

VOLUME 2

PENSAR, ENSINAR E FAZER
JUSTIÇA

*Estudos em homenagem a
Paulo Ferreira da Cunha*



K A P E N K E

Jean Lauand
João Relvão Caetano
(Orgs.)

Jean Lauand & João Relvão Caetano (Orgs.)

PENSAR, ENSINAR E FAZER

JUSTIÇA

Estudos em homenagem a
Paulo Ferreira da Cunha

VOLUME 2



K A P E N K E

Copyright © Jean Lauand & João Relvão Caetano (orgs.)
Todos os direitos reservados.

1a. edição 2020

Capa com concepção de Design de Valéria Barbosa,
desenvolvida graficamente por Fabiana Sant'Ana,
utilizando como ilustração figurativa foto de
Fernando Piçarra, fotógrafo em Lisboa."

O conselho editorial de obras acadêmicas é constituído pelos professores doutores:

Presidente Rui de Souza Josgrilberg (UMESP) Teologia e Filosofia
Presidente de honra Jean Lauand (USP) Filosofia e Educação
Editor Responsável Vitor Chaves de Souza (Kapenke) Teologia e Arte
Franklin Leopoldo e Silva (USP e São Bento) Filosofia
Etienne Alfred Higuete (UEPA) Filosofia e Teologia
Milton Schwantes [in memoriam] (UMESP) Arqueologia e Bíblia
José Carlos Bruni (UNESP e São Bento) História da Filosofia
Alan Faber do Nascimento (UFVJM) Sociologia e Educação
Luis Heleno Montoril del Castillo (UFPA) Literatura e Arte
Maria Carolina Alves dos Santos (UNESP e São Bento) Filosofia Antiga
Pere Villalba Varneda (Universitat Autònoma de Barcelona) Estudos Clássicos
Eduardo Chaves (UNICAMP) Filosofia e Teologia
Edson de Faria Francisco (UMESP) Línguas Antigas e Bíblia
Tommy Akira Goto (UFU) Psicologia e Fenomenologia
Eduardo Gross (UFJF) Ciência da Religião
Cleber Baleeiro (UMESP) Filosofia da Religião
Sylvio R. G. Horta (USP) Estudos Orientais e China
Blanches de Paula (UMESP) Psicologia e Teologia
Aida R. Hanania (USP) Estudos Orientais e Mundo Árabe
Marcos Aurélio da Silva (UMESP) Religião e Humanidades

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira de Livro, SP, Brasil)

Lauand, Jean; Caetano, João Relvão (orgs.)
Pensar, Ensinar e Fazer Justiça – Estudos em
homenagem a Paulo Ferreira da Cunha. Volume 2 ;
Santo André: Kapenke, 2020.
ISBN 978-85-93894-24-4
1. Educação – Crítica e interpretação 2. História do
pensamento
3. Biografia I. Título

Todos os direitos desta edição reservados aos autores

Editora Kapenke
Rua Ibirapitanga, 454, São Paulo 09195-450 Brasil

Paulo Ferreira da Cunha nasceu no Porto em 1959. É Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, de Portugal. Catedrático da Fac. de Direito do Porto a partir de 2001 (onde fundou o Instituto Jurídico Interdisciplinar), lecionara na Univ. do Minho (1992-2001), e na Fac. de Letras da Univ. do Porto (1989-1991). Licenciou-se (1984), fez Mestrado (1988) e Doutoramento em Direito (1995) na Fac. de Direito da Univ. de Coimbra (com Rogério Ehrhardt Soares), tendo, entretanto, obtido também (com François Vallançon) o Doutoramento em Direito na Univ. Paris II (1992). Fez a Agregação (semelhante à Livre Docência) na Univ. do Minho (2000), e é Pós-Doutor pela Fac. de Direito da Univ. de São Paulo - USP (2013). Foi docente convidado ou visitante em várias Univ.s do Brasil (onde lecionou permanentemente 3 anos), França, México, Tunísia, Cabo-Verde, Ucrânia, tendo-lhe sido outorgados os títulos de Prof. emérito, honorário e associado. Conferências e congressos em Espanha, Itália, Reino Unido, Alemanha, Suíça, Grécia, Marrocos, Senegal, Polónia, Chile, Canadá, China (Macau), etc. Foi advogado (suspendeu em 1986), e membro honorário do Instituto dos Advogados do Brasil (2018). Pertence a várias Academias e Sociedade científicas. Foi diretor ou codiretor ou conselheiro de diversas publicações: International Studies on Law and Education, Collatio, Notandum e Mirandum; International Journal of Sustainable Development, Bibliothèque de Philosophie Comparée, Essais de Philosophie Pénale et de Criminologie, EYAIKIA, Rev. Bras. de Direito Constitucional, Rev. Bras. de Estud. Constitucionais e Rev. Bras. de Direitos Fundamentais e Justiça, etc. Publicou 116 livros e mais de 600 artigos (em várias línguas): <http://works.bepress.com/pfc/> Agraciado com: Prémio Jabuti de Direito, Comenda Venturis Ventis, Láurea de Mérito Docente (OAB-SP), Professor Destaque 2017 (Unialfa), Prémio Inovação Jurídica (CemOrOc, USP), Menção Honrosa do Prémio da Sociedade Histórica da Independência de Portugal. É um neojusnaturalista crítico, judicialista e tópico-problemático, pós-disciplinar, aberto ao mítico e ao simbólico, à hermenêutica e retórica. Literariamente desenvolve um realismo fantástico, e em Pintura um neofauvismo que alguns consideraram pós-moderno. Advoga o Estado Constitucional e as Constituições cidadãs.

SUMÁRIO

Apresentação do volume II (orgs.)

Parte I – Paulo Ferreira da Cunha, homem “de encontro”	
<i>Jean Lauand</i>	11
Parte II – Eis o seu nome: autor entre autores	
<i>João Relvão Caetano</i>	13

Em Homenagem a Paulo Ferreira da Cunha

Paulo Ferreira da Cunha, <i>Doctor Fraternus</i>	
<i>Águeda Joana Alves de Oliveira</i>	15
O constitucionalista que chegou à <i>Seara Nova</i>	
<i>Ana Goulart</i>	21
Direito Natural e seus contextos	
<i>Ana Paula Loureiro de Sousa</i>	23
Cortes constitucionais, concretização democrática da constituição e controle de atuação dos membros das cortes constitucionais...	
<i>André L. Costa-Corrêa</i>	31
A verdadeira essência	
<i>Ângela Maria Oliveira</i>	45
Desenho e Linguagem, na obra plástica do Professor Paulo Ferreira da Cunha	
<i>António Delgado</i>	49
Propos sur l’engagement du professeur Paulo Ferreira da Cunha au projet de la Cour Constitutionnelle Internationale	
<i>Asma Ghachem</i>	55
A benção de Minerva	
<i>Belmira Duarte e Gil</i>	59
Memórias republicanas do Jornal Estado de Direito – sobre o articulista Paulo Ferreira da Cunha	
<i>Carmela Grüne</i>	61

Paulo Ferreira da Cunha: um testemunho <i>Carmelinda Teixeira Vilaça</i>	67
Viver como penso e pensar como vivo <i>Célia Barbosa Abreu & Pedro Paulo Carneiro Gasparri</i>	71
Paulo Ferreira da Cunha e os direitos humanos <i>Cristiane de Souza Reis</i>	77
Paulo Ferreira da Cunha <i>Dimas Macedo</i>	83
Ser Constitucionalista para lá da “Espuma dos Dias”: Paulo Ferreira da Cunha (Professor e Juiz Conselheiro) <i>E. Kafft Kosta</i>	87
PFC, o Professor (visto pelos olhos de um amigo distante) <i>Fernando Fiel Barbosa</i>	107
Reinaldo de Carvalho: mestre não académico de Paulo Ferreira da Cunha <i>Flávio Miguel Gonçalves Vicente</i>	113
A Circularidade dos Direitos Fundamentais: uma observação autopoética <i>Germano Schwartz</i>	123
O novo paradigma hermenêutico no constitucionalismo e os “insights” de Paulo Ferreira da Cunha <i>Glauco Barreira Magalhães Filho</i>	137
Derecho filosofante, curativo, nomoético, humanizante... <i>Gonçal Mayos</i>	145
Tribunal Constitucional Internacional e os Advogados – uma advocacia do, no, e para o TCI? <i>Guilherme Figueiredo</i>	151
Droit naturel, raison théorique et raison pratique <i>Henri Pallard & Michel Giroux</i>	159
Verdade <i>Isabel Pereira Leite</i>	169
Notas sobre a liberdade religiosa ao ensejo de um diálogo trans(oceânico) em intercurso jurisprudencial <i>Jayme Weingartner Neto & Ingo Wolfgang Sarlet</i>	187
O Paulo Ferreira da Cunha: fragmentos de uma amizade antiga <i>João Nunes da Costa</i>	211

A possibilidade de uma cidadania global: Paulo Ferreira da Cunha, cultor da utopia de um mundo unido <i>José Eduardo Franco</i>	215
Melo Freire e Ribeiro dos Santos na obra <i>Constitution et Mythe</i> de Paulo Ferreira da Cunha <i>José Esteves Pereira</i>	225
Constituição normativa e paz em Moçambique: o Ponto de Arquímedes de Paulo Ferreira da Cunha <i>Justino Felizberto Justino</i>	233
Professor Paulo Ferreira da Cunha: breve e marcante passagem pela passagem pela Fadisp, São Paulo, Brasil <i>Lauro Ishikawa & Thiago Lopes Matsushita</i>	243
Paulo Ferreira da Cunha e a sensível arte de ensinar e pensar o Direito: uma inspiração que “transcende fronteiras” <i>Luís Gustavo Gomes Flores</i>	249
Paulo Ferreira da Cunha e a Filosofia <i>Marcelo Gomes Franco Grillo</i>	263
Os Epigramas da Haia – Direito Internacional e Poesia em Epitácio Pessoa e Hugo Grotius <i>Marcilio Franca & Alessandra Franca</i>	267
Colegas em Coimbra - Que perdure a liberdade e a solidariedade... <i>Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias</i>	275
Conhecimento do sentido e da verdade por um descendente da justiça, do humanismo e da política que é também pensador <i>Maria Teresa Alves</i>	287
A Universidade e os seus mais dilectos filhos <i>Mário Frota</i>	289
Memoire d'une conférence à Tunis: le professeur Paulo Ferreira da Cunha et la liberté d'expression <i>Meriam Boughanmi</i>	297
Coimbra vê e escuta o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha <i>Miguel Amorim</i>	299
Paulo Ferreira da Cunha y el Derecho Natural Hispánico <i>Miguel Ayuso</i>	303
Paulo Ferreira da Cunha e a arte de fazer academia jurídica <i>Osmar Fernando Gonçalves Barreto</i>	311
Lembranças da visita do Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha à PUC de São Paulo <i>Pietro de Jesús Lora Alarcón</i>	325

A difícil ponderação entre a “reserva do possível” e a proibição do retrocesso – uma contribuição de Paulo Ferreira da Cunha <i>Ricardo Antonio Lucas Camargo</i>	335
Paulo Ferreira da Cunha: um educador para além-mar <i>Ricardo Glasenapp</i>	343
Fraternidade: paradigma dos direitos humanos na sociedade da informação <i>Roberto Senise Lisboa</i>	349
Presença da literatura neotestamentária na obra de Paulo Ferreira da Cunha <i>Robson do Boa Morte Garcez</i>	363
O pensamento pluralista do catedrático Paulo Ferreira da Cunha <i>Ronny Max Machado</i>	377
Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha: um pedagogo de exceção <i>Sara Daniela Silva Castro</i>	385
L’Humanitarisme juridique de Paulo Ferreira da Cunha <i>Stamatios Tzitzis</i>	387
Da utopia à distopia: o ocaso da democracia brasileira e os ataques aos direitos dos trabalhadores <i>Wanise Cabral Silva & Fabio de Medina da Silva Gomes</i>	393

Apresentação do volume II (orgs.)

I – Paulo Ferreira da Cunha, homem “de encontro”

Jean Lauand

Fundador e presidente do Cemoroc Feusp

Alguns estudiosos consideram a pergunta fundamental do *Hamlet* não o famoso *to be or not to be...*, mas uma sentença aparentemente sem a menor importância, mas que é, no fundo, a mais essencial. Trata-se da primeiríssima fala da peça: é noite e, ao aproximar-se para a troca de turno de sentinelas, um dos guardas faz a decisiva pergunta: - *Who's there?*

De fato, para Edward Yastion, um notável diretor de *Hamlet*, Quem está aí? é que é a questão e a peça inteira busca responder a ela. O próprio *to be or not to be* remete, afinal, a: “Quem sou eu?”. Quem está aí? Quem sou eu? Quem é você?

Quem sou eu? Quem está aí? Aí reside o caráter dramático da condição humana, do ser pessoa do homem, tão agudamente apontado por Julián Mariás.

Buscar a resposta à pergunta *Who's there?* é tarefa muito árdua, pois a tendência a não ver a realidade é prodigiosa, como mostram, nos tempos atuais, diversos estudos de Clément Rosset.

Voltemos à pergunta de Shakespeare: a única coisa que importa é saber *who's there?* e, mais precisamente, “quem sou eu?”. E este ser que eu sou não é coisificado, não é estático: o *to be or not to be* refere-se a um ser dinâmico, ao *ultimum potentiae* do homem, ao máximo do que se pode ser, como tantas vezes diz Tomás de Aquino.

Um *to be* dinâmico e que envolve a abertura para o outro, segundo a célebre sentença de Ortega: *Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo* e a sugestiva “paráfrase” de Juan Ramón Jiménez: “*Dime con quién andas, y te diré quién eres*”. *Ando solo. Dime quién soy*.

Ao finalizar este segundo volume, que ora oferecemos ao leitor, tive a honra, como editor, de ler em primeira mão os cerca de 80 depoimentos sobre nosso homenageado, o querido Paulo Ferreira da Cunha. E apesar do privilégio do trato constante com ele ao longo de vinte anos, uma e outra vez, surpreendia-me com a imensa variedade e com a profundidade das experiências de cada um dos outros sobre a personalidade desse grande Mestre em tantos campos, mas sobretudo em humanidade.

Paulo empenha-se em salvar sua circunstância e produz – com simplicidade, com naturalidade – um imenso bem em nós, seus circunstantes.

Sendo capaz de recolher-se para elaborar seus preciosos estudos jurídicos, filosóficos e educacionais e para produzir suas variadas artes, atrevo-me a afirmar, porém, que sua principal energia provém do encontro com o outro, com quem interage em benefício dos dois “polos”. O “outro”, do qual temos nestes volumes apenas 80 amostras, são seus mestres, alunos, colegas, funcionários, livreiros, artistas, amigos etc.



PFC, Juliana Rubio, o autor, Luiz Costa, Aida Hanania, Georgia Vassimon, Robson Garcez, Enio Starosky, Chie Hirose e Roberto Castro em Encontro do Cemoroc em São Paulo.

Em alguns destes depoimentos, vemos mais diretamente essa personalidade riquíssima e generosa (e também lúdica...), mas mesmo os estudos mais técnicos também revelam os princípios de justiça e de humanidade do pensador e do homem.

Com estes volumes, ficamos sabendo com quem anda PFC, o que não quer dizer que possamos dizer (cabalmente) quem ele é... E acho que nem ele mesmo sabe, na medida em que está sempre a caminho (e abrindo caminhos para muitos...). A caminho em um caminho que aponta para aquele *ultimum* e no qual, cada passo é sempre encontro, ante o – também misterioso – outro, nós outros, que tanto nos beneficiamos de sua amizade.

São Paulo, 29 de maio de 2020

II – Eis o seu nome: autor entre autores

João Relvão Caetano

(Pró-Reitor para o Desenvolvimento Institucional e os Assuntos
Jurídicos da Universidade Aberta – Portugal)

Sai agora a público o 2.º volume dos Estudos em Homenagem a Paulo Ferreira da Cunha, dando-se assim cumprimento ao desejo de muitas pessoas de se associarem à iniciativa, que, como um rio, segue o seu curso.

Paradigmaticamente, a obra intitula-se “Pensar, Ensinar e Fazer Justiça”, dirigindo-se à pessoa do homenageado, como um sinal dos tempos. Entendem os organizadores da obra que não basta falar de inovação e continuar a utilizar as fórmulas de sempre. Há tempo para preservar e tempo para mudar. A ideia de que os estudos de homenagem servem para que se publique todo o tipo de reflexões é hoje manifestamente limitada. Estes estudos têm como objetivo fazer notar a presença do homenageado na vida como autor ligado a outros autores, num tempo em que importa que as pessoas estejam ligadas em rede e experimentem novos caminhos, ideias e formas de colaboração.

Enquanto professor universitário, Paulo Ferreira da Cunha deu-se conta de que a Universidade não serve apenas para ensinar, nem para produzir conhecimento, mas que tem uma função social fundamental enquanto espaço único a partir do qual se pode interpelar a sociedade. E porque percebeu que a sociedade inequivocamente precisa e quer a mudança, Paulo Ferreira da Cunha deu um novo passo e tornou-se juiz no Supremo Tribunal de Justiça. O título do livro faz jus a este percurso, que é disruptivo no contexto português.

A verdade é que tudo isto é novo e cheio de consequências. “Primeiro estranha-se, depois entranha-se”, disse Pessoa, imagine-se, nas vestes improváveis de publicitário da Cola-Cola, quando a famosa marca americana há um século quis entrar pela primeira vez no mercado português. Ricardo Jorge, famoso higienista e funcionário do Estado, viu no *slogan* e no produto inesperada toxicidade e a ditadura proibiu-os. Foi preciso esperar 50 anos pela instauração da democracia para que o xarope estimulante inventado numa farmácia de Atlanta entrasse em Portugal.

Paulo Ferreira da Cunha é homem em movimento e um criativo. É exemplarmente um autor. É curioso que se afirme como um jurista pós-disciplinar, porque também nisso é precursor de um tempo novo.

Que é ser autor? De que modo se expressa a autoria neste livro?

Podemos perguntar doutra forma: que marca deixa o nosso homenageado na vida?

Estou certo de que Paulo Ferreira da Cunha já pensou nisso, tal como todos devemos pensar, porque aí se expressa a nossa individualidade.

Estamos perante um homem com uma experiência de vida única, como se comprova pela riqueza e diversidade dos artigos que compõem o presente volume.

É interessantíssimo perceber como cada um dos autores se relaciona de modo diferente e rico com a pessoa, vida e obra do homenageado, a ponto de ficarmos com uma imagem do mundo.



O autor, Rui Pedroto e PFC

É próprio do tempo em que vivemos ter a capacidade de relacionar diferentes tipos de conhecimento e de fazer sínteses inovadoras e criativas, mais do que memorizar. Cada um dos textos agora disponibilizados é um registo singular de uma obra maior, que ganha novas formas à medida que novos elementos são acrescentados.

Temos, por tradição, como referência espaços de aprendizagem social rígidos, sendo pouco acolhidas as experiências ocorridas em contextos de conhecimento realizados para além do modelo normativo vigente. Aprendemos a ser, cada um à sua maneira, atores, quando o nosso tempo exige que sejamos autores.

Que nos atrai em Paulo Ferreira da Cunha? Todos temos a experiência de nos relacionarmos diretamente com o autor, o que nos torna coautores na criação de um novo conhecimento aberto e colaborativo. É por isso que nesta obra é tão relevante a conversa que com ele tivemos, a experiência que com ele partilhámos ou a iniciativa que com ele levámos a cabo, tanto quanto aprendemos ao ler os seus livros e artigos. Verdadeiramente a nossa colaboração com o homenageado aumentou a nossa capacidade coletiva de intervenção e nos tornou membros de uma mesma comunidade, seja ela comunidade de aprendizagem, comunidade profissional ou a comunidade política.

Para que não restem dúvidas: os organizadores não dizem que este é o último volume desta obra, porque é muito provável que não seja.

Recordo uma frase notável do nosso homenageado numa aula, que ganhou a atenção unânime dos estudantes e de mim próprio: “Não façamos o futuro como era o passado”. Perante os ingentes problemas da humanidade no nosso tempo, a frase é um rebate ético que nos deve inspirar e orientar a nossa ação, movida pela esperança num mundo melhor.

Uma última palavra, mas não a menos importante, para realçar o trabalho extraordinário do meu querido Colega e Mestre Professor Doutor Jean Lauand nesta magnífica empreitada, assim como da Editora Kapenke, na pessoa do seu diretor e incansável dinamizador, o Professor Doutor Vitor Chaves de Sousa.

Coimbra, 29 de maio de 2020

Paulo Ferreira da Cunha, *Doctor Fraternus*

Águeda Joana Alves de Oliveira¹

A Paulo Ferreira da Cunha, meu justo Mestre.

“A liberdade é sempre, realmente, do que pensa diferente, por muito que isso se nos afigure loucura, escândalo, pecado ou qualquer outro anátema pior que possamos conceber” [Paulo Ferreira da Cunha – O Essencial sobre a Primeira República e a Constituição de 1911, IN-CM, Lisboa, 2011].

Deparei-me com esta citação ao perscrutar o *feed* de notícias do Facebook de um amigo, o Doutor Eurico Gomes Dias, também um ilustre Professor universitário. Ao ler tal citação senti a minha alma encher-se de orgulho, dado ter sido aluna do autor desta citação.



¹. Jurista Aluna de Paulo Ferreira da Cunha na FDUP no período compreendido entre 2006 e 2012.

Em primeiro lugar, gostaria de começar por expressar publicamente o meu sentimento de gratidão, mas recordar igualmente que escrever sobre Paulo Ferreira da Cunha possui um toque indelével de missão eterna em *Devir*. Dado o carácter subjectivista de tal homenagem, a qual poderia prefigurar-se em outros modos, consoante a alma que neles estampa as suas impressões. Paulo Ferreira da Cunha, magnífico Professor, Filósofo, Jurista, Ensaísta, Pensador, Agitador e Influenciador de Consciências, entre outros títulos que lhe possamos atribuir, tem sido uma figura ímpar e genuinamente *sui generis* no panorama jurídico e académico do mundo lusófono.



A autora e PFC, exposição “Fauves”



A autora junto de uma composição de PFC

Enquanto sua aluna, ao longo dos anos que se seguiram ao nosso convívio, pude constatar a sua importância no meu percurso formativo. Aos títulos anteriores deveríamos

acrescentar, destarte, o epíteto de Pedagogo, o qual será uma extensão natural da missão de quem ensina. Desde os primórdios da minha incursão universitária na Faculdade de Direito da Universidade do Porto, testemunhei o seu pendor na formação de seres pensantes e do estímulo ao pensamento crítico de cada um de nós, ao invés de uma formatação tecnicista enquanto meros repetidores de teorias. Contudo, no dealbar da minha incursão académica, debati-me com emoções receosas, tal era a expectativa criada em redor da minha aprendizagem nas disciplinas leccionadas pelo Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha.



Recordo-me de o observar atentamente como que embrenhado em brumas místicas de Sapiência, inacessíveis ao comum dos pupilos que o escutavam. O seu acervo bibliográfico constituía, à época, um misto de fascínio e assombro na minha pessoa. Como era possível congregiar tanto conhecimento jurídico e transdisciplinar encarnado numa só pessoa? Desfolhando os livros propostos para a bibliografia de estudo com um espanto nunca antes vivenciado, ostentava uma inusitada produção académica. Porém, essa bruma de assombro que rodeava uma figura deificada ao meu olhar, cederia lugar a uma cativante imersão no mundo de Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha.

As suas explanações, fossem em contexto de aulas, do lançamento de livros ou em conferências ministradas por si, revelavam todo um novo mundo onde, como feiticeiro, nos impelia à simbiose de espírito beligerante e pacifista, revelador de um cunho de inquietude peculiar dos grandes pensadores da humanidade. Tal atmosfera foi encetada primeiramente nas aulas de Direito Constitucional, logo no primeiro ano da licenciatura em Direito na FDUP, assim como pelas suas explanações alusivas às questões do Direito e da Justiça, entendível enquanto Justiça como praxis do Direito e na defesa pela atribuição a cada um do que é seu, patente em inúmeras amostras estruturadas por clarificações epistemológicas, oriunda da compreensão de uma visão pluralista do Direito, expurgada de dogmatismos metodológicos:

“O pluralismo no Direito começa logo aí, no entendimento sobre o que seja. Em lugar de um postulado apriorístico sobre o que é o Direito, preferimos que quem chega ao contacto com ele o compreenda com o coração e a experiência, e não, simplesmente, decorando uma definição. Porque não tenhamos quaisquer ilusões: de entre tudo o que pode ensinar-

se e aprender-se, as definições, sobretudo as definições canônicas dos manuais, são aquilo que mais apto se encontra à acrítica memorização.”

