

Direito – António Pedro Barbas Homem – 2024

1. Definir o que é o direito é uma tarefa impossível sem a consideração da sua historicidade enquanto conceito e enquanto instituição. Gregos, romanos e as sociedades medieval ou moderna tiveram respostas distintas a esta questão. Cada Estado teve e tem as suas próprias leis e costumes, instituições políticas e sociais. Todos os Estados continentais da Europa têm as suas constituições e os seus códigos, frequentemente semelhantes, mas também com muitas diferenças quanto ao modelo de organização do poder – temos repúblicas e monarquias, Estados unitários e Estados federais, regimes presidenciais e parlamentares – e quanto à estrutura da sociedade – por exemplo, com diferenças quanto ao regime do casamento, do poder paternal ou dos contratos – ou quanto à natureza das penas para os crimes. Muitos Estados do mundo ainda admitem a pena de morte e alguns inclusivamente os castigos corporais e a tortura. Quando analisamos a história e a situação actual específica do direito de cada Estado e comunidade damos-nos conta deste paradoxo do particularismo perante uma ideia universalmente válida de direito.

2. Se o direito é uma norma ou um conjunto de normas, para evitar o niilismo dos Estados e dos poderes, durante séculos prevaleceu no ocidente cristão o princípio da existência de princípios e regras superiores ao direito de cada Estado. Na tradição cristã, era essa a função do direito natural, de um lado decorrente da vontade de Deus revelada aos homens e, de outro, construído a partir dessa vontade de modo dedutivo. Nos nossos dias, as grandes declarações e convenções de direitos humanos ao nível mundial, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem das Nações Unidas, e regional, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assentam na existência de direitos inerentes aos homens que cada Estado tem a obrigação de assegurar.

Do mesmo modo, no constitucionalismo contemporâneo, na Europa continental posterior à segunda guerra mundial, os direitos fundamentais são também formulados a partir de uma mesma convicção acerca da existência de direitos anteriores ao Estado, que este deve garantir.

Os três elementos centrais dos direitos humanos e dos direitos fundamentais são a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade perante a lei.

Direitos naturais e direitos fundamentais são, assim, uma primeira face do direito dos nossos dias.

3. De outro lado, existem princípios gerais que, mesmo não sendo universalmente aceites, constituem o pecúlio do que frequentemente designamos como *ocidente* ou *civilização ocidental* e que resumimos na fórmula Estado de direito (ou, em inglês, *rule of law*).

Foi com o liberalismo que se definiu um princípio que ainda hoje continua válido: é livre (lícito ou conforme à lei) tudo o que não for proibido por lei. A liberdade ou autonomia privada é, assim, um princípio do direito. Esta autonomia é mais protegida em certas matérias que designamos por *vida privada* e *intimidade*.

O perímetro do que entendemos como direito e, portanto, dos comportamentos judicialmente exigíveis, confronta-se, então, com as matérias que entendemos que ou não têm dignidade jurídica ou entendemos que estão para além do direito. O jurista francês Jean Carbonnier utiliza a divertida expressão o *sono do direito* para referir que a vida afectiva, a vida espiritual e a vida em família devem estar livres da intervenção do direito, isto é, do legislador e do juiz.

A autonomia privada apenas pode ser limitada por lei, lei que desempenha uma função essencial de garantir a liberdade e, de outro lado, de a concretizar.

Este é outro paradoxo do direito. De um lado os direitos são garantias contra o Estado, mas, de outro, as leis do Estado são necessárias para concretizar os direitos.

Em vários códigos civis diz-se, a este respeito, que os contratos valem como lei entre as partes.

Hoje, no entanto, existe uma ofensiva para reduzir a reserva de liberdade e de autonomia. Como se generalizou o entendimento de que qualquer pretensão de um indivíduo ou de um grupo tem dignidade de direito fundamental e está protegido pela constituição e pode ser levado para decisão de um tribunal – porque os tribunais e, por último, o tribunal constitucional, exercem uma função de tutela de todos os direitos e interesses – cabe então aos tribunais decidir em última instância dessas pretensões.

4. O funcionamento do direito exige, em caso de conflito, a intervenção de um terceiro imparcial. É a *heteronomia*: para além da lei e dos direitos, outras instituições básicas do direito são o tribunal e o julgamento.

