

DISCURSO DE AGRADECIMENTO PELA OUTORGA DO DOUTORAMENTO HONORIS CAUSA

Antônio Pedro Barbas Homem

Magnífica Directora,
Prezados Professores, Estudantes e Funcionários,
Minhas Senhoras e Meus Senhores,

Começo por agradecer o gesto das autoridades académicas da Faculdade Damas de conceder-me o título de Doutor Honoris Causa. O meu agradecimento tem muitas incidências pessoais.

Acompanhei o crescimento da Faculdade Damas ao longo dos últimos anos. O tempo esculpe-nos, nem sempre nos deixa mais sábios, mas sempre nos deixa algo de maravilhoso: novos amigos.

Como escreveu o nosso mestre Vinícius de Moraes,

«Eu talvez não tenha muitos amigos.
Mas os que eu tenho são os melhores que
alguém poderia ter. Além disso tenho
sorte, porque os amigos que tenho têm
muitos amigos e os dividem comigo.
Assim o meu número de amigos sempre
aumenta, já que eu sempre ganho amigos
dos meus amigos.»

A amizade com Irmã Miriam Vieira, Cláudio Brandão e George Browne foi trazendo novos amigos, os amigos dos amigos, e também estes novos amigos. Mas também foi apresentando meus amigos e os amigos destes aos novos amigos, de tal modo, como

um poeta melhor exprimiria, que o Sol nunca se põe quando se têm amizades espalhadas pelo mundo.

Esta ocasião é portanto um encontro de amigos em torno de um projecto científico e cultural que se tornou de excelência, a Faculdade Damas.

Recorro ao nosso português obrigado – expressão que não tem paralelo noutras línguas – e lembro um dos mais fascinantes livros do final da Idade Média portuguesa, *A Virtuosa Benfeitoria*, justamente sobre os prémios e as recompensas. Aí se ensina que agradecer é ficar obrigado: já estava e agora ainda mais estou obrigado à Faculdade Damas e às suas autoridades académicas.

Para o homenageado, é igualmente um tempo para rever os estudos, livros e outras publicações, realizações e fracassos, conjecturas e refutações científicas. Se existe algum tema que gostaria de focar neste momento, porque constitui uma relevante preocupação dos meus estudos, é o da relação dos homens com o tempo do direito.

Tema ambicioso e difícil, certamente, mas central em vários dos meus estudos e uma questão constante do ensino e da investigação da história e da teoria do direito, bem como de outro domínio epistemológico, o da filosofia.

Lembra o *imperador da língua portuguesa*, como Fernando Pessoa chamou ao Padre António Vieira:

«Se no passado se vê o futuro, e no futuro se vê o passado, segue-se que no passado e no futuro se vê o presente, porque o presente é futuro do passado, e o mesmo presente é o passado do futuro.»

O gosto da prosa barroca pelas figuras de estilo confundem-nos: mas se passarmos para os dicionários da língua portuguesa as perplexidades lexicais não ficam resolvidas, antes adensam-se.

Um dos mais divulgados dicionários portugueses, o da Porto Editora, define presente como «o tempo actual; o instante ou a linha ideal que divide o passado, que já não é, do futuro, que ainda não é».

Aurélio Buarque de Holanda escreve «Presente: o período de tempo, de menor ou maior duração, compreendido entre o passado e o futuro.»

Mas em que momento se passa do passado para o presente e deste para o futuro?

Só por ironia poderemos estabelecer uma data precisa, um dia e uma hora e exclamar: neste momento começou o presente!

Talvez continue a ser verdadeiro o dito de um dos maiores nomes do primeiro romantismo, Friedrich Schlegel, para quem o historiador é um *profeta do passado*.

Em diversas línguas, a semântica dos tempos passados exprime-se de modo diverso do português e o léxico distingue entre a memória, a narração, a reconstrução e a ciência ou conhecimento científico do passado: história, histórias, histórico, historicidade, ciência histórica, memória, antiquário, são palavras utilizadas para uma aproximação aos termos gregos *mnemosyne* e *anamnese* (ou, em alemão *Gedächtnis* e *Erinnerung*).

