e de HANS ALBERT, projectando na prática político-social os esquemas do racionalismo crítico, como em geral a pretensão que sobretudo se generaliza de transformar a ciência do direito numa “ciência social”, no sentido empírico-epistemológico estrito do termo.

Ora, se a alternativa política faz deste modo ou através das ciências fundamentantes do seu decisionismo, nuclearmente também seu o modelo da alternativa científico-tecnológica, se é que nesta não culmina, vemo-nos, uma vez mais, remetidos para essa alternativa e então tudo o que criticamente conside-



râmos relativamente a esta última, vale do mesmo modo para aquela outra.

## 7. Conclusões

Que estamos perante alternativas, não há que duvidar. Pelo que se disse e agora se sintetiza: o direito postula uma *ordem justa* de sociedade e não tão-só uma *organização finalística e eficaz*, exige uma *validade que fundamente*, não se basta com uma *estratégia de fins* que apenas se testem empiricamente nos *efeitos*. Tem a ver com o mundo espiritual do *sentido*, que implica o dever-ser de uma normativa axiologia, não simplesmente com o mundo de programas decididos ou o mundo empirico da *factualidade* numa racionalidade tão-só de eficácia e de resultados. O direito é uma categoria *ética*, não uma categoria já *estratégica*, já "*científica*" — o seu universo é *prático-axiológico*, não apenas *decisório* e *técnico-intelectual*.

E não é isto tudo, em último termo, expressão de alternativa final que marca o nosso tempo, acabamento do homem moderno: a alternativa entre a *satisfação* e a *segurança* (pelo acesso e fruição dos bens consumíveis e exclusão dos riscos), por um lado, e a *dignidade* e a *responsabilidade* (pelo infuncional reconhecimento a cada homem da sua qualidade de sujeito ético, e a significar, como sabemos, a autonomia de sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidades) por outro lado? — ou, para dizê-lo com E. BLOCH, a opção entre o sentido axiológico do "direito natural" e os objectivos pragmáticos das "utopias sociais"?

Só que, se pensadas assim as soluções possíveis de um modo verdadeiramente alternativo, como as actuais tendências socio-culturais justificam que se pense, envolve isso perigos graves de que nos devemos dar conta — serão estas as nossas observações conclusivas. Pois decidida que seja a opção pelas soluções alternativas ao direito, em lugar do homem como *sujeito*, que imporá a sua autonomia, mas também responderá por ela, acabará por ter-se o homem como simples *objecto* de programação e técnicas, e ainda que com vista a benefícios que pareçam satisfazê-lo. Porquanto sabe-se que os benefícios que se pretendam obter através apenas de uma técnica social que abstraia, não fomenta ou mesmo exclua uma ética autonomia que se responsabilize, convocam um sistema que, parecendo no imediato *a favor*, acaba por ser radicalmente *contra* os homens beneficia-

dos. E justamente porque a indispensável tecnologia desse sistema, sem “factor humano”, não pode deixar de operar mediante uma lógica da eficácia só possível mediante uma operatória “domesticação do homem” (F. WERNER) que os nega como tais e os remete para uma comprazida irresponsabilidade, a culminar sempre numa total anomia e mesmo entropia social. Assim como se sabe também — já o sabia claramente TOCQUEVILLE e advertimos de novo HAYEK entre tantos outros — que a igualdade, que desse modo e como final objectivo político-social se pretende obter, sem o correlativo da liberdade-responsabilidade nunca deixa de ter por resultado a entrega abdicante a um poder-providência de que tudo depende e que, portanto, também tudo pode — é a raiz social dos totalitários despotismos, mesmo daquele, ou sobretudo daqueles que ganham corpo nas estruturas normalizadas da sociedade civil. Num caso e noutro é o apagamento do pessoal pelo social, na redução da pessoa à sociedade. Eis como pela via do que se dirá uma astúcia histórica como que se atingiria a *Gattungswesen* pensada por MARX. E não é esta crítica a recusa da corresponsabilidade humana pelos carecidos, mas o seu contrário, já que a responsabilidade só tem sentido e eficácia na dialéctica comunitária com a autonomia — do mesmo modo que a socialização ou a colectivização *ab extra*, e como totalizante organização, não é a superação do individualismo, mas a sua hipertrofia na indiferenciação e no isolamento de seres massificados, num segmentarismo incomunicante e esvaziante (porque sem dialógicas mediações pessoais). Nem se julgue que bastarão antídotos políticos contra o perigo daquele despotismo, numa mera dialéctica de poderes — tudo será vão se o homem não for reconhecido no seu direito.

Inferência esta que, aliás, a experiência cibernética corrobora e que o seu próprio pensamento não deixa de sufragar — vão nessa linha tanto a insistente advertência de N. WIENER, no sentido de à “causa do maquinismo” se não permitir que negligencie “a importância vital do elemento humano”, como a exigência de AUREL DAVID de um “novo dualismo”. Novo dualismo que ao direito particularmente competiria convocar, como sublinha neste impressivo enunciado: “Dans un monde qui avançait vers un monisme absolu, où tout tendait à devenir matière, où la vie et la pensée se réduisaient peu à peu à des réactions physico-chimiques, le morale tombant dans la sociologie, celle-ci dans la

psychologie, la psychologie dans la psychico-chimie, une discipline — dont les savants se désintéressaient — essayait de tenir la tête hors de la rivière matérielle: C'était le Droit qui persistait à diviser le monde en deux sortes d'êtres: les personnes et les choses."

Por tudo o que parece lícito dizer, em conclusão, que o direito é, na verdade, a alternativa humana nesta nossa circunstância, em que ele já só pode ser concebido como alternativa. Não se pretende com esta conclusão — evidentemente — recusar o progresso social possibilitado pela mobilização tecnológica, embora já se rejeite a total autonomia do poder. Mas só — e é o fundamental — que esse progresso não se vise à custa do que essencialmente humano se sacrificaria com a preterição do direito. Um dos grandes problemas do nosso tempo — e decerto para o pensamento jurídico o decisivo — é a integração de uma autêntica juridicidade (não regularmente formal, mas axiologicamente material) com as estruturas tecnológicas e as aspirações políticas da sociedade contemporânea — sendo certo que essa juridicidade só a poderemos obter de uma axiológica validade que transcenda a mera legalidade, tornada já simples expediente político. Não, ao direito contra o progresso científico-técnico e impeditivo da opção política; mas não, com igual força, ao esvaziamento ético-humano na prática social pelo abandono do direito. "O homem, consentindo neste despojamento — digamo-lo com as belas palavras de J. ELLUL —, renuncia ao mesmo tempo a uma das mais altas vocações, e a regra de ferro destrói a delicadeza de uma resposta obstinada, sempre posta em questão, sempre retomada, à dúvida das coisas sobre a virtude do homem." Pelo que se justifica a invocação de novo do certamente insuspeito NORBERT WIENER — pois é de algum modo o pai da cibernética — e dizer com ele, perante este perigo de o homem poder ser vítima do seu próprio feitiço: "É tarde e já soa a hora da escolha entre o bem e o mal."