Não tendo a ciência jurídica, em *stricto sensu*, espoletado um *animus* de elevado arrebatamento na minha pessoa, detive dos ensinamentos emanados do meu querido Professor, o cimento visceral de conceitos que me têm acompanhado, mormente a Dignidade da Pessoa, a Liberdade, a Justiça e a Solidariedade, tal como enunciado outrora nas suas palavras:

“Não será certamente embandeirar em arco de um modismo fugaz considerar que as ideias de Respeito pela dignidade da pessoa humana, Liberdade, Justiça, Solidariedade, são valores cuja negação importará em barbárie. E, como tais, não custa pensar que possam subir ao panteão do Direito Natural, que consideramos mutável no sentido de aquisitivo de novas conquistas da nossa aventura ético-jurídica”.

Assim, num sentido duplamente intuitivo e edificante, o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha soube contribuir para o desenvolvimento dos processos de aprendizagem dos seus alunos, aliando a operacionalização criativa do seu enormíssimo conhecimento científico e filosófico, embrenhando os seus conteúdos didáticos na perspectiva multidisciplinar de saberes, sendo seu apanágio uma visão própria do Direito enquanto Arte, qual novo cânone inovador, muito além da “arte”, vulgo ofício, de fazer Justiça nas suas variadas ramificações, exortando-nos à compreensão do Direito como ferramenta de garantia contra a arbitrariedade e a anomia social.

“O Direito é tradutor e mediador universal (...). Com boas e malas artes, a verdade é que a própria existência do Direito ainda é uma certa garantia. É uma espécie de grau zero contra o desconcerto do mundo, a anomia, o caos como regra, que como algumas distopias nos apresentam uma espécie de na terra e devem ter razão”.

A inefável influência do Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha verifica-se, especialmente, na semente de formação humanista que disseminou nas suas diversas manifestações de saber, concretizados em artigos científicos, bibliografia diversa e/ou colóquios (dos quais destaco os Colóquios Internacionais do IJI, as conferências sobre *jushumanismo* ou ainda sobre o Direito e Literatura, entre outras conferências multidisciplinares). Essa semente materializou-se na qualidade e, sobretudo, na originalidade das suas incursões reflexivas, de que é exemplo a cogitação sobre a dupla dimensão da natureza humana:

“Apenas a natureza actual, a natureza que possa servir-nos na qualidade de homens que hoje somos. Por isso, cremos que Pascal está mais certo: não ser anjo e não ser animal é ser Homem. (...) Antropologismos e existencialismos mais radicais, esquecem assim, a dimensão de sonho e de mito e magia que há no Homem, o anjo que quer ser... Espiritualismos demasiados podem quedar-se pelo sonho, esquecendo os limites da máquina animal.”

Não espantará aos vindouros que tais conceitos propugnados se possam revelar amplamente inovadores. Também a linguagem, uma redacção cuidada e exímia, revelou-nos uma apresentação inédita de literatura jurídica perante outros autores jurídicos coevos. A prossecução empírica de uma “*utopia como suplemento da alma*”, imbuída de um rasgo criativo ímpar na concretização de uma espécie de “eutopia académica” – uma linha de actuação benfazeja na busca de formação de bons seres humanos e não somente meros burocratas jurídicos –, impressionaram-me muito mais do que as suas leituras de hermenêutica constitucional e *jusfilosófica*. De tal modo que empreendi uma viagem a Marrocos para acompanhar de perto o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha num Colóquio em que foi palestrante, sob a égide do tema “International Constitutional Court” (2015). Contactar com outra realidade social e académica em Rabat, ainda que por pouco tempo, foi uma experiência verdadeiramente enriquecedora. Concluindo, espero constatar justamente que toda a efeméride de conhecimento possibilite às gerações que o sorveram a sua transfiguração numa nova tribo de juristas, paladinos do Direito Fraterno Humanista, exortação igualmente enunciada pelo Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha:

“Para o atingirmos, precisamos de ter juristas nisso empenhados, competentes e generosos, mas precisamos também de ter cidadãos conscientes do novo paradigma, e do bem que isso trará. Enquanto tivermos sociedades armadas, barricadas, e ódios (alguns seculares, mas sempre de estimação), enquanto tivermos gentes dispostas a liquidar os outros sem os ouvir, estaremos muito longe do Direito Fraterno. Há quem desfira estigmas a torto e a direito, sobre estes e sobre aqueles. E as redes sociais facilitam essa arma incendiária, que arruína reputações com um aríete verbal caviloso. Só haverá Direito Fraterno com uma sociedade muito mais fraterna, com concidadãos mais cultos, mais urbanos, mais civilizados.”



A autora e PFC, Congresso de Rabat 2015

Que se cumpra o apelo do poeta Antero de Quental, transfigurado nos versos:

“Ergue-te pois, soldado do Futuro,
E dos raios de luz do puro sonho
Sonhador, faze espada de combate!”

Que os discípulos de Paulo Ferreira da Cunha sejam, pois, os soldados do Futuro, honestamente honrando o seu enorme legado!

Lisboa, 14 de Maio de 2020

Bibliografia e citações diversas

<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/7865/2/1650.pdf>

<https://emporiiododireito.com.br/colunas/paulo-ferreira-da-cunha-1508353968>

PAULO FERREIRA DA CUNHA, *O Ponto de Arquimedes, natureza humana, direito natural, direitos humanos*, Almedina, 2001.

O constitucionalista que chegou à *Seara Nova*

Ana Goulart
Jornalista

Viviam-se os tempos da tróica e a todos parecia que a Constituição da República Portuguesa (CRP) era letra morta e eis que chegava um texto do Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, recordando os direitos dos cidadãos consagrados na Lei Maior.

Coube-me entrar em contacto com o Professor. Apenas para lhe pedir uma fotografia. Porque na revista *Seara Nova* se assina com a foto junto.

Estabeleceu-se assim uma relação. Via email. Eu solicitava, em nome do conselho editorial da *Seara Nova* (SN), o Professor Paulo Ferreira da Cunha respondia.



A autora

Sempre quis conhecê-lo pessoalmente. Acontece que a vida é feita de desencontros. Eu na Capital, o Professor na Invita; é como que “à espera do comboio na paragem do autocarro” e que me perdoe o portuense Sérgio Godinho por lhe roubar a frase.

Estava-se em plena discussão do “Tratado Europeu”. Sugeri no conselho editorial da SN que se solicitasse um artigo ao Professor, sugestão que foi aceite.

Veio o artigo (como sempre sem custos para a revista que, creio, ainda sobrevive de colaborações a título gratuito) e o Professor defendia o “federalismo” na União Europeia.

Foram discussões muito duras. A *Seara Nova* é propriedade da Associação de Intervenção Democrática que, embora não sendo partido, integra a Coligação

Democrática Unitária (CDU) a par com o Partido Comunista Português e o Partido Ecologista “Os Verdes”.

Como é sabido a CDU é opositora do federalismo europeu. Seriam precisos muitos caracteres para o explicar e creio que destes não disponho. Reafirmar, pois, que a discussão foi dura. Muito dura.

Na altura o meu pai – Herberto Goulart -, embora com a saúde já muito debilitada, integrava o conselho editorial da Seara Nova. Homem de consensos, Homem das CDE's e dos MDP's, invocou as várias polémicas que, na Seara Nova, se construíram, entre homens que combatiam a ditadura fascista de Salazar e Caetano. De entre as quais, a mais célebre, entre Álvaro Cunhal e José Régio.

Pela minha parte, argumentei com a História (a minha formação académica; a do meu pai era Economia. Ambos, por formação, marxistas) e com o que seria do Brasil sem o federalismo. Ou da ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

O artigo do Professor Paulo Ferreira da Cunha foi publicado. Ninguém o contestou, tampouco gerou polémica. O que foi pena porque um membro do conselho editorial ficou ressabiado com a dita publicação e durante anos levou a referi-la. No entanto, não se atreveu a contestá-la (direito que lhe subsistia) nas páginas da revista.

Hoje, não estou mais no conselho editorial da Seara Nova. Espero, no entanto, que a mesma não perca a colaboração de Paulo Ferreira da Cunha. É da diferença de opiniões que se faz a democracia.

Como o Professor sempre escreveu.

Direito Natural e seus contextos

Ana Paula Loureiro de Sousa²

1 Acreditamos que a melhor homenagem que podemos fazer é dar voz a quem homenageamos. Nada mais profícuo do que, lendo a sua obra, desvelar o seu pensamento, crendo que, nesse desvelamento, também é a pessoa que tornamos presente.



A autora

Ora a obra do Professor Paulo Ferreira da Cunha é densa e vastíssima. Constituída por uma investigação desenvolvida e por atentas e demoradas leituras, as suas reflexões críticas espraiam-se por múltiplas vias. Caminhos que se entrecruzam formando um complexo riquíssimo de ideias. Um desses caminhos, que nos é muito caro, é o problema do Direito Natural. Problema difícil, acerca do qual escreve:

“Ele [Direito Natural] anda mesclado com cortinas de fumo legitimadoras e ideológicas (...).”³ [Por isso], “falar de direito natural em si mesmo é delicadíssimo e arriscado, pelo que o silêncio prudente é de ouro, é preciso falar dessa busca do concreto, do seu de cada um em cada caso. E falar muito, para chegar a uma correta solução, que tenha em conta a sabedoria, a tradição, e a sempre irreverente vontade, perpétua e constante, do direito natural.”⁴

² Doutorada em Filosofia do Direito Contemporânea. Membro do Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Lecciona na Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias de Lisboa.

³ Paulo Ferreira da Cunha, *Filosofia Do Direito. Fundamentos, Metodologia E Teoria Geral do Direito*, 3^{ed}, Almedina, Coimbra, p. 365.

⁴ Paulo Ferreira da Cunha, *Lições de Filosofia do Direito. Natureza & Arte do Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 105 .

Nesse diálogo, a que nos incita o nosso homenageado, verificámos presenças constantes que, por diversas e nem sempre coincidentes formas, constituem alicerces das suas reflexões. Evocamos, entre outras, o direito romano clássico, e o pensamento aristotélico-tomista. Como afirmou o autor, “em termos gerais, é inegável que sendo (creio) os 3 autores referidos, *latissimo sensu*, "pluralistas", como eu, deles estarei próximo.”⁵ Dos contemporâneos acolheu Michel Villey,(1914-1998), pois “nele fui beber muitos ensinamentos”, mas, como assevera, “a minha linha é já outra: de um neojusnaturalismo crítico.”⁶

Ora, a nossa brevíssima contribuição para esta homenagem está em procurar compreender como essa “linha” se constitui.

Por conseguinte, escolhido o caminho, seleccionámos a obra que será fundamento das nossas análises, *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos* (2001). Este livro tem de ser lido em relação com outros estudos como *Pensar o Direito*, Vol. I, (1990), *Amor Iuris. Filosofia Contemporânea Do Direito E Da Política*, (1995), *Peccata Iuruis. Do Direito Nos Livros Ao Direito Em Acção* (1996), *Lições de Filosofia Jurídica. Natureza & Arte Do Direito*, (1999), prosseguindo, ainda, em outros trabalhos como *Teoria da Constituição. II. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, (2002), *Direito Natural, Religiões E Culturas*, (2004) e, recentemente, na sua *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, (2018), só para citar alguns exemplos.



Um dos livros de PFC sobre Direito Natural

2. Escreve Paulo Ferreira da Cunha acerca do ponto de Arquimedes do Direito: “Para uns o puro poder estadual, a decisão parlamentar ou governamental, legitimada democraticamente ou não, ou a Grundnorm posta e pressuposta. Para outros, é pedra angular do Direito uma entidade jurídica, mas transcendente, a que se chama natureza das coisas, direito natural, direito vital, justiça, etc...”⁷

O significado que assumem estas palavras é denso. Desde logo, afigura-se-nos que, se tivéssemos de alinhar o nosso autor numa dessas perspetivas, seria certamente na segunda, sendo que o seu rumo é no sentido de um Direito Natural crítico, judicialista e tópic-retórico, que nos desvela o *quid* genuíno e precípua das suas teses, a justiça.

⁵ E-mail recebido do Paulo Ferreira da Cunha.

⁶ *Idem*.

⁷ Paulo Ferreira da Cunha, *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, Ed. Almedina, Coimbra, 2001, em, p. *Idem*, p. 13.

Vejam como. O nosso autor esclarece que o Direito Natural não é uma teoria. “[...] as teorias são visões sobre o real, formalizadas, estruturadas, sintéticas, dotadas de coerência interna [...]”⁸ Razão pela qual as formas como os vários jusnaturalismos têm caracterizado o Direito Natural constituem teorias sobre o Direito Natural, mas não são o Direito Natural. Na perspectiva do nosso autor, “o direito natural em si é uma realidade do mundo jurídico [...]”⁹, não sendo um outro objeto além do objeto direito positivo. Nesta perspectiva considera Paulo Ferreira da Cunha que o Direito é simultaneamente direito positivo e direito natural. Ou seja, é “direito uno”¹⁰

Neste quadro, deixando de lado outros desenvolvimentos, pergunta: “Se o direito natural difere do jusnaturalismo ou não?”¹¹

A resposta a esta questão envolve várias razões, das quais apenas vamos enunciar aquelas que consideramos pertinentes para justificar a ideia de Direito Natural perfilhada pelo nosso jusfilósofo.

Uma das respostas aquela questão prende-se com as interpretações que declaram não diferirem o direito natural e o jusnaturalismo porque “são ambas teorias idealistas.”¹² Decorre dessa afirmação uma *contraditio*, pois o facto de se afirmar que o direito natural e o jusnaturalismo partilham características comuns, podendo pertencer a um mesmo conjunto, não os torna idênticos.¹³ Neste ponto estamos perante a confusão entre o princípio da transitividade e o princípio da semelhança.

Além do mais podemos objetar que o realismo clássico também “se pode reclamar dessa designação.”¹⁴

Todavia, outras teses avultam. Importa mencionar a defesa da distinção entre direito natural e jusnaturalismo pela oposição entre teoria e prática. Segundo certos pensadores, o direito natural é uma realidade, e a forma, ou formas, como o interpretamos e compreendemos é a teoria (são a teoria). Em suma, o direito natural é teoria e “a prática correspondente a tal teoria seria a prática dos jusnaturalistas a que se chamaria jusnaturalismo.”¹⁵ Discrepa deste entendimento o nosso pensador, pois, como já se disse em momento anterior, as teorias são interpretações sobre a realidade, mas não a realidade em si. Concomitantemente, o direito natural é o objeto de que o jusnaturalismo é a teoria. Por isso, há muitos jusnaturalismos, que são, até, antagónicos entre si.¹⁶

Converge, em certa medida, o nosso autor na tese de que o direito natural difere do jusnaturalismo, “porque uma coisa é o *ser* e outra a *teoria do ser*”¹⁷, considerando que o direito natural é o *ser*, a realidade, e os diversos jusnaturalismos são as *teorias do ser*, os vários discursos que se podem aproximar mais ou menos desse ser.¹⁸ Esta distinção

⁸ *Idem*, *O ponto de Arquimedes*, p.89.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Idem*, *Ibidem*. Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *Filosofia Do Direito*, p. 734ss.

¹¹ Paulo Ferreira da Cunha, *O Ponto de Arquimedes*, p. 100.

¹² *Idem*, p. 101.

¹³ *Ibidem*. Escreve: “Não há identidade, obviamente, pelo simples facto de pertença conjunta a uma classe idêntica de coisas. Pelo contrário, a afirmação dessa pertença conjunta é uma prova de que se trata de duas coisas distintas, embora com semelhanças tais que podem ser catalogadas juntas.”

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*. Escreve: “o jusnaturalismo é a prática do que se consideraria teoria (por não ser prática)”.

¹⁶ Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *Filosofia Do Direito*, p. 366 e ss. Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito. I. Do realismo clássico à análise mítica*, Almedina, Coimbra, 1990, em, p. 218: “(...) o jusnaturalismo é a doutrina do direito natural. Portanto, o direito natural é a coisa, o objeto, a realidade, e o jusnaturalismo é a construção ou as diferentes construções a respeito de um tal *quid*.”

¹⁷ Paulo Ferreira da Cunha, *O Ponto de Arquimedes*, p. 100.

¹⁸ *Idem*, p.103. Lemos: “jusnaturalismo iluminista, ou mais perto de nós as recorrentes afirmações de um jusnaturalismo platónico (...) jusnaturalismo titularista, que substitui o império avassalador da Norma pela lei de ferro do rigor notarial dos títulos jurídicos objetivos (...)”

pressupõe uma diferença substancial entre os dois conceitos. Por se olvidar essa diferença afirma-se que “O Direito Natural não é senão jusnaturalismo. Ou que não existe o Direito Natural, mas apenas o jusnaturalismo,”¹⁹ incorrendo-se numa incapacidade de compreender o direito natural.

Um problema fundamental decorrente do que acima se disse concerne à existência, ou não, da natureza humana.²⁰ Neste contexto, e em sentido latíssimo, o nosso jusfilósofo é uma voz crítica e dissonante relativamente às perspectivas antropo-existencialistas de vários matizes, as quais dominam grande parte das cosmovisões anti-jusnaturalistas hodiernas. Desses vários matizes (materialistas, historicistas, etologistas, relativistas), salientamos aqueles que negam que haja uma natureza humana, ou aqueles que consideram ser a essência humana ambígua, não permitindo ao Homem saber se “reside na espécie, na sociedade ou no indivíduo”²¹, decorrendo daí as conceções cristalizadas na oposição homem-animal, ou as que praticamente reduzem o Homem ao instinto (determinismo biológico), significando que o Homem seria mais animal do que Homem e, “ainda assim, um animal falhado,”²² e, por fim, aquelas que defendem o Homem como um “ser artificial.”²³



Último livro de Filosofia do Direito de PFC

Posto em forma germinal o quadro no qual se desenvolvem as meditações de Paulo Ferreira da Cunha, carecemos, no entanto, de ser esclarecidos sobre a posição do

¹⁹ *Idem*, p. 104.

²⁰ *Idem*, p. 24. Problema complexo que se “conexiona desde logo com o de saber se há uma natureza em geral quer no sentido de uma «ordem do mundo», quer no sentido de uma natureza das coisas (*natura rerum*, *natura rei*), quer noutras aceções ainda.” Sendo estas outras aceções referentes a uma natureza animal, ou uma natureza biológica. *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² Paulo Ferreira da Cunha, *O Ponto de Arquimedes*, p. 53. Continua dando como consequência jurídico-política: “Se o homem fosse só instinto então haveria razão no lombrosianismo e os criminosos natos haveriam que ser medicamente neutralizados (...) a legitimidade de reprovar e punir poderia, (...) quando muito, limitar-se a uma defesa social contra os agentes perigosos.

²³ *Idem*, p. 45. Paulo Ferreira da Cunha dá como exemplo Baptista Machado e a ideia segundo a qual o Homem é um ser «prematuro», ou um «quase aborto».

nosso jusfilósofo. Estamos, sim, na encruzilhada acima dada. De um lado, os vários positivismos, mormente o positivismo jurídico arreigado ao paradigma legalista da lei - *dura lex sed lex*-, de quem o nosso autor é crítico constante, e do outro os vários jusnaturalismos, dos quais também se afasta, nomeadamente, no que tange ao jusnaturalismo moderno, ao qual dirige sérias críticas. Em suma, nenhum jusnaturalismo seria capaz de captar a verdadeira natureza do direito natural.

3. Sai dos gumes deste dilema o nosso jusfilósofo ao defender, convergindo com Michel Villey, ser o Direito Natural de “carácter eminentemente dialético e metodológico”,²⁴ conferindo-lhe o sentido de ser “permanente interrogação, instância problematizante, crítica do direito positivo.”²⁵ Instância essa que, na senda de Aristóteles e do direito romano clássico, se concebe como procura e realização da justiça.

A este propósito, impõe-se-nos um esclarecimento. Recordamos que, segundo Aristóteles, o Direito aparece como resultado de uma coexistência entre os sujeitos, com regras próprias, um corpo de saber jurídico especializado, utilizando o método dialético, necessário, por exemplo, nas controvérsias entre advogados, e um fim determinado: o juiz que deve fazer justiça. Nessa perspectiva, sustenta que o Direito Natural é imanente aos homens e às coisas da natureza, sendo a própria coisa justa. Convergindo com estas ideias, para o direito romano clássico, “as normas jurídicas são aquelas que eficazmente determinam e protegem o que pertence a cada um”²⁶ e ainda que, “dizendo-se uma norma (palavra, cujo significado próprio é «esquadro»), afirma-se dum modo particular que é uma *regula* (uma «régua», uma regra); esta por sua vez um cânón (uma medida). Esquadro («norma»), régua («regula») e cânone tudo são medidas para valorar as coisas [...]”²⁷ Estas normas vão-se diferenciar das outras normas sociais, pois é de seu conteúdo próprio “[...] sempre, em tudo, a todos, preceituar, *honeste vivere; alterum non laedere e suum cuique tribueri.*”²⁸

Estes legados são perfilhados pelo nosso jusfilósofo, o qual, num quadro mais vasto destas afinidades, propugna que o Direito Natural é possibilidade de cotejo e avaliação do direito positivo, entendendo-se como uma metodologia e uma dialética. A dialética, não prescindindo do pensamento problemático, consiste em harmonizar pontos de vista contrários, permitindo um consenso e uma solução prática dos conflitos. Por isso, a dialética é uma arte e, igualmente, o método específico do Direito.²⁹ Ora, como metodologia e dialética, o Direito Natural intenta descobrir as soluções mais justas para os problemas concretos de homens reais de um certo tempo e de um certo lugar, manifestando-se como a *constans et perpetua voluntas suum cuique tribueri*. Nessa via, constitui-se como uma interpretação da justiça em ação e diálogo com o direito positivo.

Do exposto, assinalamos três notas. A primeira está em afirmar que não só o Direito Natural e a dialética são indissociáveis, como o Direito Natural e o direito positivo são parte do Direito, que assim se apreende como uma “realidade una”, conforme foi dito antes.

²⁴ *Idem*, p. 95.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Sebastião Cruz, *Direito Romano (ius romanum) I. Introdução. Fontes*, 4ª Ed, Coimbra, 1984, pp. 9.

²⁷ *Idem*, p. 10.

²⁸ *Idem*, p. 12. Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *Lições Preliminares de Filosofia do Direito*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 64: “Estes preceitos jurídicos fazem lembrar de algum modo, virtudes que seriam virtudes jurídicas. Assim, *grosso modo*, o *honeste vivere* poderá ligar-se à temperança, o *alterum non laedere* à prudência, e o *suum cuique tribuere* à justiça.”

²⁹ Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *Memória, Método e Direito. Iniciação À Metodologia Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 136.

A segunda nota deixa patente que o Direito Natural não se situa no mundo arquetípico das ideias, nem é «direito ideal», não sendo também um paradigma imutável “[...] de dogmático apriorismo de leis eternas ditadas de uma vez por todas por uma qualquer mente iluminada”³⁰. Distancia-se, deste modo, o nosso autor das visões do jusracionalismo moderno, que veem o Direito Natural deduzido de princípios evidentes por si próprios. Igualmente, elabora uma crítica a Kant, na sua divisão das matérias jurídicas correspondendo ao direito apenas a aplicação das normas. Não deixa ainda o nosso autor de mencionar aquela visão *jusnaturalista positivista*, expressão que recorda Michel Villey, que julga ser o Direito Natural “uma forma estática, espécie de catálogo ou decálogo (ou naipe de trunfos) por detrás da legislação.”³¹

A terceira nota decorrente das anteriores salienta que, sendo o Direito Natural imanente ao homem, “não é uma vontade de ser, é.”³² Nesta linha interpretativa, retorna o nosso autor ao realismo clássico de Aristóteles e Tomás de Aquino.

Escreveu Aristóteles, “[...] as excelências, então, não se geram em nós nem por natureza, nem contra a natureza, mas por sermos constituídos de tal modo que podemos, através de um processo de habituação, acolhê-las e aperfeiçoá-las.”³³ Dito de outro modo, é pelo exercício que certa excelência (virtude) é gerada ou destruída; logo, não temos uma separação entre as virtudes e a natureza humana, pois a nossa natureza é mutável consoante o modo como exercitamos essas virtudes. Igualmente S. Tomás de Aquino evidenciou o carácter mutável da natureza humana, quando a esse respeito admite que ela pode corromper-se. Escreve: “[...] a ideia de a natureza humana mudar segundo as particularidades da realidade. A esse propósito, é clássico o seguinte exemplo: “é para todos reto e verdadeiro [que] devemos devolver o que nos foi emprestado. Esta consequência é verdadeira na maior parte dos casos; mas pode suceder em algum caso que seja danoso e, por conseguinte, contra a razão, o devolver o que nos foi emprestado. Por exemplo, se alguém nos pede para atacar a pátria.”³⁴ Por conseguinte, em similitude com estes pressupostos do pensamento aristotélico-tomista, reconhece o nosso autor que a natureza humana não é imutável e que “[...] o direito não é livre da natureza, está nas coisas, é uma coisa, e tem sem dúvida uma dimensão natural.”³⁵ O Direito Natural é, pois, uma realidade situada³⁶ e mutável. Uma realidade que está ao lado do direito positivo, sendo descoberto historicamente através das aspirações e dos atos humanos.