Compreender o passado significa encontrar nele a antecipação do futuro. Contudo, e se assim for, só o poderemos alcançar quando o futuro já tiver acontecido: se não, o seu anúncio será mera profecia ou, dito de outro modo e com a mesma ironia, a história – no sentido da ciência histórica – chega sempre tarde aos acontecimentos.

Estas ideias não devem desconsolar aqueles que procuram descobrir a utilidade e a importância do estudo histórico do direito.

Estamos perante uma situação similar à de todas as humanidades, a de encontrar o sentido da evolução.

Ao aprofundar estas reflexões acerca da hermenêutica histórica deparamos com um outro paradoxo.

Como lembra Roland Barthes, *palavra* provém do latim eclesiástico *parábola* (a palavra de Cristo). E se esta etimologia remete para a ideia de relação e de revelação, também remete para a de mistério, pois Cristo ele próprio refere ser este o procedimento para conhecer a verdade (Mateus, 13, 10-17). Por isso, a palavra está a meio caminho entre o símbolo e a calúnia ou mentira, pois

também se identifica uma utilização maligna da palavra (diabo, aquele que separa ou caluniador).

O relato do passado, tal como a nossa acção no presente, só é possível mediante palavras. As palavras, de outro lado, têm história, peso, dignidade, ambiguidades, mudanças de sentido.

As palavras do direito podem ser entendidas como parábolas do real: o afastamento da realidade constitui, por este motivo, um dos maiores vícios do pensamento jurídico.

Contudo, não é apenas do afastamento do real que é necessário prevenir. Como todos os filósofos da linguagem têm referido, existem deveres acerca do uso das palavras. A mentira, a falsidade, a propaganda e a ocultação não são problemas de hoje. Os historiadores são frequentemente confrontados com documentos falsos ou com documentos verdadeiros cujo conteúdo é falso – e a história de Portugal não é excepção, quer em relação a documentos do Estado quer em relação a documentos particulares.

Ao longo do tempo, não faltaram autores a apregoar a misteriosa existência do Estado para sustentar que os caminhos do poder eram incompreensíveis pelo homem comum e que apenas os escolhidos seriam capazes de a entender. A metáfora que refere serem os juristas os sacerdotes do direito completa esta analogia.

A literatura medieval e moderna designa como segredos, arcanos e mistérios de Estado estes estratagemas. Do mesmo modo, a simulação e a dissimulação, o segredo e o engano de terceiros eram os critérios da razão de Estado.

Foi contra esta visão que se ergueu a ideia de Estado de direito, assente na racionalidade jurídica, na fundamentação dos actos e na sua justificação formal e procedimental, na publicitação externa dos actos do poder, na oposição, portanto, entre razão de Estado e razão de direito.

É importante contextualizar o nascimento da ciência histórica e da ciência jurídica, porque elas foram o produto de uma mesma época, as Luzes, e do modo como o liberalismo e o romantismo receberam, recriaram e reformularam essa herança do Iluminismo.

A história nasce como disciplina científica, superando a crônica memorialística. Já o direito é pensado como racionalidade prática, em torno da legislação, da exigência de fundamentação das sentenças e da linguagem específica do discurso jurídico.

A referência a esta fundação científica da história e do direito só estará completa se atendermos a um terceiro pilar desta revolução científica, frequentemente ignorado pelos nossos *conflitos de faculdades* – expressão que aqui utilizo para criticar o fechamento epistemológico a outras saberes. O racionalismo e o formalismo da ciência são completados pela estética do romantismo, especialmente na literatura e na arte. Despojada a ciência das paixões e das emoções, proibidos nos tribunais e nas arenas de discussão política, os sentimentos são canalizados para a arte e para a literatura. A invenção do romance e nomeadamente do romance de tribunal, é paralela à das constituições e códigos e demonstra que o lugar dos sentimentos é a vida, os palcos, a literatura e a pintura. A arte e a literatura reputavam-se tão indispensáveis ao homem como a razão na política e no direito.

O iluminismo, tanto como o liberalismo, têm muitas faces, para além do racionalismo: lembro igualmente toda a tradição do pensamento místico e a profundidade da elaboração teológica e moral, confrontada com novas explicações científicas para a evolução da vida.