Para o cristianismo, o julgamento de Cristo constitui uma das recordatórias mais importantes acerca da necessidade de um julgamento justo e das suas instituições, um conjunto ou feixe de princípios e de regras que também designamos como *juiz*

*natural e processo devido ou justo (due process)*. Lei prévia, acusação responsável, garantias de defesa, especialmente direito ao contraditório, tribunal independente e juiz imparcial são concretizações institucionais destes princípios. Direito ao recurso, isto é, uma nova instância que julgue os julgamentos tornou-se outra das instituições do processo devido, de modo a procurar evitar o erro judiciário. Que estes julgamentos sejam feitos por um colégio de juízes – e não por um só – é outra exigência organizativa que acresce às anteriores.

Estas ideias justificam a importância que adquiriram nas ordens jurídicas ocidentais o processo e o procedimento. São instituições fundamentais, quer para a qualidade da democracia, quer do processo judicial e do procedimento da administração.

5. Cabe aos terceiros imparciais, os juízes, aplicar nos casos de conflito, as sanções especificamente jurídicas. Também aqui, apenas o estudo da marcha histórica do direito ocidental permite compreender a nossa situação actual, que aboliu a pena de morte, as penas corporais, a tortura, a chamada morte civil, o cárcere privado, os castigos corporais. Recordo, como exemplo, que até recentemente, era permitida a aplicação de castigos corporais aos menores nas famílias e nas escolas.

A responsabilidade civil tornou-se exclusivamente patrimonial. A responsabilidade criminal assenta na aplicação da pena de privação da liberdade, ao lado de outras penas.

6. Mas como reagir perante a injustiça de uma lei, de uma sentença ou de um contrato? Uma das mais importantes contribuições para o direito e para a política de uma visão que hoje conhecemos como tradição do direito natural ou ainda *jusnaturalismo* (esta uma expressão contemporânea) é precisamente a doutrina da justiça e do direito justo. Na verdade, e em especial na visão mais antiga, por exemplo de São Tomás de Aquino, o direito natural era o fundamento do direito positivo, no duplo sentido em que este se devia fundar naquele e, quando se afastasse, deixaria de ser exigido o acatamento das normas positivas.

O *Compêndio de Doutrina Social* da Igreja Católica recolhe o essencial dessa tradição, na verdade muito complexa e por vezes contraditória no seu desenvolvimento histórico, sob a forma do direito de objecção de consciência e do direito de resistência (n.ºs 393 ss., especialmente, 400-401). A consciência individual e a consciência

colectiva do justo são instâncias que, nesta visão, examinam a obrigação de cumprimento das leis ou de ordens quando elas implicam colaborar em ações moralmente erradas.

De acordo com estas doutrinas do direito existe um conjunto de regras objectivas ou pressupostas chamadas direito natural, que são o fundamento e referência para o direito positivo criado pelos Estados, assim estabelecendo a ligação entre o direito e a moral.

7. De modo distinto em relação às doutrinas do direito natural, uma outra posição doutrinária sustenta a separação entre o direito e a moral e a ausência de qualquer tipo de referências supra-positivas. No plano filosófico, o positivismo encontra-se associado ao utilitarismo e ao liberalismo oitocentistas. Existem muitas formulações diferentes desta visão positivista, aqui resumida à rejeição da existência de regras superiores ao direito positivo.

8. O direito e a ciência do direito encontram-se hoje perante desafios complexos resultantes das transformações dos Estados, das sociedades e das mentalidades. Ao lado de uma revolução industrial – com a inteligência artificial, a robotização e a Internet das coisas, entre outras manifestações – e de transformações aceleradas na economia e na estrutura laboral, as sociedades confrontam-se também com uma revolução cultural e social, acelerada pelas redes sociais e na qual muitos protagonistas exigem novos direitos e uma nova ordem jurídica. Com a globalização, fala-se de um constitucionalismo global e multinível, na medida em que, ao lado das fontes nacionais, em cada Estado também se aplica o direito criado por instituições internacionais. O papel criador desempenhado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunais Constitucionais no plano interno convoca uma discussão acerca da crise da legitimidade democrática do direito e do Estado, agravada pela omnipresença de comissões de especialistas não eleitos na formulação de políticas públicas e na manipulação da opinião pública.

Saber se estas transformações se concretizam num novo tipo de sociedade pós-moderna é um tema controvertido e da maior actualidade.

**BIBLIOGRAFIA:**

- António Castanheira Neves, Digesta, Coimbra, Coimbra Editora, I-II, 1995
- José de Oliveira Ascensão, O Direito. Introdução e Teoria Geral, Coimbra, Almedina, 2022
- Stephan Kirste, Introdução à Filosofia do Direito, trad., Belo Horizonte, Fórum, 2013