Neste ponto, voltamos à fórmula de Ulpiano para recordar que a *constante e perpétua vontade* nos encaminha para a finalidade do Direito, que é a justiça, e também para o método dialético, que permite alcançá-la e *atribuir a cada um aquilo que é seu*. Contudo, esta atribuição é social “[...] porquanto não visa apenas o *suum* de uma pessoa em concreto, mas que seja dado o *seu* de cada um, a todos e a cada qual. E é evidente que o *seu* de cada um se tem de articular com o seu dos demais, de cada um dos demais.”³⁷ Por conseguinte, o Direito é, pois, a “arte (*ars iuris*) dessa atribuição,”³⁸ Por esta razão, segundo Paulo Ferreira da Cunha, o Direito Natural compreende-se como uma Teoria da Justiça. Assim, a justiça move o Direito Natural que, nessa busca metodológica e dialética de “atribuir o *seu* de cada um, a todos e a cada qual”, procura a realização concreta do

³⁰ Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *O Ponto de Arquimedes*, p.66ss.

³¹ Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito*. I, p.58

³² *Idem*, p. 47

³³ Aristóteles, *Ética A Nicómaco, Livro II, I*, trad, António Caeiro, Ed. Quetzal, Lisboa, 2004, p. 43.

³⁴ S. Tomás, *Tratado da Lei*, trad.de Fernando Couto, Ed. Rés, Porto, p. 55 (Texto constante de *Summa Theologica*)

³⁵ Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito I*, p.47

³⁶ *Idem*, p. 48.

³⁷ Paulo Ferreira da Cunha, *Natureza & Arte Do Direito*, p.124.

³⁸ *Idem*, p.113.Cfr. *Pensar o Direito I*, p. 50.

justo, decorrendo daí que “o fulcro do problema da Justiça é o da arte de fazer tal determinação e tal atribuição.”³⁹

Neste contexto, a relação do Direito Natural com o Direito Positivo deve consistir na realização do justo. Por outras palavras, o Direito positivo deve ser fundado no Direito Natural, o qual, sendo uma interpretação da Justiça (Teoria da Justiça) confere ao Direito positivo “uma linha de rumo, um conteúdo”,⁴⁰ permitindo “dotar o jurista de valores naturalmente decorrentes da experiência de sempre sobre o que é justo e injusto.”⁴¹ Nesta medida, Direito Natural e Direito Positivo fazem parte do Direito, que “atua para fazer justiça.”⁴²

Deixando de lado outros desenvolvimentos, a questão que ora se nos depara consiste em saber qual o conteúdo do Direito Natural. Nesta linha interpretativa, afirmamos que, sendo metodológico, dialético e justicialista, o Direito Natural não tem um conteúdo fixo e rigidamente determinado. Como já vimos, perante o caso concreto, há sempre que, dialeticamente, harmonizar princípios e tópicos. Todavia, há valores que ao longo dos Tempos se firmaram como invariáveis, porquanto são independentes dos circunstancialismos histórico-sociais. São valores que o Homem reconhece, sendo naturais à sua consciência axiológico-jurídica. Precisamente, estes valores constituem o núcleo permanente do Direito Natural.

Este núcleo pode ser encontrado nos *praecepta iuris*, já enunciados por nós. Assim, o princípio *honeste vivere* significa que «proibimos o abuso do direito» que outra coisa não é senão o abuso de liberdade no campo jurídico”, o segundo preceito “*alterum non laedere*” indica-nos que os direitos têm de ser respeitados, “tendo o uso de um direito próprio de coexistir com os direitos dos outros ” e, por fim, o “*suum cuique tribuere* determina o respeito absoluto pelos direitos de outrem.” Inferimos daqui que estes princípios correspondem ou formam os valores básicos dos Direitos do Homem. Neste sentido, próximo de Francisco Puy, sustenta o nosso autor que o Direito Natural se revê nos Direitos do Homem. Muitos desses direitos estão já nas constituições como direitos fundamentais, que são outra forma de dizer Direitos do Homem que enformam a ordem jurídico-política.⁴³ Na verdade, justiça, liberdade, igualdade, entre outros, são valores que permanentemente estarão subjacentes na procura pelo Direito Natural da *voluntas jus suum cuique tribuendi*. Do mesmo modo que sempre se lutará contra a fraude, o homicídio, o genocídio, por exemplo.

4. Não cabe no nosso propósito desenvolver os caminhos da Teoria da Justiça, assim como os do paradigma dos Direitos do Homem perante o Direito *tout court*.

Desejámos outrossim, de forma breve, levantar o véu sobre uma conceção de Direito Natural; que, de certa forma, acolhemos, e cremos mais próxima do pensamento clássico greco-romano do que de muitas conceções formalistas e existencialistas do Direito Natural hodiernas, ainda que com elas possa apresentar algumas semelhanças.

O decisivo para nós foi esta interpelação a pensar a ideia de Direito Natural como metodologia, dialética e justicialismo. Foi também incisivo o apelo constante de voltar aos clássicos, e de sair do conforto do dissídio jusnaturalismo versus positivismo, ainda que o nosso autor reconheça os méritos e deméritos dessas perspetivas. Consequência das suas reflexões é a crítica constante ao positivismo e ao jusracionalismo moderno e

³⁹ Paulo Ferreira da Cunha, *Natureza & Arte Do Direito*, p.126.

⁴⁰ *Idem*, p.129.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Paulo Ferreira da Cunha, *Pensar o Direito I*, p. 77.

⁴³ Cfr. Paulo Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição II Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, Verbo, Lisboa, 2000.

iluminista, com as quais aliás concordamos. Igualmente foi crucial partilhar da demanda pelo Direito Natural como Teoria da Justiça, que se constitui para nós como o problema por excelência da Filosofia do Direito.

Por conseguinte, por essas vias procurámos, num ténue fio, saber em que consiste o seu neojusnaturalismo crítico. Parece-nos que mal iniciamos o caminho. Algumas notas, quiçá as mais relevantes, ficaram por desenvolver, outras não surgiram sequer, mas em última instância fica o mapa de um pensamento original, embora enraizado na tradição, como é mister de todo o verdadeiro inovador.

Cortes constitucionais, concretização democrática da constituição e controle de atuação dos membros das cortes constitucionais por uma Corte Constitucional Internacional – elogio ao Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha

André L. Costa-Corrêa⁴⁴

Prolegômenos laudatórios

O presente estudo foi solicitado para compor uma obra em homenagem ao dileto amigo Prof. Doutor Paulo Ferreira da Cunha. Necessárias, portanto, algumas palavras sobre o homenageado e o motivo pelo qual se escolheu o referido tema para essa singela homenagem à sua obra, história e vida.

Em relação ao homenageado. A amizade se fez primeiramente com suas obras e somente muitos anos após o primeiro contato com essas com o próprio homenageado. Conheci o Prof. Paulo Ferreira da Cunha em São Paulo, Brasil, quando de uma de suas idas às terras *brasilis* – confesso que o tempo já fez apagar a memória do exato momento em que fomos apresentados, mas a amizade permaneceu mais viva que a memória. Assim, sempre que possível nos encontrávamos em São Paulo. Dos encontros surgiu a ideia de criarmos um evento que unisse autores, professores e pensadores portugueses e brasileiros sobre temas jurídicos – em especial, temas constitucionais; e, pronto, surgiu a Cimeira Brasil-Portugal. Pela Cimeira, vieram novos amigos – em especial, Ary Ferreira da Cunha e Ana Caldas Portal (amigos sempre presentes, mesmo que com um oceano de distância) – e novos projetos.

Paulo Ferreira da Cunha é um exemplo de Professor e de Pesquisador. Autor de centenas de obras densas e de elevada qualidade sobre direito constitucional, filosofia, teoria geral e política. Cultor da boa prosa e do conhecimento. Pessoa que todos deveriam conhecer! Assim, ficou difícil escolher um tema ou uma obra do homenageado para que

⁴⁴ Professor, conferencista e consultor em direito público. Coordenador e professor do Núcleo de Direito Tributário da Escola de Direito do Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS). Professor e Pró-Reitor de graduação do UNICIESA (AM). Diretor e Professor da Faculdade da Amazônia Ocidental (FAAO). Professor e pesquisador visitante na Brooklyn Law School e do Centro Didático Euroamericano sulle Politiche Costituzionali (CEDEUAM) da Università del Salento. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP e pelo CEU. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas (APLJ) – cadeira 26. Membro da União dos Juristas Católicos de São Paulo e da International Fiscal Association e da Associação Brasileira de Direito Financeiro. Membro do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO. Membro do Núcleo de Estudos Estratégicos em Tributação (NEET).

pudesse gerar em poucos dias um material comemorativo à altura do homenageado. Mas missão dada, missão a ser cumprida.

Então, devido à atuação constante na promoção do Tribunal Constitucional Internacional, escolhi escrever algumas linhas sobre a atuação das Cortes constitucionais, a concretização democrática da Constituição e o controle de atuação dos membros das Cortes Constitucionais por uma Corte Constitucional Internacional. Ressalto, entretanto, que a ideia não é esgotar o tema, mas provocar discussão sobre a atuação das Cortes Constitucionais na concretização democrática dos enunciados constitucionais – em especial, como possibilitar o efetivo controle da atuação dessas e de seus membros – porque a atuação de tais entes pode se configurar em um exercício criativo do direito, para além das bordas possíveis da interpretação, e se transformar em um atentado às normas constitucionais e à democracia.



Foto de grupo em Manaus, durante congresso organizado pelo autor

Ressalte-se, preliminarmente, que a atuação das Cortes Constitucionais de forma ativista na criação do direito vai além de um mero problema quantitativo ou de contingências temporais, espaciais ou culturais em uma dada sociedade porque a atuação criacionista pelas Cortes Constitucionais se apresenta como uma situação que pode interferir na qualidade da própria democracia e na estabilidade das normas constitucionais. Entretanto, desconhecer ou não querer reconhecer a possibilidade de atuação política das Cortes Constitucionais é fechar os olhos para uma realidade institucional que se apresenta aos Estados Democráticos de Direito contemporâneos.

Em face disso, o presente estudo apresentará o tema proposto através de considerações iniciais sobre o momento institucional das Cortes Constitucionais e sobre a posição institucional que essas têm ocupado nos Estados de Direito para que se possa discorrer sobre os riscos democráticos da atuação daquelas e os mecanismos que se podem aplicar para evitar possíveis desequilíbrios institucionais – em especial, sobre a possibilidade de se constituir um Tribunal Constitucional Internacional.

Considerações iniciais – o momento institucional das Cortes Constitucionais

Segundo o Min. Luís Roberto Barroso⁴⁵, no mundo contemporâneo há uma migração de ideias constitucionais, de um isolacionismo para um sentimento cosmopolita,

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, in *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228.

para um discurso transnacional, para um constitucionalismo global⁴⁶. Bem como se verifica uma ascensão política e institucional do Poder Judiciário⁴⁷ – essa derivada, dentre outros fatores, da expansão do sistema de mercado, da compreensão de que os Tribunais seriam as instituições públicas mais confiáveis para garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que os Parlamentos e da própria retração do sistema representativo nas democracias (esse derivado da incapacidade dos representantes políticos cumprirem com as promessas⁴⁸ feitas em campanhas eleitorais). Tal ascensão é marcada pelo fenômeno da judicialização, do ativismo judicial, do esforço de justificação democrática da jurisdição constitucional e da revisão do modelo de atuação dos Poderes⁴⁹. Além disso, de acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, tem-se percebido que as decisões dos Tribunais não se baseiam apenas no material jurídico, mas são fortemente influenciadas, em maior ou menor medida, por fatores extrajudiciais, subjetivos e objetivos. Tais fatores têm possibilitado com que as Cortes Constitucionais atuem em papéis diversos – a saber: *contramajoritário* (quando invalidam atos de outros Poderes), *representativo* (quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas) e *iluminista* (quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma “imposição do processo civilizatório⁵⁰”).



O autor, PFC e outros juristas no Forum de Manaus

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2174.

⁴⁷ De acordo com o Min. Luís Roberto Barroso, “há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas foi o reconhecimento, após a 2ª Guerra Mundial, da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial das democracias modernas, para a proteção dos direitos fundamentais e do Estado de direito. A segunda causa envolve uma certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, aborto ou mesmo descriminalização de drogas leves, como a maconha” (BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2177).

⁴⁸ Nesse sentido, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Superdemocracia*, in *Revista Direito FGV*, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008, dezembro, v. 04, n. 02, jul-dez, p. 441-463.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2173.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2173.

Soma-se a esses problemas a compreensão de que a Constituição é um organismo vivo, mutável⁵¹ e que seu conteúdo pode ser alterado de fora para dentro do sistema jurídico. E, também, a hiperconstitucionalização dos sistemas jurídicos e a própria promoção das Cortes Constitucionais como guardiães dos compromissos constitucionais e, portanto, como responsáveis pela implementação das políticas constitucionais (expressas, implícitas ou latentes) necessárias para a suplantação dos regimes constitucionais anteriores e para a efetiva mudança político-social almejada pelos constituintes^{52 53} – o que transmutou os juízes de meros legisladores negativos para efetivos agentes políticos imbuídos da missão de serem agentes de transformação da sociedade.



PFC em conferência em Manaus a convite do autor

Aliado a essas circunstâncias, o Poder Judiciário passou a compreender que o exercício de suas funções jurisdicionais é uma atividade política, tanto quanto as desenvolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ressalte-se que o crescimento dessa compreensão decorre do fato da fragilidade (crise) de representação no sistema democrático moderno⁵⁴, do *overload* legislativo não ter sido capaz de responder aos

⁵¹ Ressalte-se que quando do julgamento do Mandado de Segurança 26.603/DF, o Min. Celso de Mello enfatizou em seu voto a compreensão de que a Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la e que nas Cortes Constitucionais encontra-se igualmente o poder de guarda da Constituição e de sua alteração.

⁵² Exemplos efetivos dessa competência conferida às Cortes Constitucionais é o mandado de injunção e a própria ação direta de inconstitucionalidade por omissão (presentes no sistema brasileiro) e o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional (Colômbia e Brasil).

⁵³ Nesse sentido, ver: VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”, in Revista Direito FGV, São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008, dezembro, v. 04, n. 02, jul-dez, p. 407-440.

⁵⁴ Existe um crescimento crescente nas democracias de que os mandatários eleitos para composição dos Poderes Executivo e Legislativo, por vezes, são desconectados com os anseios dos representados, o que tem gerado, além de uma crítica ao modelo de representação democrática, uma contestação quanto à legitimação dos mandatários políticos e uma compreensão de que existem outros agentes legitimados ativos para propor normas em nome do povo.

interesses sociais e do próprio declínio da confiança nos parlamentos e do modelo de estado administrativo⁵⁵ - nesse sentido, os primeiros passos do caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária se deu quando, primeiramente, da interpretação dos direitos sociais e, posteriormente, das demais áreas legislativas (em especial, quando essas apresentam caráter programático ou quando seus enunciados apresentam termos imprecisos e vagos⁵⁶).

Tal fenômeno não é restrito a países de uma determinada área geográfica ou de uma determinada influência jurídica (*civil* ou *common law*)⁵⁷. Inúmeras são, portanto, as causas que têm levado a essa nova atuação das Cortes Constitucionais – além das mencionadas, deve-se considerar também a complexidade, diversificação e fragmentação da atuação jurisdicional no Estado administrativo do *welfare state*; o crescimento do próprio Estado; a poluição legislativa e administrativa; a multiplicação dos direitos fundamentais constitucionalizados e o conseqüente crescimento da justiça constitucional das liberdades (*Grundrechtsgerichtsbarkeit*); a observância de precedentes de outras jurisdições ou de organismos internacionais ou supranacionais.



PFC recebe o título de Professor Emérito em Manaus

No tocante ao Brasil e à atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, em especial, após os processos criminais relacionados à corrupção (Ação Criminal 470), a Corte Constitucional brasileira passou a ocupar um papel central no enredo político e viu seu papel institucional atrair para sua jurisdição problemas sociais, políticos e com os demais Poderes do Estado brasileiro. Tal

⁵⁵ Nesse sentido, ver: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 199, p. 43 e 45-46.

⁵⁶ Nesse sentido, Mauro Cappelletti ressalta que “a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes” (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 199, p. 42).

⁵⁷ Nesse sentido ver: BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, p. 2178-2179; VIEIRA, Oscar Vilhena. Superdemocracia, p. 442 e 444.

modificação é devida, segundo Recondo e Weber⁵⁸, pela extensão material da Carta Constitucional de 1988⁵⁹, pela ampliação dos legitimados ativos para a contestação da constitucionalidade de enunciados jurídicos e do descumprimento dos preceitos constitucionais, pela modificação do Código de Processo Civil que possibilitou a ampliação dos poderes dos relatores dos processos nos tribunais, pelo desprestígio do Congresso Nacional, pela corrupção sistêmica, pela incapacidade do Poder Legislativo de reagir às demandas populares mais urgentes, pela crise dos canais de transmissão da democracia (i. e., dos partidos políticos) e pelo desenvolvimento de uma *ministrocracia*⁶⁰ (impulsionada pelo pouco apego dos Ministros do Supremo Tribunal Federal à jurisprudência e às decisões colegiadas⁶¹) – o que fez com que o Supremo Tribunal Federal se transformasse em “última arena das disputas políticas do país”⁶².

Tais fatos fizeram com que o Poder Judiciário brasileiro, aos poucos, construísse um sistema híbrido – *civil law* em sua origem, mas com tentativas de imposição de um modelo *common law* verticalizado, i. e., com base nos enunciados jurídicos emanados pelos Poderes Legislativo e Executivo, a cúpula dos Tribunais Superiores e a Suprema Corte brasileira tem tentado impor a vinculação de suas decisões aos jurisdicionados (mesmo que seus próprios membros não as respeitem). Assim, a segurança jurídica decorrente da estabilidade das decisões judiciais, no Brasil, é mais imposta do que construída pelos agentes jurisdicionais (juízes, desembargadores e Ministros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal), o que acaba por gerar uma permanente insegurança normativa e jurisdicional porque as decisões anteriores são

⁵⁸ RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 45, 79.

⁵⁹ Nesse sentido, Vieira ressalta que “a Constituição transcendeu os temas propriamente constitucionais e regulamentou pormenorizada e obsessivamente um amplo campo das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador. Este processo, chamado por muitos colegas de constitucionalização do direito, liderado pelo Texto de 1988, criou, no entanto, uma enorme esfera de tensão constitucional e, consequentemente, gerou uma explosão da litigiosidade constitucional. A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno. Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo. Os dados são eloquentes. Em 1940, o Supremo recebeu 2.419 processos; este número chegará a 6.376 em 1970. Com a adoção da Constituição de 1988, saltamos para 18.564 processos recebidos em 1990, 105.307 em 2000 e 160.453 em 2002, ano em que o Supremo recebeu o maior número de processos em toda sua história. Em 2007, foram 119.324 processos recebidos. Este crescimento é resultado imediato da ampliação de temas entrincheirados na Constituição, mas também de um defeito congênito do sistema recursal brasileiro, que até a Emenda 45 encontrava-se destituído de mecanismo que conferisse discricionariedade ao Tribunal para escolher os casos que quisesse julgar, bem como de mecanismo eficiente pelo qual pudesse impor suas decisões às demais esferas do judiciário” (VIEIRA, Oscar Vilhena. Superdemocracia, p. 446-447).

⁶⁰ Ou nos termos de Vieira, uma “Supremocracia” (nesse sentido, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. Superdemocracia, p. 444).

⁶¹ Nesse sentido, Recondo e Weber ressaltam que: “sem o respeito à própria jurisprudência, o Supremo tem sido campo fértil para comportamentos judiciais questionáveis. Os casos heterodoxos se avolumam. Um ministro suspende, sozinho, os efeitos de um julgamento do plenário do Supremo, do qual ele próprio participou – e como relator. Outro juiz pede pressa para o julgamento de uma ADI e, quando o processo está próximo de ser julgado, solicita seu adiamento para, em seguida, decidir o caso sozinho. Um ministro cita como fundamento para sua decisão um precedente que não tem relação nenhuma com a causa que está julgando. Outro muda completamente seu voto, declarando aderir à corrente oposta à sua para não perder a prerrogativa de redigir o acórdão do julgamento. Um concede a liminar sem que as partes do processo tenham solicitado; outro tenta formar maioria no plenário em favor de sua posição, computando o voto proferido por um ministro já aposentado na turma” (RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 335).

⁶² Tal situação fica evidenciada pela profusão de *amici curiae* nos processos de análise constitucional no Supremo Tribunal Federal, pelos participantes técnico-políticos nas audiências públicas que precedem algumas decisões de constitucionalidade, pela atuação jurisdicional dos partidos de oposição, pela utilização de argumentos *ad terrorem* como fundamento das decisões e pela atuação televisiva das audiências de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

comumente revistas pelos próprios juízes que as emitiram. Logo, a segurança jurídica decorrente da estabilidade dá lugar, no Brasil, a insegurança e instabilidade jurídica.

Tais fatos acabam por gerar instabilidades políticas, econômicas, sociais e, principalmente, jurídicas porque os Tribunais e, em especial, as Cortes Constitucionais passam a se autocompreender como o “último guardião dos ideais democráticos” – “ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia⁶³”.

Assim, se o “crescimento” (da atuação) do Poder Judiciário é uma resposta sistêmica para reequilibrar as relações entre os Poderes⁶⁴, é indispensável que a atuação das Cortes Constitucionais, por representarem a máxima competência política institucional dentre os órgãos do Poder Judiciário, seja limitada e controlada.

A posição institucional das Cortes Constitucionais

Como mencionado anteriormente, o Min. Luís Roberto Barroso (no artigo *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*⁶⁵) afirma que cabe às Cortes Constitucionais a atuação contramajoritária (quando invalidam atos de outros Poderes), representativa (quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas) e iluminista (quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório).



PFC em Manaus, a convite do autor

⁶³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Superdemocracia, p. 443.

⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 199, p. 55.

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas, in Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228.

De acordo com Mello⁶⁶, membros de Cortes Constitucionais podem agir com base em modelos comportamentais. O primeiro é identificado como modelo *legalista*, o qual é identificado por uma atuação mais formalista, i. e., baseado na “simples” interpretação dos enunciados ou dos precedentes constitucionais. O segundo método é pautado por um comportamento mais *ideológico* porque se verifica um vínculo maior entre a ideologia dos juízes e seus votos. Por fim, é possível identificar um modelo comportamental institucional, visto que é possível identificar um comportamento que evidencia a relação entre as decisões e as instituições com as quais os membros das Cortes Constitucionais interagem – nesse modelo, afirma a autora, é possível identificar um comportamento institucional sincero e um comportamento institucional estratégico, sendo o primeiro identificado pela adoção ou não de abordagens hermenêuticas em face dos membros das Cortes Constitucionais estarem inseridos em uma instituição profissional (o Poder Judiciário), o que possibilita com que a validade de uma dada abordagem hermenêutica seja conferida em relação a outras possíveis; enquanto que na segunda, os membros das Cortes Constitucionais se valem das escolhas hermenêuticas apenas para conferir uma “aparência de juridicidade e facilitar a aceitação de uma decisão que, na verdade, foi tomada com base em suas preferências ideológicas⁶⁷”.

A Corte Constitucional, enquanto elemento institucional do Poder Judiciário, não deve ocupar espaços do Parlamento ou do Poder Executivo, mesmo quando esses não estejam cumprindo seus papéis institucionais ou estejam politicamente fragilizados. Pelo contrário. As Cortes Constitucionais devem, nesses momentos, atuar para o fortalecimento das instituições democráticas e políticas, sob pena de reforçar à parcela da sociedade de que os demais Poderes (Legislativo e Executivo) de um Estado Democrático de Direito são dispensáveis. Devem, portanto, manter uma autocontenção democrática para reforçar a importância dos enunciados constitucionais, das instituições políticas, do equilíbrio de forças político-sociais e do próprio Estado Democrático de Direito.

Diferentemente da posição do Min. Luís Roberto Barroso, compreende-se que às Cortes Constitucionais não cabe o poder iluminista de empurrar a história para a “direção certa” porque em um Estado Democrático de Direito constitucional somente existe a direção que os enunciados constitucionais dizem que deve ser seguida pela sociedade. Logo, cabe à sociedade e não aos membros das Cortes Constitucionais, a definição do que seja a “vanguarda” dos anseios, valores e interesses da sociedade; cabendo, portanto, à Corte Constitucional preservar os interesses das minorias sociais para que esses não sejam alijados constitucionalmente de seus anseios, valores e interesses. Logo, às Cortes Constitucionais cabe uma atuação reflexo-protetiva e não uma político-indutora. Em outros termos, cabe às Cortes Constitucionais julgar as questões constitucionais já passadas para regular o presente e sinalizar o futuro para os membros de uma dada sociedade, mas sem querer transformar o passado, o presente e o futuro com base nos valores e interesses constitucionais de seus membros.