Está visto que a leitura dos documentos do passado pode ser duplamente enganadora: de um lado, porque o vocabulário utilizado e a respectiva semântica são históricas, frequentemente incompreensíveis para o homem comum; de outro, porque o seu conteúdo pode ser o resultado da razão de Estado. Dito de outro modo, porque são ou podem ser uma mentira ou uma mistificação.

Ora, os conceitos e as categorias jurídicos, as palavras com que os juristas classificam e sistematizam a realidade e deste modo reduzem a complexidade dos factos, são essencialmente um produto da história de cada língua. Quando Kant formulou o célebre dito de que *César não está acima dos gramáticos*, essa afirmação não era apenas crítica das teorias da razão de Estado, mas também

das teorias do conhecimento de matriz contratualista do tempo das Luzes.

Os césores dos nossos dias, parlamentares, governantes e juízes, não são donos da gramática jurídica.

A manipulação das palavras para exprimir novos conceitos, tema que agora encaramos como pós-verdade e politicamente correcto, é uma tentação intemporal.

Eis a razão pela qual explicar o uso e as mudanças da linguagem – a sua arqueologia, para utilizar um conceito de Foucault – é uma das mais importantes tarefas da hermenêutica histórico-jurídica.

A reconstrução do passado implica o domínio destes utensílios da história e do direito, tanto de Clio como de Témis.

Atento aos erros metodológicos do positivismo e do idealismo, que se fecham ao estudo dos factos de aplicação do direito, nomeadamente das leis, o historiador investiga o passado munido do duplo domínio da linguagem do presente e da linguagem do passado.

Como não é possível o conhecimento do passado todo, é necessário dividi-lo em épocas, encontrar regularidades, estabelecer padrões, em suma, interpretar, tendo sempre presente a advertência de Paul Ricoeur no seu ensaio *A Memória, A História, O Esquecimento* acerca do «inquietante espectáculo que dá o excesso de memória aqui, o excesso de esquecimento ali, para nada dizer das comemorações e do abuso da memória – e de esquecimento».

A escrita da história, tanto como a escrita do presente, contém uma dimensão ética. Saber o que se deve recordar e o que se pode ou deve esquecer não é uma tarefa eticamente indiferente.

Mas quando começou o *nosso* presente?

Os cientistas sociais não se entendem quanto à qualificação da época em que vivemos: como no diagnóstico desorientado dos médicos em relação a certas doenças que conhecem pelos sintomas mas que ainda não têm nome no catálogo da ciência médica, a semiótica dos tempos actuais reconhece-se nos sinais, mas não nas curas.

Fala-se assim de uma época pós-moderna; da globalização ou da mundialização; da modernidade líquida; do fim da história e do fim da idade europeia.

Quanto à sociedade, diz-se que é do risco; do conhecimento; em rede; uma aldeia jurídica global. Prevalece na descrição o prefixo pós: sociedade pós-industrial, pós-humana.

Quanto ao Estado, que é universal e global; da constituição civil global; e pós: pós-colonial, pós-imperial, pós-moderno. Abundam os prefixos neo, inter e trans: neoconstitucional, interconstitucional e transconstitucional são vocábulos habituais no discurso dos juristas do direito público.

Estas qualificações implicam uma interrogação: não estaremos, afinal de contas, a inventar uma narrativa do presente, que na sua ânsia de generalização e de universalização, no seu foco nas estruturas do poder, esquece ou oculta o quotidiano das pessoas?

Não será precisamente o presente aquilo que não compreendemos e temos que inventar, recriando arcanos e mistérios como noutros tempos?

À imagem dos romancistas, somos levados à ficção, a criar personagens, tramas e contextos onde decorre a acção. A esta luz, muitos livros da dogmática jurídica actual podem ser lidos como romances do presente, como invenções do presente, à imagem do personagem *vendedor de passados* do romancista Agualusa. O vendedor de passados tinha como profissão criar uma história de vida nova para cada pessoa que se cria ver livre dos seus passados inconvenientes. Mas rememorar o passado e reescrevê-lo não é fazer história.

Talvez as minhas palavras pareçam provocadoras, mas não faltam exemplos na literatura académica.

Utilizando a metodologia de Paolo Grossi podemos imaginar um antropólogo do futuro pesquisando a nossa época: como descreveria a ordem jurídica?

Lendo os manuais de direito constitucional e de direitos humanos vemos que se caracteriza a situação actual, sem distinção de continentes e países, como de realização do Estado social,

democrático e de direito e como o triunfo da quinta ou sexta geração dos direitos fundamentais.

Mas basta fechar os livros e descer à nudez crua da verdade para descobrir a realidade da miséria, da fome, da doença e da violência.

Serão estas obras, afinal, ficção, ou, para utilizar um vocábulo da moda, uma narrativa coerente para um mundo incompreensível?

E face aos livros de direito internacional, que nos apresentam a tese do triunfo do Estado de direito universal, pergunta-se em que páginas estão os relatos das guerras civis da actualidade, da brutalidade da crise dos refugiados, da falência de tantos Estados e da superveniência de um capitalismo global desregulado, do terrorismo e das suas vítimas?

Também aqui, literatura de ficção?

E os livros de direito penal e de processo penal que nos apresentam a tese da realização definitiva da razão, com o princípio da legalidade penal triunfante. Neste ponto, perguntar-se-ia: por que motivo, então, centenas de leis penais vigoram fora do código, por que estão sobrelotadas as prisões, por que se comemora com altivez a abolição da pena de morte quando ainda não abolimos as condenações injustas e as prisões estão cheias de presumíveis inocentes à espera do tempo do seu julgamento?

Certamente que o orgulho na proibição das caçadas às bruxas empalidece com a utilização das denúncias anónimas e da comunicação universal dos nossos dias para desacreditar a inocência. Os caçadores e os métodos são outros, e as bruxas já não são bruxas, porém, a violência da sociedade e do Estado mantém-se, mais subtil, perita e sofisticada.

As perguntas são eventualmente excessivas, mas induzem a uma resposta que não pretendo nem céptica nem cínica. Estou bem ciente de que foi o cinismo e o cepticismo em relação à possibilidade de construir respostas perenes aos problemas do Homem que gerou o historicismo, negação veemente do direito natural e dos direitos humanos e instrumento dos totalitarismos do século XX.

Apenas concluo que cada geração cria e acredita nas suas mitologias.

Lembro, a partir da obra do sociólogo Castoriadis, o carácter autónomo de cada sociedade, criadora das suas instituições mas também da atribuição de significados ao imaginário social.

Procurei demonstrar em diversos estudos – nomeadamente nos meus trabalhos de história da cultura – que esses significados estão presentes na imaginação artística, literária e poética da sociedade e do Estado e que o seu estudo é decisivo para compreender a evolução jurídica.

As estruturas antropológicas do imaginário são particularmente ricas em relação ao Brasil: lembre-se como a arte europeia pintou índios a presenciarem o nascimento de Jesus, a poesia e a literatura inventaram ilhas encantadas e animais fantasiosos, a antropologia definiu raças humanas e traçou as suas características a milhares de quilómetros de distância e sem qualquer base científica.

A tradição europeia colocou a Europa no centro do mundo e a construção da modernidade foi interpretada como a ascensão dos valores do ocidente e da civilização – conceitos que exprimiam essa centralidade.

Compreendam estas observações como prolegómenos de uma apologia da história do direito, da parte de um cultor deste ofício: só o conhecimento e a reflexão crítica acerca do passado nos permite entender o presente. Reflexamente, somente um jurista simultaneamente prático e dogmático pode compreender o direito do passado.

Só deste modo alcançamos a historicidade do vocabulário, a razão de ser das mudanças conceituais, aprendemos a desconfiar dos hábitos da linguagem, em suma, como já ensinavam os humanistas nos seus discursos sobre o método científico, a pôr a dúvida metódica antes da formulação de certezas e de leis científicas.

Na interpretação dos processos históricos da formação e distribuição de valores materiais e imateriais deparamo-nos, para utilizar uma expressão de Bachelard, com *obstáculos epistemológicos*. Percebemos que vivemos numa época de transição, mas não

entendemos quando vai terminar essa transição e qual será o resultado final. Sabemos apenas que a dinâmica do ocidente não chegou ao fim da história – como já tinha alertado Hegel, o problema central da dialéctica não está na antítese e nas novas sínteses mas está precisamente na determinação de qual é a tese ou momento inicial do processo histórico.