Apesar disso, concorda-se com Cappelletti de que tanto do processo judiciário quanto do legislativo resultam a criação do direito – em especial, quando disciplinam as regras processuais aplicadas aos Tribunais, quando emitem pareceres interpretativos vinculantes, quando decidem a constitucionalidade em nível abstrato e quando decidem *obiter dicta*. Membros do Poder Judiciário e do Poder Legislativo são compreendidos como agentes legitimados ativos para produzirem enunciados jurídicos porque ambos se inserem no “*law-making process*” – apesar de possuírem modos diversos na produção dos enunciados jurídicos⁶⁸. E, também, que as “virtudes passivas” (expressas, sobretudo, na

⁶⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. XXI.

⁶⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Nos bastidores do STF, p. XXI.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 199, p. 74-80.

compreensão de que os magistrados devem atuar de forma passiva, neutra e *super partes*) ou os “limites processuais” (contidos no contraditório, no *stare decisis* e no próprio limite dos fatos e dos pedidos) deveriam atuar como freios (limites fundamentais) à atuação dos magistrados no processo de enunciação do direito.

Riscos democráticos envolvidos na atuação das Cortes Constitucionais

Em sistemas constitucionais que conferem ampla discricionariedade aos membros das Cortes Constitucionais para analisar ou não processos ou recursos (i. e., *certiorary*) ou que preveem mecanismos de *stare decisis*⁶⁹ para impor à sociedade o espectro de suas decisões, a mera decisão (mesmo que liminar) de um membro de uma Corte Constitucional pode significar, além da paralisação de milhares de processos, efetivos riscos à jurisdição, à democracia e aos enunciados constitucionais.

Assim, decisões das Cortes Constitucionais podem, em certo grau, necessitar de um controle institucional – mesmo que esse não seja um controle jurisdicional, mas, sim, político – para não causar riscos democráticos quando da atuação ativista ou contramajoritária dos membros das Cortes Constitucionais.

Riscos democráticos relacionadas às decisões constitucionais contramajoritárias

Textos constitucionais expressam uma relativa maioria histórica porque representam possíveis maiorias sociais quando da promulgação dos enunciados constitucionais. A vontade da maioria estabelece, portanto, uma significação e um significado – o qual deveria, em termos semióticos, limitar a significação da futura maioria porque os intérpretes deveriam limitar a evolução das significações aos estritos limites semióticos dos termos que dão continente aos enunciados constitucionais. Mas isso possibilitaria afirmar, como John Hart Ely⁷⁰, que a maioria anterior limita a maioria constitucional presente? Em termos, sim porque as próprias Cartas Constitucionais estabelecem mecanismos de revisão de seus enunciados; logo, enquanto não modificados, os enunciados constitucionais aprovados no passado permanecem válidos no momento presente e a maioria presente terá sempre a possibilidade de exercer o direito de revisão constitucional a fim de, modificando enunciados constitucionais, adaptar os enunciados constitucionais aos anseios e valores da sociedade presente ou, também, pela identificação de outras significações dos enunciados constitucionais para possibilitar um ulterior desenvolvimento da compreensão (extensão) do texto constitucional (visto que esse, como qualquer outro texto, apresenta uma pluralidade de significações possíveis dentro do significado dos signos constitucionais).

Assim, decisões das Cortes Constitucionais podem ser configuradas como contramajoritárias quando vão em sentido diverso do pretendido pelos legisladores constitucionais ou infraconstitucionais (i. e., em sentido contrário ao proposto pela maioria constitucional responsável pela enunciação dos dispositivos constitucionais ou pela maioria parlamentar necessária para enunciação de um dispositivo legal – e aqui não se afasta da compreensão de Dworkin sobre o que seria a maioria porque se compreende que a maioria constitucional ou parlamentar foi constituída quando da expressão dos

⁶⁹ No Brasil, além da existência das Súmulas do Tribunais que evidenciam o sentido dos precedentes, construiu-se a possibilidade de imposição de decisões da Corte Constitucional pelas Súmulas Vinculantes, pela aplicação da teoria da transcendência dos efeitos, pela adoção dos precedentes, pelo sobrestamento de feitos e, mais recentemente, pela adoção da modulação dos efeitos da decisão.

⁷⁰ ELY, John Hart. Democracia e desconfiança – uma teoria do controle judicial de constitucionalidade – trad. Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 82.

enunciados constitucionais ou legais) ou quando estão em oposição ao sentimento majoritário da sociedade. Ressalte-se, em ambos os casos, as Cortes Constitucionais podem estar flertando com medidas contrárias aos anseios e valores da maioria da sociedade – exemplo, imagine-se a possibilidade de uma Corte Constitucional interpretar um dado enunciado constitucional (v. g., dignidade humana, privacidade) a fim de legitimar a possibilidade de se cometer o aborto, mesmo que essa significação não tenha sido pensada ou expressada originalmente pelos legisladores constituintes ou que seja contrária ao anseio da maioria da população; nessa hipótese, a decisão da Corte Constitucional pode ser ofensiva à maioria expressa no enunciado constitucional e à maioria da população.

Nesse sentido, Cortes Constitucionais podem invalidar enunciados infraconstitucionais que foram produzidos em contrariedade ao texto constitucional e, portanto, contrários à maioria constitucional anterior. Nessa hipótese, tais decisões das Cortes Constitucionais, no controle jurisdicional das leis, apresentam um caráter antidemocrático parlamentar porque desconstitui leis que foram aprovadas pela maioria do Parlamento – e, indiretamente, aceitas (referendadas) pela maioria da sociedade⁷¹. Mas, tais decisões apesar de serem contramajoritárias (no sentido de se oporem às maiorias parlamentares e, indiretamente, à maioria popular expressada pelos representantes políticos), são majoritariamente constitucionais porque preservam a maioria pretérita que estabeleceu as normas constitucionais.

Por outro lado, quando as Cortes Constitucionais expressam, por meio de decisões, novas significações constitucionais aos enunciados constitucionais para validar atos parlamentares que aparentemente são contrários ao significado (ou significações anteriores) dos enunciados constitucionais, suas decisões se configuram como atos contramajoritários constitucionais e antidemocráticos porque afrontam a maioria constitucional (mesmo que essa represente apenas uma maioria pretérita), apesar de se configurarem como decisões majoritariamente sociais porque em consonância com a vontade política da sociedade presente.

Todavia, por vezes, as decisões da Cortes Constitucionais podem ser constitucionalmente contramajoritárias (quando expressam significado distinto e desconexo com os significados dos enunciados constitucionais) e, também, socialmente contramajoritárias (quando expressam significado distinto e desconexo com as significações da maioria social). Essas hipóteses apresentam um amplo espectro antidemocrático porque são contrárias aos anseios constitucionais democraticamente enunciados na Carta Constitucional e contrárias, também, aos anseios sociais democraticamente expressos pela maioria social – seja de forma direta ou de forma indireta por meio dos representantes políticos. Logo, tais decisões precisam ser combatidas e afastadas do sistema político-constitucional sob pena de interferência antidemocrática nas escolhas sociais por uma maioria mínima dos membros das Cortes Constitucionais – situação que possibilitaria não apenas o exercício irregular das competências políticas por um dos Poderes do Estado e o desequilíbrio e a desarmonia entre esses, mas, principalmente, subverteria o Estado Democrático de Direito por proporcionar a modificação ilegítima dos enunciados constitucionais.

Ressalte-se, entretanto, que compreender e afirmar o quanto decisões das Cortes Constitucionais são contrárias às maiorias constitucional e social é uma tarefa difícil, mas não impossível. Mais fácil, porém, é afirmar que uma decisão da Corte Constitucional é contrária ao significado dos enunciados constitucionais porque o espectro de significações possíveis ao texto constitucional é limitado (apesar de amplo); e, portanto,

⁷¹ Nesse sentido, ver: CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 199, p. 91.

toda decisão de uma Corte Constitucional que possibilite uma hiperinterpretação do enunciado constitucional a fim de lhe conferir outro significado é contrária ao anseio constitucional (mesmo que tão somente pretérito)! Em igual sentido, procurar afastar a possibilidade de judicial review constitucional em um Estado de Direito implica em destituir de efetividade as próprias normas constitucionais e, com isso, em enfraquecer o próprio modelo de Estado constitucional – possibilitando, em último grau, o contágio patológico da própria democracia pelo calor das decisões políticas momentâneas ou populistas.

Mas como combater decisões antidemocráticas das Cortes Constitucionais? A resposta ao questionamento passa não apenas pela possibilidade de revisão parlamentar das decisões dos Tribunais Constitucionais (seja pela possibilidade de *backlash* às decisões⁷², seja pela possibilidade de imposição de um modelo de constitucionalismo mais popular e menos democrático⁷³, seja pela previsão da *notwithstanding clause*, seja pela possibilidade de implementação de um modelo de diálogo interinstitucional que promova a preservação dos interesses e valores efetivos da sociedade), mas, também, pelo controle ou pela limitação de que decisões individuais de membros das Cortes Constitucionais possam perdurar indefinidamente sem serem confirmadas pelo Plenário da Corte⁷⁴ ou que sejam contrárias às decisões anteriores promulgadas pela própria Corte Constitucional, pela demarcação temporal de devolução de processos à pauta de julgamento após o pedido de vista de um membro do Tribunal, pela diminuição da capacidade de se organizar a pauta de julgamentos de acordo com os interesses políticos dos Relatores ou do Presidente da Corte Constitucional ou, inclusive, pela possibilidade de instituição de um órgão internacional para o controle institucional da atuação das Cortes Constitucionais.

⁷² Segundo Kozicki e Araújo, “um modelo forte de jurisdição constitucional confere às Cortes a função de analisar a compatibilidade entre legislação e a Constituição (TUSHNET, 2011, p. 325). Caso conclua pela inconstitucionalidade do certo ato normativo, a Corte deverá negá-lo com efeitos legais. Porém, de quando em vez, surgirão desacordos razoáveis sobre o que seria constitucional e inconstitucional. Nessas situações, ao contrário do correntemente defendido, o constitucionalismo não exige a prevalência do entendimento do Tribunal frente ao entendimento do Parlamento. Portanto, até modelos fortes de controle dispõem de mecanismos de revisão hábeis a responder às decisões judiciais consideradas equivocadas – como o processo de emenda à Constituição. Se, como há pouco visto, o Supremo Tribunal Federal estaria autorizado a julgar atos do poder constituinte de reforma, é razoável taxar o modelo brasileiro como ultraforte (SILVA, 2009, p. 217-218)” (KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. Sequência (Florianópolis), n. 71, p. 107-132, dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n71p107>, p. 107-131, p. 114).

⁷³ Segundo Pimentel, “em contraposição ao Constitucionalismo Popular, teoria que preconiza que as decisões concernentes às Constituições devem ser tomadas apenas pelo povo, e não mais pelo Poder Judiciário (KRAMER, 2007) e, também, ao Minimalismo Judicial, de acordo com o qual as cortes não deveriam decidir questões ‘desnecessárias’ na resolução de um caso concreto, limitando-se a respeitar seus próprios precedentes e exercer ‘virtudes passivas’, o Constitucionalismo Democrático legitima a atuação do Poder Judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa no processo de interpretação constitucional, de modo a potencializar o engajamento político expresso em termos de interações entre as cortes e a sociedade em geral (BUNCHAFT, 2011)” (PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, v. 54, n. 214, p. 189-202, abr./ jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189>, p. 192-193)

⁷⁴ Um dos problemas relacionados a atuação das Cortes Constitucionais que impacta diretamente na concretização dos enunciados constitucionais é a decisão individual (liminares) dos membros das Cortes. Em condições normais, a decisão individual deveria servir como instrumento institucional para o fortalecimento das decisões colegiadas passadas e, também, futuras – a fim de preservar a autoridade da palavra institucional do Tribunal. Porém, em alguns casos, a decisão individual pode interferir diretamente na própria autoridade do plenário da Corte e da própria estabilidade dos enunciados constitucionais – por exemplo, quando entre a decisão individual e a decisão colegiada existe um lapso temporal exagerado, quando a decisão individual não é encaminhada para a análise do colegiado, quando os fundamentos da decisão individual exacerbam a politização na Corte ou quando amplificam as dúvidas quanto à imparcialidade e legitimidade da decisão colegiada.

A necessidade de uma Corte Constitucional Internacional

Apesar da desconfiança do Min. Luís Roberto Barroso⁷⁵ de que a existência futura de uma instituição supranacional em matéria constitucional seja uma possibilidade real à vista, compreende-se que a proposta de um Tribunal Constitucional Internacional seja algo muito mais próximo à realidade institucional e política do sistema de controle dos atos das Cortes Constitucionais do que a limitação efetiva da atividade política desses órgãos nos múltiplos Estados Democráticos de Direito.

Sobre o Tribunal Constitucional Internacional

O projeto de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional, como órgão judicial internacional para monitorar as disposições e práticas constitucionais dos países-membros da Organização das Nações Unidas, surge com Moncef Marzouki (ex-presidente da Tunísia, 2011-2014) – e toma corpo com a Declaração de Rabat de 2015. Ao Tribunal caberia monitorar os padrões internacionais de direitos humanos e das liberdades democráticas, a fim de evitar com que houvesse desvios das instituições democráticas, i. e., seria garantir a democracia e os direitos humanos e contribuir para erradicar a ditadura e o desrespeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana.

Nesse sentido, Cunha ressalta que

O TCI tem, para usar a linguagem médica, uma dimensão profilática e uma dimensão terapêutica, ou, em termos jurídicos, uma dimensão de consulta e conselho, a que textos oficiais ou oficiosos chamam de ‘avaliação’, e uma dimensão contenciosa.

Por um lado, o TCI teria funções jurisdicionais que se poderia dizer ‘normais’, uma vez esgotadas as vias de recurso em cada ordem jurídica. Podendo preliminarmente instituir-se, nalguns casos, uma fase de mediação, a aplicação das decisões do Tribunal dependeria ainda dos Estados. Agindo não ex officio mas a pedido de um conjunto vasto mas ainda assim delimitado se sujeitos com legitimidade processual ativa, daria voz a petições em certas condições de amplitude e legitimação, a ONG’s reconhecidas pelos Estados para fins eleitorais, partidos, sindicatos e outras associações profissionais, e organizações internacionais aos diferentes níveis.

(...)

Mas para além das funções contenciosas, uma das grandes inovações do TCI consiste em ser uma instância de aconselhamento de governos, organizações internacionais e forças vivas da sociedade civil, nacionais e internacionais, que, em termos obviamente também limitados e com prazo razoável de resposta, poderiam colocar questões, pedir pareceres. Não tem sido inédito já que mesmo governos peçam impossíveis esclarecimentos das suas decisões, o que os tribunais constitucionais nacionais certamente nem sempre ou quiçá nunca poderão dar (dado não ser essa a sua função, por definição), mas que poderiam tranquilamente ser objeto de pedido interpretativo a um tribunal supranacional, independente e especializado, como o TCI. Evidentemente, aqui está um exemplo de uma outra questão complexa a acautelar: a necessária harmonia entre as Cortes

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*, p. 2174.

constitucionais (e afins) nacionais, regionais e o TCI. Certamente, nem todos os pedidos de parecer para o TCI seriam benévolos, podendo haver questões ociosas e mesmo litigância de má fé. Será necessário não só um Estatuto do Tribunal que previna à partida muitos desses casos, como depois o discernimento pontual que os descarte⁷⁶.

Mas, apesar de suas funções estarem definidas, seu formato é ainda uma “obra artística aberta”⁷⁷. Nesse sentido, Menezes afirma que

A originalidade do Tribunal Constitucional Internacional é que este será orientado para as liberdades públicas, as mesmas liberdades que são constitutivas da democracia, em conjunto com os direitos humanos. Esta descrição está no coração do projeto. O Conselho de Direitos Humanos, a Comissão para os Direitos Humanos, além dos organismos regionais, não possuem poderes judiciais reais, embora sejam tutores do grande e complexo conjunto normativo internacional. Os padrões resultantes de convenções da ONU, como os direitos da criança e do adolescente ou os direitos dos migrantes, sem contar as inúmeras resoluções que estabelecem o princípio da legitimidade democrática e detalham obrigações dos Estados para realiza-las, agora formam um verdadeiro conjunto normativo internacional. Mas toda norma precisa de um sistema de defesa e controle. O próprio processo de ratificação dos tratados e convenções considera todas as exigências para constituir uma lei dentro dos órgãos nacionais do Poder Legislativo. O tribunal arquitetado no projeto da Tunísia pretende implementar o caráter coercitivo e consultivo que obrigue os países a cumprir esse conjunto normativo⁷⁸.

Apesar disso, existem várias propostas⁷⁹ para que sua competência seja a de revisar decisões e emitir pareceres consultivos sobre normas, a fim de “erradicar a ditadura” interpretativa imposta por algumas Cortes Constitucionais, Parlamentos e Governos.

Porém, concorda-se com Cunha de que é a “normatividade constitucional material, ou constituição material internacional que permite a muitos acreditarem que, sem Constituição mundial, sem Estado mundial, e sem um poder constituinte internacional voluntarista e histórico (como antes se dizia do Contrato Social: mas hoje se compreende que o Contrato social é uma metáfora), é possível e é desejável – precisamente tanto para a democratização como para a defesa dos Direitos Humanos – a existência, com todo o apoio nacional, de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI)”⁸⁰.

⁷⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. Interconstitucionalidades por um Tribunal Constitucional Internacional., in *Jurismat – Revista Jurídica*. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, n. 7, novembro, 2015, 251-272, p. 267-268.

⁷⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. Interconstitucionalidades por um Tribunal Constitucional Internacional., in *Jurismat – Revista Jurídica*. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, n. 7, novembro, 2015, 251-272, p. 265.

⁷⁸ MENEZES, Quênia de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos, in *Revista Direito GV*. São Paulo: Editora Getúlio Vargas, vol. 13, maio-ago, n. 2, 2017, p. 677-705, p. 683.

⁷⁹ Nesse sentido, ver: <<http://www.hottopos.com/isle24/index.htm>> e <<http://www.hottopos.com/notand41/index.htm>>.

⁸⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da. Interconstitucionalidades por um Tribunal Constitucional Internacional., in *Jurismat – Revista Jurídica*. Portimão: Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, n. 7, novembro, 2015, 251-272, p. 257.

Nesse sentido, a proposta para um Tribunal Constitucional Internacional é possibilitar com que cidadãos tenham uma esfera de proteção constitucional além dos limites nacionais, visto que, em alguns casos, Tribunais Constitucionais nacionais acabam por bloquear o acesso à justiça constitucional aos seus cidadãos, por corromperem enunciados constitucionais por verdadeiras mutações ou pela prática de puro ativismo ideológico ou por infringirem normas constitucionais por meio de interpretações abusivas (superinterpretação) para preservar interesses políticos, de grupos de pressão ou corporativistas estatais. Logo, o intuito de se constituir um Tribunal Constitucional Internacional é possibilitar, aos cidadãos de Estados constitucionais, mecanismos concretos de preservação das normas constitucionais e de observação dessas por partes dos agentes políticos em um dado Estado; além disso, preservar e promover a observação dos valores constitucionais universais pelos Estados constitucionais – seja através de suas normas constitucionais nacionais, seja pela adoção e respeito das Convenções internacionais que aqueles sejam signatários.

Em especial como a Constituição é mais do que um documento político e, portanto, não se restringe a palavras e assinaturas dos constituintes originários e derivados, bem como qualquer Constituição não necessita de vontade e ações políticas de uma dada comunidade para manter-se válida, o sentimento constitucional prescinde de ações e de vontade política. Assim, é importante que a Constituição seja preservada apesar dos interesses momentâneos de agentes políticos ou jurisdicionais, da vontade da maioria parlamentar ou jurisdicional, para que os valores e princípios constitucionais expressos em seus enunciados constitucionais sejam aplicados aos membros de uma comunidade política independentemente das pressões momentâneas e sejam preservadas as suas regras pétreas de interferências ilegítimas.

Nesse sentido, compreende-se que o Tribunal Constitucional Internacional deverá ser mais um tribunal de direitos do que um tribunal de poder⁸¹. E, portanto, configurando-se como um Tribunal de defesa dos direitos universais e das respectivas políticas públicas de concretização e de realização dos valores e princípios constitucionais (além, é claro, do próprio sentimento constitucional em uma dada comunidade política), em contraposição às Cortes Constitucionais locais – as quais poderão, em algum momento, ter se convertido em instrumentos políticos desconexos dos enunciados constitucionais, dos princípios e valores constitucionais e sociais, dos interesses democráticos e, portanto, da própria Constituição que foram institucional e constitucionalmente legitimados a proteger. Restando, assim, como última instância institucional de proteção das maiores democráticas, dos direitos e garantias fundamentais e de proteção de enunciados constitucionais revogados ilegitimamente por regimes anti-democráticos e/ou por Cortes Constitucionais ativistas.

⁸¹ Nesse sentido, ver: QUEIROZ, Cristina M. M. A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais. *International Studies on Law and Education*, 24, set.-dez., 2016, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, p. 51-54.

Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=128422.

A verdadeira essência

Ângela Maria Oliveira⁸²



PFC, a autora e um díptico de PFC

Falar sobre a pintura do Paulo Ferreira da Cunha poderá ser uma tarefa difícil para muitos. Não o será para mim, pois decidi fazer uma abordagem descomprometida e livre da sua obra. Tentarei falar do trabalho pictórico do Paulo plagiando o seu modo de idealizar e executar pintura, isto é, de uma forma livre e liberta de pré conceitos.



Painel com personalidades, com PFC, obra da Arte Solta, a que a autora está ligada

Tive a oportunidade de ver o Paulo executar alguns dos seus quadros e foi com surpresa e admiração que assisti à sua atitude perante a tela. Uma relação totalmente livre

⁸². Professora e artista plástica.

e feliz. Uma quase alegria inspiradora para quem assiste. O puro prazer de preencher as telas com cores fortes, vivas e luminosas, alheando-se do que o rodeia. Uma pintura intuitiva, solta, inquieta que se distancia dos cânones e das regras mais acadêmicas. Uma pincelada grossa e inquieta que confere uma textura muito perto da que estamos habituados a ver em Van Gogh. Uma urgência de alcançar o resultado idealizado, que o leva ao uso de camadas grossas de tinta que conferem ao seu trabalho profundidade e texturas ricas e intensas de cor.



Imitação da Noite Estrelada



Uma das Árvores da Liberdade (são várias)



Direito & Estado



PFC e o roxo

Os temas são variados e arriscaria dizer que, para mim, não são o essencial na sua obra. Uma árvore, uma paisagem ou um personagem rico de referências históricas, têm todos um mesmo cunho forte que vai para além do que representam. Há um elemento de ligação entre todas as suas pinturas que nos é dado por uma interioridade a que somos conduzidos pela forma autêntica como foram executadas. Os trabalhos do Paulo transmitem-nos algo muito perto da verdadeira essência do ser, uma “naiveté” a que ninguém fica indiferente.



PFC pintando em São Paulo



Caixinha Van Gogh de PFC



Caixinha Van Gogh fechada

Desenho e Linguagem, na obra plástica do Professor Paulo Ferreira da Cunha

António Delgado⁸³

Nota introdutória

Pretende-se, com este texto, fazer uma abordagem sintética da obra artística de Paulo Ferreira da Cunha (PFC), um eminente Professor de Direito Constitucional e Juiz do Tribunal Constitucional. Para além desta actividade PFC pratica também com muita propriedade a Pintura, o Desenho e o Design Gráfico, sendo em todos estes campos autor com obra e o seu fazer plástico, suscita-me uma reflexão sobre as complexas relações entre a Arte (Desenho) e a Linguagem e as confluências entre estes campos para verificar a eventual contaminação entre ambos: qual nutre o outro ou ambos têm a mesma matriz?

O desenho como acto comunicativo é um meio sintético do sistema visual que representa. A sua aprendizagem, marca a entrada e o manejo deste meio no controlo sobre a linguagem do conhecimento e das suas potencialidades comunicativas. Considerar o desenho e a sua instrução leva-nos, necessariamente, a indagar nos sistemas visuais e no campo das Artes em voga. Observar as suas variações de uso é rastrear nos indícios das transformações e sensibilidades do pensamento artístico e posicioná-lo com respeito à arte atual.

Tratar de estabelecer a sua função e a forma em que esta possa ser aprendida parece ser difícil de almejar num período em que os âmbitos artísticos são submetidos a contínuas mudanças e revisões. Definir o desenho unicamente pelo terreno gráfico seria evitar a realidade da Arte Contemporânea, na qual as definições dos seus antigos territórios desapareceram ou foram radicalmente transformados. No entanto, o desenho como linguagem mediadora nunca se pode descartar como um feedback constante do pensamento e como tecnologia gráfica para expressá-lo.

Linguagem e tecnologia

Há tecnologias que são tão invisíveis como as da própria linguagem que, como anotou Marshall McLuhan, modela o nosso cérebro desde sempre. Nele se usavam primeiro sons fonéticos de utilidade para objetos criando abstrações conceituais que culminaram na escrita (McLuhan 1964). Essa evolução é registrada como uma função cognitiva do nosso cérebro, por uma estrutura pré-linguística que, de acordo com Noam Chomsky, constitui uma competência inata que desenvolve uma organização interna sintática (Chomsky, 1968, 60). A evolução morfológica da linguagem e o seu uso como interface fonética estão, nesse caso, ligados à evolução cognitiva da linguagem e a uma fixação genética que funciona como um *hardware* que integra uma função.

⁸³. Doutor em Belas Artes Agregado.

As outras grandes tecnologias decorrem da relação do pensamento com a habilidade manual e a capacidade entre eles de criar objetos funcionais e representar o pensamento simbólico da visão e da audição. A combinação entre fonologia e audição, no caso da linguagem, e entre habilidade manual e visão, no caso da representação visual, moldou por séculos a nossa maneira de transmitir o pensamento ao mesmo tempo em que ele foi transformado pelas suas próprias criações.

Até muito recentemente, tanto no campo artístico como no pensamento científico, os modelos que representavam a nossa realidade espaço-temporal baseavam-se na construção de uma mediação analógica entre a percepção visual e essa realidade. A geometria, a harmonia dos movimentos planetários, os esquemas ou as projeções dos dispositivos respondem à ordem do visual. Essa hierarquia sensorial não atuou apenas no modo de entender o mundo físico, mas igualmente no mundo metafísico. Não é de surpreender que as histórias que foram transmitidas oralmente nos tempos antigos acabaram sendo visualizadas pela iconografia e pela escrita em “livros sagrados”. A escrita supõe uma superposição estável por parte da visão. Quando dizemos “as palavras são carregadas pelo vento”, queremos dizer que as palavras são transmitidas oralmente. A palavra lapidária, a palavra do ato notarial ou a palavra escrita supõem a aniquilação do efêmero, pela ideia da perpetuidade temporal. Com a transição sinestésica e conceptual para a visão, a escrita supõe a partida gradual do objeto representado, atingindo, como apontamos (McLuhan, 1964), a abstração do pensamento racional. Por exemplo, à medida que remontamos na história a linguagem vai-se fazendo mais pictórica, até à sua infância, quando era integralmente poesia e todos os factos espirituais se representavam por símbolos naturais. E podemos descobrir que há símbolos que constituem os elementos originais de todas as línguas (FIG. 1, FIG.2, FIG.3, FIG.4)



Fig. 1



Fig. 2



Fig. 3



Fig. 4

Apesar do actual distanciamento entre a escrita e os objetos a que assistimos, o apego à visão das representações ainda é substancial na nossa civilização. A analogia óptica fixou na arte uma forma simbólica que transcende a mera representação do mundo. Ao longo da sua história, a figura humana na arte é vista como a imagem espelhada do corpo; mas o que essa forma representava na maioria das vezes não era uma analogia da sua materialidade física, mas uma sublimação simbólica no corpus mitológico e religioso. Na Grécia antiga, Xenófanes criticou a estupidez humana de representar os deuses à sua escala, imagem e semelhança, mencionando que os homens pensam que os deuses têm um corpo, um vestido e uma linguagem semelhante à sua (Vernant 1992, 19).

Não é essa imagem mitológica que vemos, tanto nas pinturas como nos desenhos de PCF, mas sim a imagem de espelhos do corpo fruto de uma espiritualidade visual isenta de verbo, própria de uma crença natural e de autor. Tomando a Arte como um

órgão de conhecimento tão importante como a ciência, que ilumina de modo fabuloso o mundo das ideias, crenças e costumes.

A linguagem do desenho

Com estes trabalhos PFC abre caminhos ao pensamento simbólico, do mesmo modo que mostra uma impressão estética de si mesmo. E tal como nos primórdios da Arte, os seus trabalhos também estabelecem uma ponte entre o real e a ideia, sendo signo icónico e meio de comunicação universal. E se na sua origem, *a arte figurativa do período paleolítico*, estaria ligada à linguagem e muito mais próxima da escrita, no sentido lato do termo, que da obra de arte (André Leroi-Gourhan . S/D, 178), nada nos parece mais ajustado aos trabalhos de PFC, que esta citação.

Demiurgos entre a imaginação e a realidade, podem mesmo incorporar fórmulas que ajudam a revelar um grande número de chaves do seu processo criador e artístico, tal como a ideia que preside à realização de uma obra através dos caminhos e curvas por onde passa a linha que os define, como nos dão conta os trabalhos (Fig. 5, 6, 7).



Fig. 5



Fig. 6

A vontade interna de PFC para conceber uma obra plástica surge devido ao desenho ser o primeiro passo no modo do conhecimento plástico e a linha o elemento característico de conformação da ideia artística ou imagem. Com a linha criara objetos, formas e espaços com os quais se reconfigurou e reinventou a realidade. É dentro destes moldes que o desenho, em qualquer das suas variantes, esboço ou obra acabada, qualifica o seu trabalho e a sua dimensão mais profunda.



Fig. 7



Fig. 8

Por outro, lado inquirir o trabalho de PFC é indagar também sobre o Desenho e no meu entender, não deixa de ser ainda uma visita à História do homem e percorrer o seu poder de fantasia e capacidade para transcender o real. Apesar do desenho estar na base dos vários géneros artísticos que exerce ou especialmente aqueles vinculados ao seu carácter de preparação, este campo artístico parece ocultar-se por detrás de parte das suas obras (**FIG. 9**), tal como se esconde por detrás de Frescos, Tábuas Pintadas, livros ou certos papéis secundários como apontamentos gráficos em cadernos de artista.

O Desenho como meio de expressão artística tem uma história mais longa que a pintura e consegue desempenhar variadas funções, que vão desde o esboço compositivo, que encarna o princípio intelectual do *disegno* e o estudo tomado do natural, apoiado na sensação visual direta, onde cabe o desenho, como projeto subordinado à pintura, à escultura ou à arquitetura, e mais recentemente como obra autónoma. Essa oposição manifestava-se entre o desenho de linha e o desenho pictórico.

O primeiro concebe-se pela mina dura ou pela pena e o segundo realizava-se com materiais brandos como o carvão o pincel e a tinta. Este último procedimento ganharia maior adesão com a utilização da cor, como demonstram inúmeros desenhos de artistas do Renascimento e de épocas posteriores, referências que podemos encontrar nos trabalhos de PFC através de uma análise cuidada.



Fig. 9

Apesar das ideias que hoje fazemos do Desenho e conseqüentemente da Arte, elas são herdadas de um determinado tempo e “das suas circunstâncias” e a ideia de Kant que todavia domina a nossa capacidade de julgá-las não deixa de ser a que predominava nos meios eruditos desde o Renascimento.

Desde o período iluminista até hoje alguns filósofos impregnados de boa vontade não fizeram mais que teorizar sobre Arte e Desenho, na tentativa de estabelecer uma ordem em que estes campos pudessem ter um sentido mais inteligível ou serem definidos por leis que os próprios alvitavam. Apesar desta manifesta generosidade, devemos entender as sugestões que nos têm deixado como liberdades de linguagem destinadas a encorajar o discurso artístico e a condensar ideias sobre ela.

O que porém é singular e digno de nota é que tais abreviaturas e liberdades de linguagem se transformaram em propostas às quais foi dado um sentido tal, que se diria que essas ideias tinham uma significação. Por isso, em vez de simplificar o sentido da Arte e conseqüentemente do seu entendimento tal como o Desenho, confundiram-os e conseguiram esvaziar o sentido de Belo e a sua essência e transformá-lo em retórica, ao considerar que a prática artística pudesse converter-se em gênero literário, o que é absolutamente visual, logo errado. E esta é a grande lição que podemos extrair dos trabalhos de PFC ao negarem em absoluto aquela retórica fazendo a justiça de DEVOLVER A LIBERDADE DO OLHAR tal como ele existia na nossa visualidade matricial e muito bem apontou André Leroi-Gourhan na obra *O Gesto e a Palavra*.

Referências Bibliográficas

- André Leroi-Gourhan.** *O Gesto e a Palavra*, Edições 70. Portugal S/D
- Delgado, António** *Desenho: resisto definidor no projecto em Escultura*
- Mcluhan, Marshall.** *Understanding Media: The Extensions of Man*. Cambridge: MIT Press, 1994.
- Chomsky, Noam.** *Language and Mind*. New York: Harcourt, Brace & World, 1968.
- Vernant, Jean-Pierre.** “Cuerpo Oscuro, Cuerpo resplandeciente”. In *Fragmentos para una historia del cuerpo humano*, coordinado por Ramona Nadaff, Nadia Tazi y Michel Feher, Parte III, Madrid: Taurus, 1992.

Propos sur l’engagement du professeur Paulo Ferreira da Cunha au projet de la Cour Constitutionnelle Internationale

Asma Ghachem⁸⁴

Pour que la Cour constitutionnelle internationale se transforme d’une simple idée à un projet en cours de concrétisation, il a fallu lui concevoir une architecture constitutionnelle internationale. Le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha ne pouvait pas ne pas figurer parmi les grands architectes de cette Cour. Quand on a fait appel à lui, il a non seulement adhéré à l’idée, il s’y est aussi engagé dans toutes les étapes de sa conception. Son soutien au projet est indéfectible. Nous en sommes fiers.



PFC e a autora na Univ. Europeia, Lisboa



Conferência de PFC UE sobre o TCI

Quand un comité *ad hoc* a été constitué regroupant d’éminents constitutionnalistes de par le monde pour soutenir, concevoir et développer l’idée de la

⁸⁴. Maître-assistante à l’Université de Carthage. Vice-doyenne de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis.

Cour constitutionnelle internationale, la partie européenne était constituée essentiellement de juristes français et allemands. Seul le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha nous venait du Portugal. Il y a tout de suite cru et manifesté un engagement réel pour l'idée.



PFC discursando no Palácio Presidencial de Cartago, diante do Presidente Mazourki (mesa com a autora)



Jantar de trabalho em Tunes

C'est ainsi que lorsque la Présidence de la République tunisienne a organisé le 12 juin 2014, au sein même du Palais présidentiel, un colloque international portant sur «le projet de la Cour constitutionnelle internationale, les prérequis de l'endurance», elle a accordé le rapport de synthèse au Professeur Paulo Ferreira Da Cunha. Dans ce rapport, le Professeur Da Cunha a fait état des thèses qui défendent la Cour et celles qui lui sont hostiles dans un style imagé et original qui révélait la grande imagination et le don poétique qui le caractérisent.



Reunião de trabalho para a redação do projeto instituidor do TCI, presidida pela autora e Yadh Ben Achour.

Puis, quand on a pensé à exporter l'idée et à élargir les horizons du projet, on a organisé un grand colloque international, faisant appel à d'éminents professeurs du Maghreb, du Moyen-Orient, d'Europe, d'Amérique du Nord et d'Amérique du sud, nous avons pensé au Maroc et le colloque a eu lieu à Rabat les 16 et 17 juin 2015. Le

Professeur Da Cunha a été parmi les premières personnes qui ont accepté d'y participer, mieux encore, il nous a donné un texte intitulé «Psychologie des souverainistes: un obstacle de fond au droit constitutionnel international» qui a été publié par la suite dans actes du colloque sous la codirection du Professeur Henri Pallard et moi-même. Je voudrais souligner aussi que l'apport du Professeur Da Cunha à ce colloque est particulièrement significatif, car sans lui et son réseau, on n'aurait jamais pu faire appel à des professeurs brésiliens qui nous ont fait l'honneur de participer à ce colloque.

Par ailleurs, le Professeur Da Cunha a beaucoup œuvré pour que l'idée soit largement diffusée et connue au Portugal. C'est ainsi qu'il a organisé, dans deux universités différentes, deux rencontres sur la «Globalisation constitutionnelle et société de l'information» où la Cour constitutionnelle était l'une des manifestations de la globalisation constitutionnelle. La première rencontre a eu lieu le 6 avril 2017 à l'Université *Aberta* à Lisbonne. La seconde a eu lieu le 7 avril 2017 à l'Université européenne de Lisbonne. L'université de droit de Porto a eu elle aussi, son lot quant à l'organisation d'une manifestation sur la Cour constitutionnelle internationale puisque le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha a organisé aussi une rencontre les 21 et 22 janvier 2019 portant sur la Cour.



Toujours dans cette perspective de diffuser l'idée mais aussi la réflexion qui la sous-tend, le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha a publié avec le Professeur Yadh Ben Achour qui a constitué l'équipe d'universitaires réfléchissant sur le projet, un livre dans lequel les deux auteurs partagent leur vision de la Cour constitutionnelle internationale.

En outre, la revue portugaise *International Studies on Law and Education* a consacré son numéro 24 (septembre –décembre) de l'année 2016 un dossier portant sur la Cour constitutionnelle internationale. Plusieurs professeurs ont écrit dans cette revue et j'ai eu la chance d'y être grâce au Professeur Da Cunha qui m'a proposé d'y publier un texte que j'ai appelé «Plaidoyer pour une idée tunisienne : l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale». Il va sans dire que le rôle joué par le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha dans la diffusion de l'idée et dans la réflexion sur le projet est incontournable. Il est fondamental. C'est la raison pour laquelle le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha fait partie de l'équipe qui supervise l'élaboration du statut de la Cour.

Ainsi, une équipe tunisienne constituée de jeunes enseignants universitaires a élaboré, sous la direction du Professeur Yadh Ben Achour, le statut de la Cour. Il s'agit de Khaled Mejri, Hajer Gueldich, Sara Maâouia, Nadia Akacha et Asma Ghachem. Ce statut a été par la suite évalué et analysé par les Professeurs Henri Pallard du Canada, Hassan Ouazzani Chahdi du Maroc, Dominique Rousseau de France et Paulo Ferreira Da Cunha du Portugal et ce, dans un atelier de travail qui a été tenu à Tunis le 10 février 2018. A la lumière des remarques de ces éminents professeurs, le statut a été corrigé et amélioré mais il a fallu y travailler encore pour le perfectionner. C'est alors qu'un deuxième atelier a été organisé à l'Université de Genève les 4 et 5 octobre 2019 avec une composition plus élargie. Ont participé à cet atelier les professeurs Monique Chemilier-Gendreau de France, Dominique Rousseau de France, Henri Pallard du Canada, Yadh Ben Achour de Tunisie, Maya Hertig de Suisse, Olivier de Frouville de France et le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha du Portugal. Nous comptons publier et diffuser ce statut puis, engager, dans une seconde étape une action avec les institutions diplomatiques tunisiennes.



C'est le projet de la Cour constitutionnelle internationale qui m'a fait connaître le Professeur Paulo Ferreira Da Cunha et c'est aussi ce projet qui m'a permis de connaître l'engagement, la persévérance, la pertinence et la grande modestie du Professeur Da Cunha. Je suis fière de cette rencontre qui s'est transformée en amitié. C'est aussi avec une grande fierté que je participe à un hommage fait à ce grand Professeur.

A bênção de Minerva

Belmira Duarte e Gil⁸⁵

Do Paulo Ferreira da Cunha guardo dos tempos de faculdade, desde logo, a sua elegância no trato. Quando o conheci, e antes até de lhe falar e perceber o seu fulgor intelectual, a sua inesgotável curiosidade no saber, não escapei à sedução do seu tratamento com os seus pares, docentes e funcionários, produto de uma educação esmerada, aliada a uma compreensão humanista do mundo, a um notável comprometimento social e cívico. Esta é a primeira imagem que dele arrecadei e que me garantiu estar perante uma pessoa impar e excecional, e que cinco anos de contacto nos bancos da faculdade e uma vida pública, proba e integra, dedicada ao Direito, confirmaram.



A autora



Não foi difícil adivinhar que o Paulo Ferreira da Cunha, atualmente Juiz Conselheiro no Supremo Tribunal de Justiça, em Portugal, iria longe no seu percurso profissional de vida, condensado hoje em 116 livros e mais de 600 artigos publicados (em várias línguas). Aulas houve em que por vezes era difícil discernir entre o discípulo e o mestre, tal era a complexidade da questão que lhe ocorria ou a densidade do conhecimento que demonstrava quando expunha a Ideia. Nunca foi um produto de série, estereotipado, mas foi sempre um aluno fora de série, destacando-se pela sua invulgar preparação intelectual e pelo enorme apego ao saber jurídico e filosófico que pouco mais de uma vintena de anos de idade realçavam.

⁸⁵. Advogada.

A par deste talento coexistia um humilde e tocante desinteresse pelas luzes da ribalta. A sua arte era um fim em si mesmo, estranha a outros propósitos ou réditos, designadamente, o de vir a ser assistente da Faculdade de Direito de Coimbra, futuro que todos nós lhe vaticinávamos. Se o objetivo do aprendiz naquela faculdade era de fazer cadeiras, sendo a nota positiva, mesmo baixa, um sinal de vitória, sabendo-se que a Faculdade de Direito de Coimbra era particularmente austera nas notas que lançava, propunha-se o intelectualmente mais dotado (ou o “marrão” por natureza) conquistar o podium classificativo da pauta.

Por isso, vulgar era a subida de notas por estes, na oral, mesmo quando a classificação atribuída contrastava pela sua notoriedade com a habitual razia. Ora, o Paulo Ferreira da Cunha, fruto da ausência de ambição académica, à data, alheou-se dessas promoções quantitativas que nada acrescentavam, diga-se, ao seu saber académico que todos lhe reconheciam e que lhe faziam perder tempo para outras incursões eruditas. Ora, calhou uma noite tê-lo encontrado em alegre cavaqueira de amigos no Romano, café simpático sito em encruzilhada com os Combatentes e a Rua Humberto Delgado, em Coimbra. Sim, porque não obstante o seu intenso labor, não regateava tempo aos seus amigos e promovia esses prazeres virtuosos. Estávamos em intensa época de exames que nos retirava tema para outros assuntos e perguntei-lhe se ia à oral de Direito Internacional Público. Esta cadeira era uma das suas diletas, o que bem percebíamos pelos seus francos contributos para a mesma. O regente da Disciplina era o Prof. Barbosa de Melo, pessoa de invulgar cultura jurídica e erudição e que dispensava aos alunos uma enorme afabilidade. Esta simbiose resultava em aulas de elevada distinção e qualidade, sempre muito concorridas. Àquela pergunta, o Paulo Ferreira da Cunha disse-me que não estava a pensar nisso, nunca tinha feito sequer uma oral na faculdade (!), resposta à qual não me resignei pois sabia do seu particular gosto pela disciplina e porque a excelente nota alcançada por ele, o máximo habitualmente atingível na escrita – 14 -, não lhe fazia justiça, sabendo-se como se sabia que a prova estava extraordinária. Achava por isso que o Paulo Ferreira da Cunha não podia aceitar passivamente aquele resultado e depois de um massacre argumentativo, ele não teve outro remédio senão apresentar-se à oral. Escusado será dizer que a prova foi um êxito notável, onde o Paulo Ferreira da Cunha discorreu sobre filosofia do direito internacional, sobre Kelsen e outros autores que lhe mereceram uma anotação do Prof. Barbosa de Melo no seu currículo sobre a sua prodigiosa inteligência e cultura.

Mas as capacidades intelectuais do Paulo Ferreira da Cunha não se ficavam pela teoria do direito, no seu plano metafísico, evidenciando-se em preocupações cívicas e projetos concretos. Portugal assinaria pouco depois o tratado de adesão à Comunidade Económica Europeia quando ele promoveu, enquanto europeísta convicto, a organização de um encontro de jovens, a nível europeu, no âmbito da Associação Portugal-Europa. Foi uma semana de intenso intercâmbio cultural com jovens de todo o mundo residentes na Europa, onde credos religiosos, políticas e experiências pessoais coexistiram harmoniosamente, irmanados do princípio comum de uma Europa unida, livre e do respeito dos direitos humanos. Tive o privilégio de participar nesse encontro, a seu convite, e não esqueço as mesas redondas em que ele interveio, o contributo valiosíssimo para a discussão dos temas, numa perspetiva visionária e sempre para além do tempo.

Volvidas mais de quatro décadas, fica-nos o sentido de uma verdade imutável sobre o Paulo Ferreira da Cunha adquirida desde os bancos da escola: o da genialidade que engrandeceu e projetou no universo jurídico pelos quatros cantos do mundo.

Coimbra, 25 de Maio de 2021

Memórias republicanas do Jornal Estado de Direito - sobre o articulista Paulo Ferreira da Cunha

Carmela Grüne⁸⁶

Quando fui recapitular as publicações do Professor Paulo, reli atentamente as 50 edições do Jornal Estado de Direito, voltando ao ano 2005⁸⁷, para ter a certeza de que não deixaria nenhuma leitura de artigo comentada fora desta homenagem. Percebi ao reler seus textos o quão são atuais e, lamentavelmente, refleti sobre o cenário político brasileiro. Assim, apresento um paralelo com o que estamos vivenciando no Brasil a essas memórias republicanas.

Neste mês de maio de 2020, entrei na 28ª semana de gestação da minha filha⁸⁸, em meio a crise mundial de saúde, decorrente do novo coronavírus, Covid-19, onde nos deparamos com exemplos positivos de cidadania ativa, mas também com exemplos negativos de egoísmo e coisificação do ser humano.

Enquanto faltam as condições de tratamento necessárias para a proteção contra o vírus, caem máscaras daqueles que vivem de aparência e se utilizam do falso patriotismo para usurpar da República, pela necropolítica.

Por aqui, na região sul do Brasil, na cidade de Porto Alegre, me encontro isolada dentro de casa, mas com desafios a vencer. Preocupada ao perceber a miséria social que

⁸⁶ Carmela Grüne é advogada trabalhista, escritora, diretora presidente do Jornal Estado de Direito, Doutoranda em Estudos Globais pela Universidade Aberta em Lisboa, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela FMP/FEMARGS e pela UniRitter. 2 Vice-Presidente da Academia Brasileira de Direito. Representante Institucional Titular do Instituto dos Advogados Brasileiros no Rio Grande do Sul. Laureada por diversas instituições nacionais e internacionais, decorrente da sua atuação humanitária voltada ao empoderamento da cidadania, da promoção e defesa dos Direitos Humanos, ao longo de 15 anos de práticas cívicas, destaca-se pela inovação e utilização de metodologias transdisciplinares utilizadas nos projetos Direito no Cárcere, Desmitificando do Direito, Samba no Pé & Direito na Cabeça, Ciclo de Estudos Direito, Neurociências e Arte. Atualmente, trabalha na ampliação do projeto Direito no Cárcere como política pública nos Estados brasileiros, além de atender trabalhadores petroleiros na defesa de direitos sociais, das formas mais amplas, colabora no atendimento a populações em situação de risco e vulnerabilidade social. Autora e organizadora dos livros “Direito no Cinema Brasileiro”, “Samba no Pé & Direito na Cabeça”. Sua dissertação de mestrado resultou na publicação da obra “Participação Cidadã na Gestão Pública: a experiência da Escola de Samba de Mangueira”, todos pela Editora Saraiva.

⁸⁷ Ao buscar os artigos escritos pelo Professor Paulo Ferreira da Cunha no Jornal Estado de Direito, tento lembrar como o conheci. Fecho os olhos e recordo... Embora falhe a memória do evento preciso, não há tempo nem distância que faça perder o laço que tenho com essa pessoa, sensível, atenta, provocativa. Ele sempre com o seu exemplo, trouxe-me motivação, estímulo, apoio tanto nos desafios pessoais como nos profissionais. É aquele amigo do grupo seletto que contamos nos dedos, dentro das limitações do espaço que nos separam.

⁸⁸ “Eva Lee: o mundo sob olhar materno”, nome do meu mais recente documentário fruto do desejo de simbolizar, pela transformação da nudez, o corpo político da mulher, em obra de arte. Suas inquietações partem do olhar que as pessoas, de modo geral, dão à maternidade e à gestação, de quanto a sociedade indignifica a mulher e simplifica a complexidade dessas duas etapas, quer seja, emocional, social, ética e política, para encobrir crimes, abusos e preconceitos. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/documentario-eva-lee-o-mundo-sob-olhar-materno/>, acessado em 10/05/2020.

nos encontramos, com pessoas desempregadas, muitos desassistidos, crianças, jovens e idosos, doentes em filas de hospitais, sem receber atendimento, pessoas morando nas ruas, nos abrigos e nos presídios.



PFC e a autora

Além de afetar a saúde pública o Covid-19 traz consequências graves com as escolas fechadas. Milhares de crianças e adolescentes, em fase de desenvolvimento, estão sem nenhuma atenção e perderam a alimentação básica recebida nas escolas. É uma realidade triste, que me traz angústia de qual será o futuro dessa nova geração de crianças.