Retomo o dito: não sabemos em que dia e hora começou o presente.

O direito é uma criação cultural que utiliza o mais brilhante produto da sucessão de gerações, a saber, a língua e as suas palavras. O direito e a literatura do passado são o mais formidável testemunho dessa tradição.

Na esteira de Martha Nussbaum, estou a pleitear pela imprescindibilidade do estudo das humanidades também pelos juristas, sejam historiadores ou dogmáticos. A cultura do passado fornece-nos os instrumentos da memória – da língua, dos exemplos, da arte e da literatura – que nos permitem o reconhecimento crítico e a descoberta da identidade. Algo que não se esgota na subjectividade radical do sujeito e na impossibilidade de diálogo com os outros, mas que precisamente abre para o saber objectivo e para as possibilidades de dominar o futuro.

Contra a hermenêutica da destruição, das modas dos estudos interculturais e de tantos outros que proclamam o fim da história, a morte de Deus, a morte do homem, o fim do humanismo, o fim do texto e do seu sentido, e esquecem intencionalmente aquilo que usualmente designamos como lição dos clássicos, a tradição dos grandes livros, ou o cânone literário, demonstra-se a importância de continuar lutando pelas humanidades.

A memória histórica é um permanente processo de aprendizagem das continuidades e das rupturas, em superação do esquecimento e da amnésia.

Retomo neste ponto uma afirmação de Popper, que intencionalmente coloquei na portada do meu livro *Judex Perfectus*:

«... não pode haver uma história do passado tal como efectivamente ocorreu; pode apenas haver interpretações históricas, e nenhuma delas definitiva; e cada geração tem direito de arquitectar a sua».

A imaginação criadora do nosso tempo tem assim uma justificação para a reconstituição do passado. O método histórico-jurídico tem regras, procedimentos, ética, mas em qualquer caso não estamos prisioneiros das interpretações das gerações anteriores.

Volto ao nosso Padre António Vieira, lançado nos cárceres da Inquisição também por causa do seu livro *História do Futuro*: conhecendo o passado podemos evitar a sua repetição no futuro. Podemos aprender com as lições do passado, porque «no passado se vê o futuro» e porque «o mesmo presente é o passado do futuro.»

Para isso não basta a memória, são necessárias as ciências do espírito e as humanidades, área em que incluo as línguas, a literatura, a arte, a filosofia, a religião, a política e o direito, ou seja, as disciplinas que estudam o homem e a cultura.

George Steiner recorda o humanista como o guardião das memórias, alguém que caminha em frente com a cabeça voltada para trás. Recordamos e simultaneamente reconstruímos criticamente os acontecimentos do passado enquanto caminhamos rumo ao futuro.

O paradoxo da hermenêutica do tempo do direito reside neste ponto. Frequentemente as memórias são desconfortáveis, nomeadamente quando recordarmos a experiência do mal absoluto do século XX, com o cortejo de mais de 200 milhões de mortos por decisão humana e a cumplicidade de tantos juristas – legisladores, professores, advogados e juízes – neste processo. A história parece muitas vezes uma sucessão de suplícios, carnificinas e massacres, decididos por homens e sofridos por homens, nascidos no centro da civilização e da educação, do humanismo das Luzes às fileiras do progresso científico do século XX. Nada do que é humano é estranho aos homens, poderíamos dizer como

Terêncio, para recordar as sombras negras do passado que eventualmente pesam sobre o seu futuro. A educação humanística não impediu o suicídio da Europa entre as duas guerras mundiais.

Demonstrar a importância das humanidades é também a finalidade sempre assumida das *Orações de Sapiência*, ou, como Cícero escreveu na sua *Oração em favor do Poeta Archia*, lembrar que são os artistas, os poetas, os filósofos e os oradores que contribuem para o progresso da humanidade.

Acrescentaria: também os juristas, homens de boas letras, contribuem para o progresso da humanidade se não esquecerem a lição dos nossos colegas humanistas acerca da importância da história, da arte e da literatura para a vida e para o direito.

Sem dúvida que sou afortunado por poder dizer estas palavras em prol das Humanidades, da História e da Teoria do Direito numa instituição já com tanto prestígio no presente e todo o futuro à sua frente.

Muito obrigado.