Infelizmente o panorama é de um País largado aos ignorantes, um governo ultraliberal, alicerçado pela extrema direita, que abusa de práticas ilegais, injustas, ilegítimas, vendendo, por exemplo, o patrimônio da Petrobras, com a fragmentação de atividades essenciais ao desenvolvimento energético, utilizando nossas riquezas para beneficiar empresas multinacionais, parceiras de campanhas eleitorais.

A “República, bela adormecida” é o título sugestivo do artigo que marca o início do percurso de memórias republicanas do Professor Paulo no Jornal Estado de Direito, veiculado no ano de 2010, na 28ª edição⁸⁹. O texto comemora o centenário da implementação da República, em Portugal, no dia 05 de outubro de 1910. Nele ressalta a importância de aprendermos a História para não repetir os erros do passado, quebrando tradições porque “a verdadeira nobreza não é aquela dada no sangue, mas no nome” e, ainda, de atentarmos a comportamentos déspotas os quais levam a grandes atrocidades contra a humanidade.

Na 29ª edição⁹⁰, lançada no ano de 2011, o Professor Paulo nos deu a honra de ser capa do Jornal Estado de Direito, com o artigo “Crítica da Razão Jurídica”. Nele exalta o legado do Professor e Advogado argentino Luis Alberto Warat, falecido no dia 17 de dezembro de 2010. Sim foi um pedido que fiz, para que a edição contasse com textos homenageando a história daquele que carnavalizou o Direito, demonstrando por meio das suas dinâmicas de docência e pesquisa a importância da sensibilização do conhecimento jurídico para o exercício da cidadania ativa.

⁸⁹ Edição 28 do Jornal Estado de Direito. Disponível <https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed28>, acessada em 10/05/2020.

⁹⁰ Edição 29 do Jornal Estado de Direito. Disponível https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed_29, acessada em 10/05/2020.



PFC no Estado de Direito, dirigido pela autora

Prontamente, o Professor Paulo atendeu ao meu pedido e destacou como Warat colocou o dedo na ferida aberta do juridicismo, por denunciar que o Direito cala, ignora o tato, abafa o sentimento, declarando a necessidade de abrir o Direito aos sentidos e aos sentimentos. Nas suas conclusões apresentou como desafio do Direito a reinvenção da razão jurídica, sem o normativismo dogmático racionalista, não “derrapando” para um “direito livre” subjetivista ao sabor de interesses, caprichos ou poderes, mas sim razão tópico-problemática, pluralista e fraterna.

Professores Warat e Paulo sempre foram grandes inspirações para a história do Jornal Estado de Direito, embora somente após cinco anos de existência da publicação fui conhecê-los. Nossas ideias se alinhavam, sensibilizar as pessoas sobre a importância de popularizar o Direito como instrumento de cidadania. Dou graças a Deus, ao recordar dessa jornada coletiva.

Na 30ª edição⁹¹, veiculada no ano de 2011, o Professor Paulo, no artigo “Saber ou não saber”, alerta como a tecnocracia treina as pessoas a não parar para pensar, muito menos criticar, destacando como a ignorância é cômoda, “mãe do fazer mal”.

Refletir sobre “O outro”, a crise e a justiça”, foi tema sequencial abordado na 31ª edição⁹², a partir da crise financeira da Europa que explodiu no seguimento da crise nos EUA, começando dramaticamente pela Grécia, o Professor Paulo adverte que o problema fundamental é de Justiça, de cumprimento das constituições, designadamente no tocante aos direitos sociais, econômicos e culturais, exemplificando o impacto das privatizações feitas em Portugal. Criticou a política, a análise e a informação feitas de preconceitos, palpites e alfinetadas (ou pior) que não criavam um ambiente capaz de emergir grandes valores nem um clima construtivo. Esse texto remete à ausência de valores constitucionais, para os dias atuais, em tempos de pandemia, lembremo-nos dos péssimos pronunciamentos do atual presidente brasileiro: “E daí? Eu sou Messias, mas não faço

⁹¹ Edição 30 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/estado-ed30>, acessada em 10/05/2020.

⁹² Edição 31 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed31>, acessada em 10/05/2020.

milagres”, “não sou cozeiro, tá?”, “vai morrer gente? Vai morrer gente”, “a questão do coronavírus, que não é isso tudo que a grande mídia propala ou propaga pelo mundo todo”, “o que eu vi até o momento é que outras gripes mataram mais do que essa”, “Se eu me contaminei, tá certo? Olha isso é responsabilidade minha, ninguém tem nada a ver com isso”⁹³.

Na 32ª edição⁹⁴, publicada em 2011, o Professor Paulo, em seu artigo “A Constituição em Perigo”, relata a responsabilidade dos juristas e políticos em defender a Constituição dos perigos reais de usurpação do poder, em detrimento do povo, da “dinamitação de cláusulas pétreas ou limites materiais de revisão, em que se encontra o ponto nevrálgico de equilíbrio entre o social e a liberdade, entre a igualdade e a liberdade”. A prática de metodologias de exceção como regra que geram medo na maioria da população e faz nascer para alguns os sonhos de ditadura, repudiando a democracia. Parece que a ordem dos artigos foi proposital, mas aconteceu espontaneamente, reflete a visão do Professor Paulo sobre o resultado da ausência de educação para a cidadania.

Percebo que um dos fatores que mais nos afastam uns dos outros é a ausência do conhecimento, para uma consciência social crítica, sem ele não há caminho que sirva porque falta a direção. O conhecimento nos abre portas para escolher novas perspectivas, amplia a nossa consciência no tempo e no espaço em que vivemos. Não podemos prosseguir com especulações, mentiras e falsos democratas.

Nesse sentido, um dos pilares para a formação cidadã é a cultura, tema apresentado pelo Professor Paulo, na 33ª edição⁹⁵, ano de 2011, no artigo “Música e silêncio(s)”, como um caminho para compreender o outro, democratizar o que o eleva, permitindo entender e apreciar o essencial das várias formas de cultura não somente apreendido no ambiente escolar, sobretudo advindo da mídia e do Estado.

No artigo “A crise econômico-financeira europeia”, publicado na 35ª edição⁹⁶, no ano de 2012, o Professor Paulo, provoca o leitor afirmando que “não são os Povos que são preguiçosos⁹⁷ e gastadores, são os governos que acodem aos banqueiros, preferindo cortar salários, saúde, educação, e até feriados, deixando aumentar o desemprego. Opção neoliberal: socialismo para ricos e capitalismo desumano para os pobres.”

Seguindo a participação do jusfilósofo, na 36ª edição⁹⁸, publicada no ano de 2012, o Professor Paulo escreve “Paradigmas jurídicos do ter” e destaca que “Estamos no caminho do direito individualista e voluntarista: para o mal e para o bem. Aí está o poder ou faculdade de exigir ou pretender de outrem um comportamento ativo ou passivo... Não é indiferente termos na cabeça e no coração a metodologia da relação jurídica ou a dos direitos humanos...”

⁹³Veja frases de Bolsonaro durante o 1º mês de coronavírus no Brasil. Site G1. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/26/frases-bolsonaro-coronavirus.ghtml>. Acessada em 08/05/2020.

⁹⁴ Edição 32 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/32>, acessada em 10/05/2020.

⁹⁵ Edição 33 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed_33, acessada em 10/05/2020.

⁹⁶ Edição 35 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed35>, acessada em 10/05/2020.

⁹⁷A afirmativa me lembrou da notícia “Carreatas pelo país têm Bolsonaro, pedidos de reabertura do comércio e avenida Paulista fechada”, a qual destaca que os manifestantes chamam aqueles que são a favor do isolamento de “vagabundos”. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/carreatas-pelo-pais-pedem-fim-do-isolamento-apos-206-novas-mortes-por-coronavirus.shtml>, acessada em 10/05/2020.

⁹⁸ Edição 36 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/estadodedireito/docs/36_ed, acessada em 10/05/2020.

Em “Contratos sociais”, na 37ª edição⁹⁹, no ano de 2012, o Professor Paulo questiona como os governos contraem dívidas em nome do povo, concedendo mordomias a alguns setores do Estado. Trago para um trecho (irônico) que é bastante pertinente nesse momento de caos da saúde pública “Se os ricos não tratarem da saúde dos pobres, os pobres tratarão da saúde dos ricos”.

Do período de 2012 a 2015, o Jornal Estado de Direito passou por grandes dificuldades financeiras oriundas das mudanças ocorridas com o “Boom da Internet”, tivemos que fazer grandes adaptações, com redução do número de páginas, todavia, mantendo o desafio da continuidade da tiragem que se encontrava na marca dos 50 mil exemplares, distribuídos em mais de vinte Estados brasileiros.

Quase três anos se passaram para o retorno do Professor Paulo nas publicações impressas do Jornal Estado de Direito, aconteceu na 48ª edição¹⁰⁰, ano de 2015, com o artigo “Do Direito (Im)puro ao Direito Fraterno: presente e futuro do pensamento jurídico”, o qual traz o desafio do jurista ser por inteiro, assumindo a “razão jurídica, não obcecada com a pureza e purificação, *i. e.*, o isolamento, mas, ao contrário, abertura a outros contributos, que supere até o interdisciplinar no pós-disciplinar”.

A última edição impressa do Jornal Estado de Direito aconteceu, na publicação de número 50^{a101}, no ano de 2016, com o artigo “Direito sutil”, nele o Professor Paulo atenta para os tipos de contato que o real, especificamente humano, podem entretecer com a juridicidade, ressaltando a necessidade de um Direito dúctil, suave, fraterno, solidário, equitativo.

Não foi fácil chegar a 50ª edição impressa. Iniciamos com 8 mil e chegamos a marca dos 50 mil exemplares publicados bimestralmente, com patrocínio de empresas, instituições e dos próprios pesquisadores que se alinhavam as ideias e os ideais do Jornal Estado de Direito. Embora o formato impresso não esteja sendo feito no momento, as publicações ganharam de lá para cá um novo formato, adequado a linguagem da Internet como meio de difusão da cultura jurídica popular. Além disso, o Jornal continua a proporcionar práticas de cidadania com debates jurídicos em livrarias, Shoppings, universidades, museus, cinemas e, desde de 2011, adentrou em presídios, com o Projeto Direito no Cárcere, criado e coordenado por mim, e, em abrigos de crianças e adolescentes, a partir de 2014, com o Projeto Lá Vem a Luz, do Educador Social Thiago Herbert de Araújo e com o Projeto Artinclusão do Artista Plástico Aloizio Pedersen, contribuindo com ações individuais e coletivas.

Pela internet, o Jornal Estado de Direito já ultrapassou os limites continentais, atingindo mensalmente cerca de 90 mil leitores. E segue levando a dimensão humana e republicana, apoiado em autores, como Paulo (Jorge Fonseca) Ferreira da Cunha, constitucionalista, escritor, poeta e, atualmente, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

Caro amigo e mestre, agradeço a oportunidade de poder homenageá-lo com breves reflexões, acerca de seus artigos no Jornal Estado de Direito. Muitas coisas novas haveremos de fazer juntos porque em nossas mentes e corações há o sentimento constitucional e cívico da República, apaixonante, plural, inclusivo.

⁹⁹ Edição 37 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/37ed>, acessada em 10/05/2020.

¹⁰⁰ Edição 48 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/home/published/48_ed, acessada em 10/05/2020.

¹⁰¹ Edição 50 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed_50, acessada em 10/05/2020.

Referências Bibliográficas

Documentário Eva Lee: o mundo sob olhar materno. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/documentario-eva-lee-o-mundo-sob-olhar-materno/>, acessado em 10/05/2020.

Edição 28 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed28>, acessada em 10/05/2020.

Edição 29 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed_29, acessada em 10/05/2020.

Edição 30 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/estado-ed30>, acessada em 10/05/2020.

Edição 31 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed31>, acessada em 10/05/2020.

Edição 32 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/32>, acessada em 10/05/2020.

Edição 33 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed_33, acessada em 10/05/2020.

Edição 35 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed35>, acessada em 10/05/2020.

Edição 36 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/estadodedireito/docs/36_ed, acessada em 10/05/2020.

Edição 37 do Jornal Estado de Direito. Disponível em <https://issuu.com/estadodedireito/docs/37ed>, acessada em 10/05/2020.

Edição 48 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/home/published/48_ed, acessada em 10/05/2020.

Edição 50 do Jornal Estado de Direito. Disponível em https://issuu.com/estadodedireito/docs/ed_50, acessada em 10/05/2020.

Folha de São Paulo. “Carreatas pelo país têm Bolsonaro, pedidos de reabertura do comércio e avenida Paulista fechada”, a qual destaca que os manifestantes chamam aqueles que são a favor do isolamento de “vagabundos”. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/carreatas-pelo-pais-pedem-fim-do-isolamento-apos-206-novas-mortes-por-coronavirus.shtml>. acessada em 10/05/2020.

Lei 13.467/2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acessado 10/05/2020.

Site G1. Veja frases de Bolsonaro durante o 1º mês de coronavírus no Brasil. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/26/frases-bolsonaro-coronavirus.ghtml>. Acessada em 08/05/2020.

Paulo Ferreira da Cunha: um testemunho

Carmelinda Teixeira Vilaça¹⁰²

Foi com muita emoção que recebi o convite para participar no livro de homenagem ao Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha. Foi também uma ocasião de avivar memórias, recordações de tantas coisas e momentos que a vida me proporcionou.

Quando, em 1995, foi necessário uma funcionária para dar apoio administrativo ao então recém-nascido Departamento Autónomo de Direito da Universidade do Minho, entendi aproveitar a oportunidade que me foi proporcionada.



A autora

Para mim, era um grande desafio profissional, do qual eu não sabia se estava à altura. Recordo-me muito ansiosa, acanhada, com grande sentimento de insegurança e medo de não ter o necessário para assegurar os primeiros passos deste projeto. Para minha surpresa, fui encontrar um pequeno grupo de pessoas (que viria a crescer!) que, ao contrário dos meus receios, até porque se tratava de Doutores em Direito (diziam),

¹⁰². Decana dos Funcionários da Escola de Direito da Universidade do Minho..

fizeram-me sentir acolhida e bem-vinda ao espaço a que eu chamo, hoje, de minha segunda casa.

Para Sr. D. Carmelinda,
que tem escrito o que
peccata em jurista, com
nos seus. Com
a palavra e - para a



DIREITO
10º/11º ANOS DE ESCOLARIDADE
PAULO FERREIRA DA CUNHA

A Sr. D. Carmelinda,
que, de Fátima nos livros,
tem escrito o Direito
com a palavra e com a
ação. Com a palavra e
com a ação.




EDIÇÕES ASA

Outra dedicatória de PFC para a autora

O Professor Paulo Ferreira da Cunha fazia parte desta família e, apesar de a vida o ter levado por outros caminhos e para outras “moradas”, nunca vai deixar de fazer parte dela.



De entre tantos momentos e conversas memoráveis, lembro-me da primeira lição que me deu sobre como distinguir um Licenciado de um Mestre ou este de um Professor Doutor... o que, para falar a verdade, me deixou ainda mais aflita e com receio de eu ser a pessoa que queriam para assumir a parte administrativa do Departamento.

Sei que aquele momento foi importante, porque senti que poderia contar com o Professor Paulo como mentor para os meus primeiros passos e como um amigo...o que foi até hoje.

Na vida, são muitas vezes os momentos simples, as conversas aparentemente banais, as trivialidades, que nos revelam a natureza de cada um e a sua capacidade de estabelecer empatia. Sempre senti essa comunicação, essa empatia, apesar da diferença imensa que existia entre os nossos mundos.

O tempo que passamos juntos, como membros desta casa - a Escola de Direito da Universidade do Minho - foi de muita atividade, projetos, aprendizagens e muitas conversas maravilhosas, sobre tudo: até Quiromancia.

Longas horas de conversas, de descobertas e de ideias.

Recordo, de modo especial, a organização do I Congresso Internacional. Que conquista!

Para uma unidade orgânica nova, a procurar afirmar-se dentro da Universidade e fora, foi um feito em grande, que fez com que o Departamento “Autónomo” aparecesse de modo diferente perante toda a Universidade, toda a Comunidade Académica Nacional e Internacional. Parecia não haver limite para tudo o que podíamos ambicionar ser, fazer.

Mesmo depois de os nossos caminhos se terem separado profissionalmente, nunca perdemos o contacto e fui recebendo com carinho, com o mesmo carinho com que foram enviadas, as incontáveis publicações do Professor Paulo Ferreira da Cunha. E trabalhando eu na Biblioteca da Escola de Direito, posso dizer que dessa forma continuo a trabalhar ao “seu lado”...

“A vida tem destas coisas”.

Viver como penso e pensar como vivo

Célia Barbosa Abreu¹⁰³

Pedro Paulo Carneiro Gasparri¹⁰⁴

Ao recebermos o gentil convite de escrever acerca de Paulo Ferreira da Cunha, calhou-nos de pronto as palavras de Padre Antônio Vieira no sermão dedicado a Santo Inácio¹⁰⁵: “o santo de todos os santos”. E tal porque muito do que o pregador disse sobre o fundador da Companhia de Jesus amolda-se à perfeição à personalidade deste culto, lhano e generoso mestre, formado principalmente em Coimbra, mas que ascendeu à cátedra na Universidade do Porto, tento que já põe em destaque seu ímpeto e sua capacidade de não se insular em um só quintal, senão ganhar diversas arenas, sejam em Portugal, sejam ao redor do mundo. Realmente, assim como ninguém conseguiu captar a imagem de Santo Inácio¹⁰⁶, dada a sua complexidade, também só Paulo Ferreira da Cunha pode retratar a si mesmo, razão pela qual é especialmente em entrevista a nós concedida que se fundam estas notas sobre seu multifacetado caráter e espírito.

Conhecemos pessoalmente o Professor Dr. Paulo Ferreira da Cunha, em 2016, quando este nos honrou com sua participação com a palestra intitulada *Um “upgrade” na proteção dos direitos fundamentais: a Corte Constitucional Internacional*, junto ao II Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais, sob nossa organização. Um evento organizado anualmente pelo grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais/UFF, através de Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal Fluminense, com apoio de Programas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, da Universidade Cândido Mendes e do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Encantados com nosso convidado, hoje um caríssimo amigo, resolvemos em 30 de novembro daquele ano entrevistá-lo, para quedar ao seu lado um pouco mais e conhecer o quanto possível daquela figura magistral e cativante. Desta entrevista, publicada no blog seminarioduff.blogspot.com.br, pinçamos um pequeno trecho voltado para sua biografia e que acreditamos diga também algo sobre sua valiosa obra.

Pois bem, lá estávamos nós, o Professor Paulo e, na ocasião também o Professor Fábio Carvalho Leite, quando começamos por perguntar-lhe quais as circunstâncias da

¹⁰³ Pós-Doutora, Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro/UERJ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios/UFF. Professora Associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

¹⁰⁴ Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN/UFF). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Bacharel em Ciências Jurídicas e Econômicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio).

¹⁰⁵ VIEIRA, Antonio. *Sermão de Santo Inácio. Fundador da Companhia de Jesus*. Disponível em: <https://www.literaturabrasileira.ufsc.br/documentos/?action=download&id=49863>. Acesso em: 08/05/2020.

¹⁰⁶ VIEIRA, *loc. cit.*

vida que influenciaram sua obra. Foi quando, então, comparou o jurista ao Mágico de Oz, dizendo ser ele tal qual este personagem alguém relativamente medíocre que se esconde por trás de uma máquina que faz maravilhas, com alavancas que ele comanda. Eis que, no caso do jurista, seriam as grandes teorias jurídicas estas sim a estar no protagonismo. Por tais razões, explicou o mestre, é que teria dificuldade de sair de trás da máquina do Mágico de Oz e falar sobre coisas de natureza mais pessoal.



Lançamento da Livro do Il Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais na UFPA



Intervista ao Il Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais

De outra via, disse estar convencido da existência em muitos juristas de uma espécie de esquizofrenia jurídica, eis que diversos são escritores, poetas, romancistas, pintores etc., no fundo tendo uma vida dupla. Por um lado, são juristas e, como juristas, são indivíduos de gelo com dificuldade de movimentar-se, cumpridores de regras e incapazes de mobilidade, mas, de outro lado, podem ter seus *hobbies*, como a ópera, a pesca, entre outros. Parece que são duas figuras diferentes e que não dialogam entre si.



Práticas de Exame de Il Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais na UFPA

A seu turno, entretanto, falou nosso ilustre entrevistado nunca ter gostado muito deste tipo de separação de personalidade e ter sempre procurado seguir um lema que seria “viver como pensa e pensar como vive”. Afirmou não ser difícil fazê-lo, por estar na

situação de quem não consegue fazer nada além do que aquilo que sua própria consciência dita. Logo, assim estava bem.



Ministro de Abertura do I Seminário Internacional sobre Direito Humano Fundamentado no IAS



Ministro de Abertura do I Seminário Internacional sobre Direito Humano Fundamentado no IAS

Em meio aos traços biográficos presentes em sua obra, destacou um aspecto dizendo ser relativamente importante, qual seja o de que nele tem coisas que faz porque quer, como escrever e pesquisar sobre certos assuntos, além de outras a que se dedica e faz em decorrência de solicitações, convites ou de circunstâncias acadêmicas, por exemplo. Confessou, neste particular, procurar fazer com que suas vontades de pesquisa e escrita coincidam com as oportunidades que lhe oferecem. Dessarte, tentava juntar seus interesses com suas obrigações acadêmicas, ainda que tivesse de recusar muitos convites.

Comentou que, durante muito tempo, lecionou matérias mais voltadas para as ciências jurídicas gerais ou humanísticas, Filosofia do Direito, História do Direito, por gosto por um lado e, por outro, por pedido das instituições e, ao mesmo tempo, trabalhava no direito público, especificamente, no Direito Constitucional, embora em seu primeiro livro tenha se dedicado ao Direito Administrativo. Numa fase seguinte, contudo, acabou por dar aulas sempre naquela primeira matéria (constitucional).

Contou que fez dois doutoramentos. Um em Paris, de Filosofia e História do Direito e, o outro, em Coimbra, em Direito Público, especificamente, Direito Constitucional e, então, isto sempre fazia com que fosse convidado para bancas destas matérias e, à certa altura, acabou mesmo por começar a lecionar as duas disciplinas.

Normalmente, Constitucional e Filosofia do Direito e, outras vezes, com algumas variantes, Direitos Fundamentais, Ciência Política, História do Direito etc. Afirmou que isto deu um certo enquadramento a sua vida intelectual e a sua obra.

Não deixava de estar presente em revistas e jornais que não contam Qualis, ou seja, não têm pontuação, na perspectiva da Capes. Isto porque, gostava de colaborar com revistas muito diferentes e dotadas de ideias bastante diversas. Disto, no seu entender, se extraía um traço de sua personalidade, aliás. Para ilustrar, exemplificativamente, contou que no seu Doutoramento em Coimbra, com pompa e circunstância, pôde convidar várias personalidades, amigos, parentes, a ponto de que houve quem dissesse que Paulo Cunha convidara todas as bancadas do Parlamento. Ele, efetivamente, não se preocupou em fazer política (com p minúsculo), mas fez uma reunião de personagens das mais variadas orientações.

A seu ver, a vida tinha que ser conversável, dialogante, sendo possível estabelecer pontes com vários tipos de pensamento. Avançar não só sob uma perspectiva de interdisciplinariedade, mas também de pós-disciplinariedade. Estávamos já num momento em que devíamos ultrapassar as guerras entre quintais epistemológicos e que criam grandes guerras fratricidas até. Assim, se era verdade isto do ponto de vista científico, também o era do ponto de vista pessoal, ideológico, religioso. Concluiu, pois, ser fecundo e possível conversar com pessoas muito diferentes entre si, com grupos diferentes de nós etc.

Indagado sobre a sua obra, na ocasião já tinha ultrapassado a publicação de seu centésimo livro. Para destacar uma lista dos dez principais, disse que lhe causava certa angústia de não lembrar de todos desta feita, apesar de ter feito uma listagem destas recentemente. Assim, solicitou se valer de seu livro que foi prêmio Jabuti, *Direito Constitucional Geral*¹⁰⁷, e que traz uma pequena listagem de livros. Salientou ter alguns que contavam com seu carinho mais especial e outros que tinham caído nas graças do público. Um exemplo de uma obra destas, um livro que, por alguns anos, era o mais lido no Brasil, fora e dentro de Portugal, e que, portanto, teve muito impacto, foi um de Filosofia do Direito, chamado *Pensar Direito*, em dois volumes. O livro estava esgotado há bastante tempo. Depois, citou uma tese de Mestrado inovadora sobre *Mito e Constitucionalismo* publicada em edição restrita, mas que depois foi aproveitada em outra obra, o primeiro volume do livro *Teoria da Constituição*. Mencionou também a obra *Mistérios do Direito (Mysteria Ivris)*, ressaltando que curiosamente talvez não escolhesse nenhuma destas obras para figurar entre as dez mais. Escreveu posteriormente um livro citado pelo Tribunal Constitucional em certa ocasião, chamado *Constituição do Crime*. Havia um livro que publicou na França, este sim ele colocaria entre os dez principais, tratando sobre Responsabilidade Médica e Criminalidade de Questões Médicas à luz do Direito Francês. Ele estudou e o fez, um livro pequeno, publicado numa grande tiragem, mas já esgotado que, entretanto, lhe deu grande prazer em fazer, embora respondendo a um convite. Escreveu depois vários Ensaios, quer de Direito Constitucional, quer de Ciência Política, quer de Filosofia do Direito, mas o seu livro fundamental tratou de Filosofia do Direito, chamado de *Filosofia do Direito*, com um subtítulo que não se recordava à época. Escreveu alguns livros polêmicos. Teve um chamado *Novo Direito Constitucional Europeu*, no rescaldo que houve acerca de uma Constituição Europeia. Publicou um conjunto de sete pequenos livros de Filosofia Política. Fez a seguir um novo livro de *Filosofia Política*, com um ponto de vista histórico. Anos depois, publicou o livro *Filosofia do Direito e do Estado*, já esgotado e que estava entre os seus livros prediletos, por assim dizer. Publicou também sua tese de Doutoramento em Coimbra, chamada *Constituição, Direito e Utopia*. Optou por não publicar sua tese de Doutoramento em

¹⁰⁷ Publicado no Brasil pela Editora Método em 2007.

Paris, publicando partes em sucessivos capítulos em uma grande revista da Universidade Nova de Lisboa, com uma média de cem páginas em cada qual. Como a revista era anual estimava-se que as setecentas páginas da tese seriam publicadas em sete anos. Todavia, ainda antes de findar esta publicação em fascículos, acabou-se por publicar dois livros inspirados na tese, mas que não eram propriamente a tese e que ele estimava muito. Um foi publicado no Canadá, chamado *Constituição e Mito* e o outro, publicado em Paris, intitulado *A Constituição Natural*. Mais adiante, no terreno da Ciência Política, publicou a obra *Repensar a Política* e outro que estava por ser publicado, chamado *Política Mínima*. Este devia receber aliás um outro título, provavelmente vindo a ser chamado de algo como *Teoria do Estado e Ciência Política*. A obra *Direito Constitucional Anotado* esgotou rapidamente. Referiu-se também a livros ingleses, espanhóis, franceses. Do México, lhe pediram uma autobiografia intelectual e ele respondeu dizendo ser um neojusnaturalista crítico, o que parecia a muitos uma *contraditio in terminis*, visto que adotava diversas coisas do pensamento crítico, era um crítico do jusnaturalismo positivista. Do ponto de vista metodológico, escreveu livros para estudantes do ensino médio, porque em Portugal existia uma disciplina de Direito para estes discentes. Ele o fez porque estava indignado com um dos livros que era então adotado e não lhe parecia adequado. Depois veio a saber, diante do sucesso editorial, que colaram-no a pecha de que a sua disseminação se devia ao fato de ser um obra muito fácil, ao que ele respondeu, à melhor moda de Clarice¹⁰⁸: “- Então vamos castigar as crianças. Eu vou fazer um livro difícil. Ser fácil não é pecado nenhum, mas eu queria martirizar as crianças e então cheguei a fazer dois não, três livros. Uma primeira edição muito ilustrada chamada apenas *Direito*; depois cheguei a fazer um segundo livro também ilustrado intitulado *Peço Justiça* e um livrinho de apoio (uma espécie de um dicionário jurídico) chamado *Tópicos Jurídicos*.” Este era um livro já a chegar à terceira edição, algo raro em Portugal, bem fininho, voltado para Metodologia do Direito. Houve um livro, que lhe deu gosto particular, *Timpano das Virtudes*, escrito durante uma licença sabática. Publicou vários livros de Constitucional, como: *Constituição e Política*; *O Contrato Constitucional*; *Direitos Fundamentais. Fundamentos e Direitos Sociais*. Preferia o pensamento tópico ao dogmático e positivista. Preocupava-se com a Separação dos Poderes e também com os eventuais excessos nos quais cada Poder poderia incorrer, o que estava acontecendo em diversos países. Disse ser um adepto do Estado de Direito, do Estado Social, do Estado Democrático, do Estado Ecológico. Concluindo, aduziu que tinha muitos livros no prelo, além de algumas coisas novas sobre: Liberdade Religiosa; Direito e Literatura; Direito, Literatura, Desenho e Pintura. Este último seria uma celebração do Direito entre as Artes, que era onde ele pensava o Direito devia estar. Entretanto, saíram vários destes livros, mas não todos: *Tributo a César*, *Fauves*, *Estado das Cidades*, etc. E está no prelo *Primavera Outono*, um livro entre o Brasil e Portugal – porque quando num dos países é primavera, no outro é outono, e vice-versa. Todos eles juntando Direito, Poesia e Desenho ou Pintura.

Para concluir a entrevista, tivemos a oportunidade de viver alguns momentos de pós-disciplinaridade com o mestre. Para tanto, pedimos a ele indicasse uma música que gostasse especialmente e um autor da poesia que pudesse nos apontar, bem como o seu pintor preferido. Começando de trás para frente, disse que quando cursou pintura foi feito

¹⁰⁸ Clarice Lispector ensinou: “Sim, mas não esquecer que para escrever não-importa-o-quê o meu material básico é palavra. Assim é que esta história será feita de palavras que se agrupam em frases e destas se evola um sentido secreto que ultrapassa palavras e frases. É claro que, como todo escritor, tenho a tentação de usar termos suculentos: conheço adjetivos esplendorosos, carnudos substantivos e verbos tão esguios que atravessam agudos o ar em vias de ação, já que palavra é ação, concorda? Mas não vou enfeitar a palavra, pois se eu tocar no pão da moça esse pão se tornarà em ouro – e a jovem poderia mordê-lo, morrendo de fome. Tenho então que falar simples para captar a sua delicada e vaga existência.” (in LISPECTOR, Clarice. *A hora da estrela*. Rio de Janeiro: Roco, 1998, p. 14).

um desafio para fazer uma cópia da obra que gostasse e, ao final, reproduziu a noite estrelada de Van Gogh, o que também não queria dizer fosse este o seu pintor predileto, pois realmente gostava de muitos. Quanto à poesia também gostava de muitos, especialmente, de Camões, sobretudo Camões Lírico. Sobre a música, pôs-se a brincar e cantar um sambinha, que conta a história de um camarada que recebe a encarnação do Rui Barbosa. Era o samba *Águia de Haia*.



Palestra de Abertura do II Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais no IAB

Parafraseando Carlos Drummond de Andrade¹⁰⁹, ao ajeitar a gramática para demonstrar a capacidade de uma pessoa ser muitas, concluímos que “vivem” Paulo Ferreira da Cunha e para ele, e sua vasta obra, nossos muitos vivas!

¹⁰⁹ ANDRADE, Carlos Drummond. *Atriz*. In: FERNANDES, Nanci e VARGAS, Maria Thereza (Org.): *Uma atriz: Cacilda Becker*, São Paulo: Perspectiva, 1984.

Paulo Ferreira da Cunha e os direitos humanos

Cristiane de Souza Reis¹¹⁰

É com imensa alegria que escrevo este pequeno texto em homenagem a este excepcional profissional, maravilhosa pessoa e primoroso amigo, apesar de saber que estarei muito aquém do convite que me foi feito, mas que aceitei de pronto. Impossível seria recusar dada a afeição que tenho por este querido amigo.

Paulo Ferreira da Cunha, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Juiz do Supremo Tribunal de Justiça. Foi ainda o ilustre e abnegado Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da referida Faculdade. Possui, como sabemos, um vasto currículo, com mais de 600 artigos e mais de uma centena de livros publicados em vários idiomas, incluindo a multiplicidade de questões relacionadas aos Direitos Humanos. É sobre esta temática bastante importante ao homenageado que me debruçarei ao traçar um *link* com o momento inusitado que experimentamos em toda a sociedade global – a pandemia do Covid 19.



Mário Monte, a Autora, PFC, José Preto e João Caetano

As violações de Direitos Humanos não são, infelizmente, fatos novos. São antigos e contantes, encontrando-se as origens dessas violações nas crises das sociedades,

¹¹⁰. Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos. Universidade Federal Fluminense – UFF. Advogada e Mediadora de Conflitos. csouzareis@gmail.com

como apontado por Paulo Ferreira da Cunha (2018, p.232-233), crises estas quase sempre remontadas às áreas da educação, da família, da política, da intelectualidade. Como afirmou nosso homenageado, “venham os antídotos. Devem vir depressa, porque o tecido social pode já nem aceitar os remédios daqui a pouco (...)” (Cunha, 2018, p. 233). Porém, estes remédios não vieram, ou foram muito diminutos. A sociedade continua doente. Agora, literalmente.

Desde o início deste ano, aquilo que ficou conhecido por Covid-19 modificou as nossas vidas. Ouvimos notícias oriundas da China, depois da Itália, Espanha e logo o mundo, com poucas exceções, estava tomado por este vírus, transbordadas por medidas de combate, por isolamentos, por preocupações, por dúvidas, por medos e por incertezas diante daquilo que se apresentava/apresenta ainda como desconhecido na busca incessante por uma vacina. Nesse ínterim, medidas preventivas vão sendo adotadas na maior parte dos países do globo, sendo alguns governantes mais rigorosos e outros tratando a doença como banal e passageira.

Nesta situação, diversas questões que violam (ou tem as suas violações) os Direitos Humanos vieram à tona e passamos a exemplificar algumas, sendo certo que não as esgotarei:

1. Apesar de muito admirar o Papa Francisco, seus atos e suas falas, desta vez, discordo quando o mesmo afirma que, em relação ao Covid-19, “*estamos todos no mesmo barco*”. Não é bem assim. Não estávamos antes e continuamos não estando nesse momento no mesmo barco. A vulnerabilidade do homem ao vírus, enquanto ser humano, é factível, mas as possibilidades que o tornam vulneráveis em termos de contágio, são múltiplas e variáveis, estando condicionadas aos locais de moradia e suas condições sanitárias; ao tipo de trabalho remunerado que exerce; ao gerenciamento e planejamento da saúde coletiva e pública, portanto, dependendo das condições de vida e trabalho as consequências da doença passam a atingir populações diferenciadas de formas mais assustadora que outras, ou seja, a desigualdade social faz-se ainda mais evidente em um momento de pandemia.



O IV cavalo do Apocalipse de PFC

Essa questão, principalmente, se coloca para a problemática das condições diferenciadas de habitabilidade que se articulam diretamente às condições econômicas de cada família em sua residência, tais como: moradias espaçosas em relação ao número de

habitantes por habitação; efetivo distanciamento social dentro da habitação com conforto, opções de lazer e entretenimento, entre outras opções; salubridade, higiene, entre outros. Pode-se verificar, por exemplo, pelas condições de habitabilidade que as classes médias e altas possuem, espaços delineados para cada indivíduo. Alguns, ainda mais abastados, saem em seus iates¹¹¹; outros alugam jatinhos e migram para suas ilhas particulares¹¹². E as classes populares? Moradores de comunidades brasileiras, bairros ciganos, as castas mais baixas da Índia, as tribos africanas, as comunidades no Haiti e tantas outras localidades onde a pobreza é fator intrínseco aos modos de viver e morrer. A desigualdade social ao redor do mundo ainda é gritante.

2. Claro que o isolamento profilático é necessário, mas estas situações sociais, que não foram resolvidas anteriormente por políticas públicas adequadas, ficam ainda mais evidenciadas diante da pandemia, pois estarem dentro da habitação precária, sem poder sair, como deve ser, por questões de saúde pública, levam a outros problemas sociais: o estresse, a depressão e até o suicídio.

A falta de lazer ou de opções destas (não tem computador com wi-fi para aceder aos vários cursos gratuitos que as várias universidades ou instituições estão a promover. Já pouco acesso ao ensino havia, o que dirá ao ensino à distância) pode levar a estas situações psicológicas graves. Se está a decorrer nas classes mais abastadas, o que dirá nas menos favorecidas.



Mário Monte, a Autora e PFC

3. A educação é outra faceta que ficou evidenciada. As escolas foram fechadas. E bem. Foi determinado ensino à distância em alguns países. E bem. E os alunos tem computador? Tem rede wi-fi? Todos possuem telemóvel? Se nem todos que vivem nas cidades possuem, o que dirá os que vivem nas tribos africanas, nas matas amazônicas, entre outros recantos do mundo. Sim, o mundo foi pego de surpresa, mas houve décadas e décadas para se preparar (não para isso, não para a pandemia), para dar condições dignas de ensino de qualidade a todas as crianças, onde quer que elas estejam, e onde os professores fossem efetivamente formados para disporem de um cabedal de

¹¹¹ Informação disponível em <https://www.oliberal.com/mundo/milionarios-se-isolam-em-iatres-de-luxo-para-fugir-do-coronavirus-diz-site-1.254599>. Acedida em 17 de abril de 2020.

¹¹² Informação disponível em <https://visao.sapo.pt/visaosaude/2020-03-26-covid-19-a-quarentena-dos-super-ricos/>. Acedida em 17 de abril de 2020.

conhecimentos capazes de se encontrarem preparados frente a uma adversidade semelhante, havendo ou não casos extremos, como estes que estamos vivendo.

4. A grande preocupação dos países em relação à crise económica é real. No entanto, colocar os trabalhadores em risco para trabalhar, como, por exemplo, defendia o Presidente do Brasil, Sr. Jair Bolsonaro, em nome de “o país não pode parar” é uma enorme violação dos Direitos Humanos, chegando ao ponto de ser o único país do mundo que exonera o Ministro da Saúde em pleno combate ao Covid-19. Pensemos: Uma das medidas que se pode adotar para mitigar a problemática económica é aumentar os tributos sobre alimentos menos saudáveis, sobre riquezas, tributar os bancos, as riquezas, entre outros. O problema é que isso implica em mexer com a classe dominante. Mais “fácil” atingir aquela que já está colocada no tronco e sob a chibata.

5. Já na parte da saúde, inclusive, este mesmo presidente acima mencionado, para defender a economia, quando confrontado com a inexistência de condições adequadas nos hospitais (fato já existente anteriormente) e da impossibilidade de haver ventiladores para todos (fato comum a todos os países em caso de pandemia), insiste que a população não precisa do isolamento, diminui a situação, menosprezando-a, denominando a pandemia de “gripezinha”¹¹³.

Após exonerar o anterior Ministro da Saúde Luiz Henrique Mandetta, que estava na linha comum dos demais países do mundo, determinando o isolamento, entre outras medidas, dá posse ao novo Ministro Nelson Teich, que, segundo a sua lógica, tendo em conta que os recursos de saúde não dão para todos, entende que se um adolescente e um idoso estiverem acometidos gravemente, a escolha deve ser feita a favor do adolescente. Conhecendo a lógica imperialista e neoliberal do Brasil, se o adolescente for um jovem de uma comunidade e o idoso, um sênior banqueiro, será este quem terá indicação para receber o ventilador (não estou falando pela lógica médica, mas sim pela política!). No Brasil, cada vez está mais claro que estamos diante de uma política higienista.

6. Há outras violações de Direitos Humanos ao redor do mundo. Segundo a Alta Comissária dos Direitos Humanos, Michelle Bachelet, afirmou que uma série de medidas estão sendo impostas em países em estado de emergência e que são violadoras de Direitos Humanos, quando ambas as situações não podem e não devem se anular. A Alta Comissária cita casos de penalizações a jornalistas por denunciar falta de máscaras, profissionais de saúde punidos por alegarem não ter proteção em seus postos de trabalho, pessoas presas em razão do que publicam em redes sociais, entre outros¹¹⁴. E o que dizer do aumento do número de casos de violência doméstica (não que justifique o fim do isolamento social, mas antes medidas protetivas mais acirradas)?

7. Defender os Direitos Humanos em contexto de pandemia é respeitar todas as normativas da Organização Mundial da Saúde, mas compreender também que a questão deve ir além da saúde pública, pois há vários setores vulneráveis e esta vulnerabilidade se exterioriza ainda mais, devendo os Estados adotar medidas extras de “proteção social para

¹¹³ Informação obtida em <https://www.dn.pt/edicao-do-dia/26-mar-2020/gripezinha-como-bolsonaro-e-trump-tem-encarado-a-pandemia-11986064.html> e em <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/gripezinha-e-histeria-cinco-vezes-em-que-bolsonaro-minimizou-o-coronavirus/>, acessado em 20 de abril de 2020.

¹¹⁴ Informação extraída em <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1709952>, acessada em 20 de abril de 2020.

que seu apoio alcance aquelas pessoas em maior risco de serem afetadas de maneira desproporcional pela crise”¹¹⁵.



Mário Monte, a Autora, PFC, José Preto e João Caetano

Não resta dúvida que nossas vidas não serão mais a mesmas depois desta pandemia. Não só medidas mais sanitárias e profiláticas deverão ser adotadas, como o uso de máscaras, por exemplo, mas também ações que já deveriam ter sido promovidas anteriormente e que foram evidenciadas ainda mais as suas necessidades, como a saúde pública para todos e seus conseqüências, as condições dignas de habitação, o acesso à educação, com qualidade social e apta ao ensino à distância e uma efetiva formação dos educadores no âmbito das novas tecnologias educacionais.



PFC e a autora na UFF

A probabilidade de uma crise econômica mundial também se avizinha, sendo certo que, mais uma vez, a escolha neoliberal é apertar o cinto das classes mais desfavorecidas ao invés de, por exemplo, taxar riquezas. No entanto, toda esta situação que estamos vivendo, veio patentear, mais do que nunca, as desigualdades sociais, as violações de Direitos Humanos ao redor do mundo, onde a solução para a pandemia está sendo buscada em conjunto ao redor do mundo, assim como a saída para a já anunciada crise econômica, que à semelhança da busca da cura ao Covid-19, se recuperará com as

¹¹⁵ <https://acnudh.org/sin-excepciones-por-el-covid-19-todas-las-personas-tienen-el-derecho-a-acceder-a-intervenciones-que-les-salven-la-vida-%e2%80%a8-expertos-onu/> acedida em 22 de abril de 2020.

nações de braços dados, com solidariedade entre os países, entre as pessoas, entre o público e o privado e vice-versa: o “ninguém solta a mão de ninguém!” (mas agora de máscara e luvas), devendo ter plena atenção sempre às garantias dos Direitos Humanos. Esta é a base de tudo!

Como assevera Paulo Ferreira da Cunha, o respeito aos Direitos Humanos é antes de mais uma questão de Justiça, sendo uma “permanente sede de respeito pela Dignidade da Pessoa, pelos seus Direitos Humanos e Fundamentais, naturais e inalienáveis” (Cunha, 2014, p.1323). O Covid-19 convidará toda a sociedade mundial a uma mudança de paradigma para se sustentar enquanto Humanidade, em todos os parâmetros, pois demonstrou também que um indivíduo, por mais bens materiais que possa ter, pode morrer sozinho em um leito de hospital, lutando desesperadamente por um bem que é gratuito: o ar¹¹⁶. No entanto, não podemos deixar de mencionar aqueles que nem oportunidade de receber tratamento hospitalar têm¹¹⁷ e já não tinham antes. Neste novo paradigma, que já antes se apontava, e que longe é da lógica neoliberal, deverão os Estados, a sociedade e cada um dos seus membros, deixando pelo caminho o Ter e transmutando-se e deixando emergir o Ser.

Referências bibliográficas

CUNHA, P.F.. (2014a) Direito & Democracia: Ideologia, crise e Prospetiva. Em Boletim de Ciências Económicas Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Vol. LVII. Tomo I. Coimbra. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316.2/39843>, em 25 de abril de 2020.

CUNHA, P.F.. (2014b) Paulo Ferreira da Cunha. "Sustentabilidade, Democracia e Direito". Em *As Artes entre as Letras* Iss. 126. Disponível em: <http://works.bepress.com/pfc/212/> Acedido em 26 de abril de 2020.

CUNHA, P.F.. (2018) "Pandora & os Reis Mendigos.pdf" Revista Opinião Jurídica (Fortaleza) Vol. 16 Iss. 22. p. 225 - 246 ISSN: 2447-6641. Disponível em <http://works.bepress.com/pfc/236/> . Acedido em 26 de abril de 2020.

¹¹⁶ Essa, inclusive, foi a nota da filha do Presidente do Banco Santander, vítima de Covid-19. Disponível em <https://observador.pt/factchecks/fact-check-filha-do-presidente-do-santander-deixou-licao-ao-mundo-sobre-dinheiro/>. Acedido em 26 de abril de 2020.

¹¹⁷ Podemos exemplificar com os seguintes casos: <https://noticias.r7.com/internacional/fotos/em-meio-a-pandemia-equador-tem-caixoes-e-corpos-nas-calcadas-02042020#!foto/6> e <https://www.publico.pt/2020/04/14/mundo/noticia/covid19-africa-ultrapassa-15-mil-casos-confirmados-1912257> e <https://www.publico.pt/2020/03/31/mundo/noticia/covid19-africa-escapar-doenca-morrer-fome-1910385>

Paulo Ferreira da Cunha

Dimas Macedo¹¹⁸

A multiplicidade dos saberes, nas últimas décadas, derrotou o império da razão. A verdade como produto do raciocínio e a pesquisa do Direito tendo como foco, tão somente, a retórica dos juriconsultos e a sua dogmática deram lugar à verdade do Direito como relação de conduta, sistema social em mutação, produto da cultura e da democracia.

O Direito Positivo de matriz liberal perdeu a sua hegemonia, transformando-se, também, o discurso do Estado Social de Direito, com a entrada no mundo jurídico dos interesses difusos, ambientais e coletivos produzidos pela sociedade complexa e pela voz das minorias, os quais foram exigindo novas posturas da classe política.

Ensinar e aprender Direito ganharam uma nova vanguarda, com o jeito comunicativo, construtivo e fraterno de alguns professores, dotados de sentimento e humildade, plenos de emoções e de saberes que foram derruindo a visão autoritária das instituições acadêmicas e dos seus agentes. É essa forma de estudar a ciência jurídica passou para o centro dos debates.



O autor

As revoluções da linguagem, da cibernética e da indústria eletrônica; a derrubada dos totalitarismos, na Europa, e das ditaduras militares, na América Latina; as transformações comportamentais; a quebra das hierarquias nas relações familiares, empresarias e sociais e as suas transições para o diálogo são exemplos de como a vida se tornou esférica e se abriu forçosamente para a alteridade.

As ciências naturais evoluíram; a pesquisa e a tecnologia ganharam o coração do mercado; e a convivência, no espaço universitário, não poderia ser diferente. Apesar de muitos professores continuarem ministrando o conhecimento jurídico focados na sua dogmática e na imposição/coação de suas normas, os mestres verdadeiros do Direito

¹¹⁸ Mestre e Livre-Docente em Direito Constitucional e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, Brasil).

foram se abrindo para o novo. Começaram a aprender com os próprios alunos e com a recriação de suas metodologias.

Afirmo que esses novos professores passaram a ensinar com o corpo e a alma, com o coração e o afeto, com a sabedoria e a humildade, ganhando a admiração dos seus seguidores. No Brasil, aponto a figura exemplar de Paulo Bonavides; e, em Portugal, o nome exponencial de Paulo Ferreira da Cunha, seres que foram derrotando a arrogância da cátedra e criando a expressão viva do Direito desde o diálogo com os seus alunos.



Paulo Bonavides e PFC

Orgulho-me de ser discípulo destes mestres a que me refiro, tendo por eles um bem-querer que nos une e que amplia os saberes da minha atividade de docente e as inflexões que se vão acumulando na minha sede de pesquisa, aberta para a vida e a fraternidade.



PFC, Avelãs Nunes e outras individualidades, homenageando Paulo Bonavides na inauguração de sua estátua no Fórum Clóvis Bevilácuca.

Sobre Paulo Bonavides escrevi uma tese de livre-docência, estudando as suas criações e interpretações na área do Direito Constitucional; e acerca de Paulo Ferreira da Cunha quero moldar um perfil daquilo que ele é enquanto professor e jurista, filósofo do Direito e da Fraternidade, pregador do diálogo e apóstolo da comunicação.

A sua erudição impressiona, e impressiona que esse professor português tenha ultrapassado a sua língua e realizado pesquisas em outras nações e continentes, ouvindo outros dialetos; e que seja, para os seus alunos, leitores e amigos, a expressão viva da admiração que podemos devotar à sua personalidade.

Não somos fraternos e reconhecidos apenas em face daquilo que queremos, mas por imposição silenciosa daquilo que somos na nossa essência e na nossa integridade. E Paulo Ferreira da Cunha é exemplo que podemos evocar para seguir, nessa seara de arquétipos e de seres que se dão para o próximo, mostrando seu esforço e sua transparência.

Paulo conhece as línguas de Portugal e do Brasil como poucos. É íntimo das suas parlandas, dos seus dizeres cultos e da sua cultura literária, jurídica e filosófica. E no Brasil ele se destaca, tanto mais, por ser seu filho adotivo, irmão das suas alegrias e tenor dos seus hinos esportivos.

Com a sua obra de jurista acolhida por diversas editoras do Brasil, chega a uma dúzia o número dos seus livros publicados na pátria de José de Alencar, de forma que, assim, parece para muitos um jurista brasileiro, um filósofo paulista, um professor

nascido, talvez, no Rio de Janeiro, e educado em Fortaleza sob os auspícios de Clóvis Beviláqua, o maior jurista nascido do lado de cá das Américas.

Paulo Ferreira da Cunha já inscreveu o seu nome na capa de uma centena de livros que vão da Ciência Política ao Direito Constitucional, da Filosofia do Direito à Filosofia Política, da visão sistêmica do Direito até a sua projeção na área interdisciplinar, e até a sua inserção em diversos domínios do conhecimento.

Sabe o intercâmbio educacional e político e, bem assim, os louvores com que as instituições acadêmicas douram o seu nome. Conhece a forma de homenagem recebida em azulejos portugueses. Tem um exército de ex-alunos que o seguem, dezenas de professores que o respeitam, milhares de leitores que leem e aprendem a profusão dos seus conhecimentos.

Convivi com esse mestre e amigo querido em diversos lugares do Brasil e na cidade do Porto, em colóquios acadêmicos e em ágapes regados por vinhos e diálogos, nos quais sempre fui reaprendendo a arte da troca de ideias, ouvindo a sua voz socrática e as suas aulas, e o jeito sereno de partilhar os seus conhecimentos, a vivacidade das suas palavras e os fervores da sua bem-querença.



O autor, num Colóquio de PFC sobre Rousseau. Vendo-se no quadro negro um esboço desenhado por PFC.

Paulo é trancelim entre as culturas de duas nações. Sabe o espírito da cidade do Porto e a alma de Portugal e de Lisboa. As linhagens do Minho e do Alentejo e as caves mais soberbas da cultura lusa estão na raiz da sua voz. Quando no Brasil, podemos deparar esse mestre em Fortaleza ou flanando pelas ruas de São Paulo, onde o encontrei, certa vez, num velho restaurante do Largo do Arouche, fazendo-se então uma tarde de prazeres e de vinhos.

E, assim, vai esse querido Mestre deixando as suas marcas. Recebendo ele uma homenagem, em face do seu *curriculum* de *scholar*, o Brasil acadêmico o aplaude e o circuito erudito o deseja, assim como queremos, na imaginação, os bens culturais da Renascença.

A sua bibliografia surpreende e, entre os seus livros que mais aprecio, cito *A Constituição Viva: Cidadania e Direitos Humanos, Direito Constitucional Geral:*

Perspectiva Luso-Brasileira, Filosofia do Direito, Teoria da Constituição, Filosofia Jurídica Prática, Teoria Geral do Estado e Ciência Política e Direito Fraternal Humanista.

Em Paulo Ferreira da Cunha transborda a humildade dos sábios, tendo ele organizado livros de pendor literário, e publicado volumes enfeitando ficção e poemas, e divulgado reflexões sobre Arte, Ética e Direito, não esquecendo-se aqui os seus ensaios sobre ensino e metodologia jurídica, campos da pesquisa nos quais se destaca.

Conferencista e cidadão incomuns, na sua escritura podemos ver os apelos da memória, o Direito abraçado com a Utopia, o sopro da criação poética e os espelhos da mundividência.

O professor e o filósofo, no caso deste pensador, são enriquecidos pela sua condição de polígrafo, os títulos universitários e o seu jeito emotivo de abordar os seus objetos culturais a partir de uma visão transdisciplinar.

São muitos os seus contributos, larga a sua folha de serviços e densos os seus intercâmbios. Enfim, pensando, ensinando e fazendo justiça, Paulo Ferreira da Cunha vai traçando seus caminhos e escrevendo sua trajetória, aí sobressaindo-se o cientista político, o cidadão de dois mundos e o Juiz Constitucional.

Fortaleza, abril de 2020

Ser Constitucionalista para lá da “Espuma dos Dias”: Paulo Ferreira da Cunha (Professor e Juiz Conselheiro)

E. Kafft Kosta¹¹⁹

I. Intróito [nótulas pessoais e contextualizantes]

Num tempo inundado pela omnipresente e omniabarcante Constituição, abraçar a causa (mais do que o *status*) de ser constitucionalista transporta a pesada carga de uma existência devotada ao império do Direito, do Recto, do Justo, sob a batuta da Lei Fundamental. Não porque a Lei Fundamental seja forçosamente a mais perfeita, mas porque é um imperativo societal o recurso a racionais soluções (re)instauradoras da paz e regra na sociedade. Ser constitucionalista também significa não condescender com a subvalorização da normatividade constitucional, parâmetro aferidor da validade dos actos infraconstitucionais e até constitucionais (pelo menos, derivadamente). Dizer e fazer isso equivale a “levar a sério” os direitos fundamentais e os princípios axiais que banham a Constituição.



O autor dirigindo-se ao júri-banca de doutoramento na FDUL

O Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha foi o primeiro Arguente da minha tese de doutoramento na Universidade de Lisboa, no já longínquo e saudoso ano de 2006. Uma velha e grande amizade se estabeleceu pouco depois e ininterruptamente, com uma forte projecção nos trabalhos e actos académicos.

Guia maior do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ao qual ambos pertencíamos, destacou-se nele a capacidade de juntar pessoas, projectos e causas, fazendo acontecer a Academia, num frenesim não muito distante da sua enorme produtividade científica.

¹¹⁹. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e do IPBeja).

A sua pulsão pela valoração do jurídico-constitucional – imbuído de um sedimento axiológico conformador – desembocou na animação, com o Professor Yadh Ben Achour e outros Juristas, de uma linha de reflexão globalizante em torno da ideia de um Tribunal Constitucional Internacional. Ganhar-se-ia, sustentam alguns defensores do ideário, maior robustez na justiça constitucional, com a sua subida ao patamar da supranacionalidade, susceptível de a desconfinar dos apertados cercos da estadualidade. “Ao serviço”, pois, “do Direito Democrático” e, bem assim, “do Direito Constitucional Internacional”, reconhecendo na “psicologia dos soberanistas” “um obstáculo de fundo ao Direito Constitucional Internacional”¹²⁰. É um outro “nível” de constitucionalismo? A obra, em filigrana, de depuração de um mínimo fundamental comum às Constituições estaduais mais virtuosas seria susceptível de erigir relações mutuamente vantajosas entre as jurisdições constitucionais da estadualidade deste mundo e a Corte Constitucional Internacional?

A matéria-prima da jus-constitucionalística – a norma materialmente constitucional – acompanharia, que nem as próprias sombras, os construtores da nova proposta “*præter constitutionem*”?

O “Per-Curso” filo-constitucional do Professor Paulo Ferreira da Cunha parece responder que sim¹²¹.

A extensa e questionante obra do Professor e, agora (para gáudio da judicatura suprema portuguesa), Juiz, que mergulha os seus tentáculos em territórios de elevada densidade constitucional, interpela-nos a ver nele o constitucionalista interdisciplinar e transdisciplinar apto, quando se impuser, a levantar voo e a transcender o querelar mundano da normatividade constitucional, oferecendo visões de conjunto, explicando o não revelado pela secura do preceito, ousando propor o disruptivo, abraçando “heterodoxias” que problematizam o *óbvio*, revisitando o “Mito”¹²².



Foto depois de proclamado Doutor pela Univ. de Lisboa

A tangência da “Utopia” entremostra-se e afirma-se aqui e ali, como na “Constituição da Lísia” retrabalhada em tempos por Paulo Ferreira da Cunha.

¹²⁰ Cfr. ACHOUR, Yadh Ben / CUNHA, Paulo Ferreira da – **Pour une Cour Constitutionnelle Internationale**. Oeiras: Causa das regras, 2017, p. 9 ss., 53 ss.

¹²¹ Brincamos com o título de um livro do homenageado: Per-Curso Constitucional – Pensar o Direito Constitucional e o seu Ensino. In **Notandum Libro**. São Paulo: n.º 8 (2006).

¹²² Sobre a utopia e o mito no pensamento político e constitucional, cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da - **Constituição, Direito e Utopia: Do Jurídico-Constitucional na Utopias Políticas**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica, 20, 1996 (a página 15 ss., principalmente).

O “*Hino da Lísia*” (“*Vento a Lísio*”) - anexo aos 25 artigos de uma *Constituição sintética*, a fazer inveja à mais sintética das Leis Fundamentais hodiernas e, *a fortiori*, aos maçudos e omniabrangentes Códigos Constitucionais da contemporaneidade – clamava pelos «*Valores da República*» (art. 7.º), pelos «*Fundamentos e Princípios da República*» (art. 8.º), pelos «*Direitos Fundamentais Jurídico-Políticos*» (art. 10.º), pelos «*Direitos Fundamentais Programáticos*» (art. 11.º), pelos «*Direitos*» *tout court* (art. 9.º), pela abertura aos *outros* da Pátria, Nação e nacionalidade lísius (art. 2.º e 3.º), pela «*Pura Democracia*» e pela radical independência¹²³, pois que «*Viva a Lísia viva, ou viva nada*»¹²⁴:

“Vento a Lísio”

*Ô Lísia, brisa de esperas
De promessas e tormentas
Os sonhos que acalenta
E esses feitos que intenta
Em todas as Primaveras*

Refrão

*Liberal Constituição é o caminho
Uma Carta Socialista desejada
Vem amigo, e chama teu vizinho
Viva a Lísia viva, ou viva nada.
Lísia amada doce e branda
De suave sol dolente
O êxtase acariciando
Em vago sabor ausente
Que o presente degustando
Gosta e desgosta, mas sente.
E tu ò Vento a Lísio adormecido
Toca a rebate o carrilhão da Liberdade
Pura Democracia é o sentido
Pois já chegou a hora da Verdade.*

Paulo Ferreira da Cunha manifesta-se adepto do “*utopismo*”, não tanto da “*utopia*”. Por “*utopia*” entende a «cidade sonhada em si, ou mesmo o mito da cidade ideal». Já o “*utopismo*” é formulado como «vector de mudança»¹²⁵.

II. Uma Peregrinação pela Extensa Plantação de Sementes/Textos de Elevada Densidade Constitucional de Paulo Ferreira da Cunha

1. Sobrevoos (detendo-nos em algumas estações) de 110 Obras Jus-Constitucionalistas de Paulo Ferreira da Cunha

O planar sobre o vasto território onde o autor vai produzindo ciência e, em especial (no concernente ao tema aqui tratado), Ciência do Direito Constitucional, revela-

¹²³ Sem prejuízo da sua integração na «União do Crepúsculo, federação de nações livres e iguais», como reza o art. 5.º da Constituição da Lísia.

¹²⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da (ed.) - A Constituição da Lísia, Descoberta de uma Utopia. Disponível em WWW:<<http://www.hottopos.com/notand12/lisia.htm>> Consultado em 14.5.2020.

¹²⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da - Política e Direito Numa ‘Utopia’ Contemporânea, **Separata de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. Coimbra: (2006) Coimbra Editora/FDUL.

nos uma cerrada gama de exemplares – aqueles que possuo nas minhas bibliotecas física e digital -, a seguir alinhados.

Ir-se-á, finalmente, aterrar e penetrar no interior desse fecundo território.

Como a observação e análise de todas as e cada uma das *espécies* (nem que me cingisse às *constitucionais*) não são factíveis, por não caberem na economia do trabalho em curso, deter-se-á, posteriormente, em algumas dessas obras.

Começemos na *Passarola* o suave sobrevoo (detendo-nos em algumas *estações*) da obra de¹²⁶:

CUNHA, Paulo Ferreira da

- 1.^a **Introdução à Teoria do Direito.** Porto: Rés, 1988.
- 2.^a **Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica.** Coimbra: 1990. [Tese de Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Políticas – na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]
- 3.^a **Para uma História Constitucional do Direito Português.** Coimbra: Almedina, 1995. [Tese de doutoramento em Direito – Ciências Jurídico-Políticas – na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]
- 4.^a **Constituição, Direito e Utopia: Do Jurídico-Constitucional na Utopias Políticas.** Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica, 20, 1996.
- 5.^a **Arqueologias Jurídicas. Ensaio Jurídico-Político e Jurídico-Humanísticos.** Porto: 1996.
- 6.^a La Restauration Portugaise et sa Théorie Constitutionnelle. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno.** Vol. XXVII (1998)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/43/>>
- 7.^a **Res Publica: Ensaio Constitucionais.** Coimbra: Almedina, 1998.
- 8.^a **Mysteria Iuris. Raízes Mitosóficas do Pensamento Jurídico-Político Português.** Porto: Legis, 199
- 9.^a **Teoria da Constituição II – Direitos Humanos Direitos Fundamentais.** Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000.
- 10.^a **Le Droit et les Sens.** Paris: L'Archer. dif. PUF, 2000.
- 11.^a **O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos.** Coimbra: Almedina, 2001.
- 12.^a Dialog und Kommentar zum Wesen des Strafrechts und seiner Verfassungsmässigkeit. **Dialettico. Appunti di Filosofia del Diritto** (2001)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/9/>>
- 13.^a Do Conceito de Constituição na Doutrina Portuguesa Contemporânea (**Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**). Stvdia Ivridica, 61, Boletim da F.D.U.C, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

¹²⁶ Estão sinalizadas com um asterisco (*) as obras a que (devido à situação de confinamento ditada pelo estado de emergência/calamidade pública vigente em Portugal, quando este artigo foi redigido) não tive acesso.

- 14.^a **Faces da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2002.
- 15.^a **O Século de Antígona**. Coimbra: Almedina, 2003.
- 16.^a **Direitos Humanos – Teorias e Práticas**. Coimbra: Almedina, 2003 (org.).
- 17.^a **Teoria do Estado Contemporâneo**. Lisboa / São Paulo: Verbo, 2003 (org.).
- 18.^a **Política Mínima**. Coimbra: Almedina, 2003 [ver também a 2.^a edição, de 2005, actualizada e corrigida].
- 19.^a **Filosofia do Direito – Primeira Síntese**. Coimbra, Almedina, 2004.
- 20.^a Desafios da Constituição Europeia à Teoria Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 6 (2005)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/37/>>
- 21.^a **Anti-Leviatã. Direito, Política e Sagrado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.
- 22.^a **Repensar a Política. Ciência & Ideologia**. Coimbra: Almedina, 2005.
- 23.^a **Novo Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 2005.
- 24.^a **Raízes da República – Introdução Histórica ao Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- 25.^a Um Clássico Contemporâneo do Direito Natural: Natural Law de Maritain, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2006), p. 653-660.
- 26.^a Política e Direito Numa ‘Utopia’ Contemporânea, **Separata de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. Coimbra: (2006) Coimbra Editora/FDUL.
- 27.^a Per-Curso Constitucional – Pensar o Direito Constitucional e o seu Ensino. In **Notandum Libro**. São Paulo: n.º 8 (2006).
- 28.^a **Direito Constitucional Geral**. Lisboa: Quid Juris, 2006.
- 29.^a Um Clássico Contemporâneo do Direito Natural: *Natural Law* de Maritain. **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto. Ano III (2006)
- 30.^a Politeia and Paideia. “Reminiscences” of Western Political Thought in a Reading of Plato’s Politeia. **ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ**. Vol. 36 (2006)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/4/>>
- 31.^a Da Constituição do Estado Novo Português. **Revista Electrónica de História Constitucional**. Vol. 7 (2006)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/16/>>
- 32.^a **Direito Constitucional Aplicado**. Lisboa: Quid Juris, 2007.
- 33.^a Desafio Metodológico dos Direitos da Personalidade: categorias e Conceitos. In **Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- 34.^a **Cidadania e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

- 35.^a L'Équité: le legs Réaliste Classique et la Pensée de Michel Villey, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2007), p. 403-417.
- 36.^a Demanda e Vivência de Instituições Portuguesas Fundantes: Teoria e Prática, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2007), p. 481-496.
- 37.^a **Direito Constitucional Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira**. São Paulo: Editora Método, 2007.
- 38.^a **O Essencial sobre Filosofia Política Liberal e Social**. Lisboa: IN-CM, 2007.
- 39.^a **O Essencial sobre Filosofia Política Romântica**. Lisboa: IN-CM, 2007.
- 40.^a Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle entre le pouvoir constituant et la constitution matérielle. Une illustration dans le contexte lusophone. **VIIth Constitutional Law World Congress – Athens**. Vol. published in CD and Internet (2007)
- Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/6/>>
- 41.^a Do Constitucionalismo Brasileiro: Uma introdução histórica (1824-1988). **Historia Constitucional**. Vol. 8 (2007)
- Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/27/>>
- 42.^a **Direito Constitucional Anotado**. Lisboa: Quid Juris, 2008.
- 43.^a **Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- 44.^a **O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (1887-1939)**. Lisboa: IN-CM, 2008.
- 45.^a **O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (desde 1940)**. Lisboa: IN-CM, 2008.
- 46.^a **Direito Constitucional e Fundamentos do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- 47.^a **Da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Osasco, São Paulo: Edifício, 2008.
- 48.^a Uma Filosofia Constitucional Comum (Luso-Brasileira). São Paulo, Brazil. **1988-2008: 20 Anos da Constituição Cidadã** (2008)
- Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/30/>>
- 49.^a Human and Fundamental Rights and Duties in Portuguese Constitution. Some reflections. **Prawa Czlowieka**. Vol. 11 (2008)
- Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/5/>>
- 50.^a Da Constituição Antiga à Constituição Moderna. República e Virtude. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Vol. 5 (2008)
- Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/31/>>
- 51.^a **Pensar o Estado**. Lisboa: QJ, 2009.
- 52.^a **Direito Constitucional & Filosofia do Direito**. Porto: Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros (coord.), 2009
- 53.^a **Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização**. Lisboa: QJ, 2009.

- 54.^a Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo. **Neoconstitucionalismo** (2009)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/55/>>
- 55.^a Valores e Virtudes no Aprofundamento do Estado de Direito – uma Perspectiva Luso-Brasileira. **Revista Internacional d’Humanitats**. Vol. 15 (2009)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/12/>>
- 56.^a **Traité de Droit Constitutionnel. Constitution Universelle et Mondialisation des Valeurs Fondamentales**. Paris: Buenos Books International, 2010. [também em ebook, disponível em WWW:< <http://works.bepress.com/pfc/72/>>]
- 57.^a **Presidencialismo & Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- 58.^a **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.
- 59.^a Revisões Constitucionais Inconstitucionais? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Vol. 4 Iss. 16 (2010)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/128/>>
- 60.^a Virtude da Constituição e Virtudes Republicanas. Dourados **Relações Internacionais e Direito. Estudos Multitemáticos** (2010)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/78/>>
- 61.^a **O Essencial sobre a I República e a Constituição de 1911**. Lisboa: IN-CM, 2011.
- 62.^a Referendar Estados de Excepção. **A Viagem dos Argonautas** (2011)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/131/>>
- 63.^a Cultura constitucional & revisões constitucionais. **International Studies on Law and Education**. Iss. 8 (2011)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/110/>>
- 64.^a Filosofia e Constituição. Simbolismo das Origens. A Lição de Brotero. **As Artes entre as Letras**. Iss. 49 (2011)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/108/>>
- 65.^a A Pessoa, o Político e o Cientista em Direito Constitucional. **International Studies on Law and Education**. Iss. n. 7 (2011)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/100/>>
- 66.^a Direito e Poder em Nietzsche. **As Artes entre as Letras**. Iss. 62 (2011)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/124/>>
- 67.^a Republicanos ou Publicanos? A Constituição de 1911 e a Concretização da II República. **As Artes entre as Letras**. Iss. n.º 60 (2011)
Available at: <http://works.bepress.com/pfc/119/>
- 68.^a Rousseau, a Constituição de Cádiz e a Renascença Portuguesa. **As Artes entre as Letras**. Iss. n.º 68 (2012)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/147/>>
- 69.^a **Constituição & Política: Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- 70.^a Brisa de Anomia - Da Constituição Real ao Quotidiano Incompetente. **As Artes entre as Letras**. Vol. n.º 86 (2012)

- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/169/>>
- 71.^a Direito Constitucional, Património Cultural. **As Artes entre as Letras**. Iss. 80 (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/163/>>
- 72.^a Individualismo, Massas e Direito **As Artes entre as Letras**. Iss. n.º 74 (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/156/>>
- 73.^a Dos Princípios Positivos & dos Princípios Supremos. **Collatio**. Vol. 11 (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/146/>>
- 74.^a Principes constitutionnels herméneutiques. **International Studies on Law and Education**. Iss. 10 (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/129/>>
- 75.^a Principes constitutionnels herméneutiques. **International Studies on Law and Education**. Iss. 10 (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/129/>>
- 76.^a Derecho, Utopismo y Valores en la constitución "Ciudadana" Brasileña. **Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Publicas**. Iss. n.º 2 (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/155/>>
- 77.^a Proibição do Retrocesso e Reserva do Possível: Princípios Constitucionais para tempos de Crise. **A Viagem dos Argonautas** (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/140/>>
- 78.^a Os Cidadãos e o Sistema Político: Identificação ou Descontentamento? **Revista Internacional d'Humanitats**. Vol. XV Iss. 25 (2012)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/167/>>
- 79.^a Doenças do Regime Democrático. **As Artes entre as Letras**. Iss. 104 (2013)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/190/>>
- 80.^a Estado contra Sociedade. **As Artes entre as Letras**. Iss. 112 (2013)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/195/>>.
- 81.^a A Constituição Resiste. Ainda há Juízes em Lisboa. **InComunidade** - www.incomunidade.com Vol. 11 (2013)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/184/>>
- 82.^a Nova Defesa da Constituição. **Tribuna**. Vol. 32 (2013)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/186/>>
- 83.^a Estado e Igreja em Portugal - alguns momentos e perspectivas. **International Studies on Law and Education**. Vol. 15 (2013)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/185/>>
- 84.^a Novidade e Lição da Primeira Constituição Republicana Portuguesa. **InComunidade**. Vol. Ano 3 Iss. 27 (2014)
- Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/215/>>
- 85.^a **La Constituion Naturelle**. Paris: Buenos Books International, 2014. [também em ebook, disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/205/>>]

- 86.^a **Constitution et Mythe**. Quebec: Presse de l'Université Laval. 2014.
- 87.^a Do Contrato Constitucional Real: Perspetivas e prospetivas. **Scientia Iuridica**. Vol. LXIII Iss. 335 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/229/>>
- 88.^a Sustentabilidade, Democracia e Direito. **As Artes entre as Letras**. Iss. 126 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/212/>>
- 89.^a A igualdade e as suas irmãs valorativas. **Scientia Iuridica**. Vol. LXIII Iss. 334 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/208/>>
- 90.^a Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias. Coimbra: **Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício**. Vol. 1 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/221/>>
- 91.^a Governar Sociedades Complexas. **Tribuna**. Iss. 33 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/199/>>
- 92.^a Cidadania e seus Inimigos. **As Artes entre as Letras** (2017)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/234/>>
- 93.^a * **Direito Fraternalista. Novo Paradigma Jurídico**. Rio de Janeiro: G/Z, 2017.
- 94.^a * **Tributo a César. Arte, Literatura & Direito**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- 95.^a * **Síntese de Justiça Constitucional**. Oeiras: A Causa das Regras, 2018.
- 96.^a * **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- 97.^a * **Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito**, 3.^a ed. revista atualizada e aprofundada. Coimbra: Almedina, 2018.
- 98.^a * **Teoria Geral do Direito. Uma Síntese Crítica**. Oeiras: A Causa das Regras, 2018.
- 99.^a * **História do Direito**, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019 (em colaboração com Joana de Aguiar e Silva e António Lemos Soares).
- 100.^a * **Repensar o Direito Internacional. Raízes & Asas**. Coimbra: Almedina, 2019.
- 101.^a * **Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito**. 3.^a ed. revista atualizada e aprofundada, Coimbra: Almedina, 2019, reimpressão.
- 102.^a * **Dicionário de Metodologia Jurídica. Guia Crítico de Fundamentos do Direito**. São Paulo: Tirant Brasil, 2020 (Prefácio de Jean-Marc Trigeaud, Introdução de Lenio Luiz Streck).
- 103.^a Fundamentos e Desafios Constitucionais na Sociedade da Informação: Subsídios para uma História Jurídica Contemporânea. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte. ano 13, n.º 40: Jan./Jun (2019), p. 17-41.
- 104.^a Democracia & Civilização.doc. **As Artes entre as Letras**. Vol. 236 (2019).
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/242/>>
- 105.^a **A Constituição da Lísia, Descoberta de uma Utopia**.

Disponível em WWW:<<http://www.hottopos.com/notand12/lisia.htm>>

Consultado em 14.5.2020.

106.º **Dicionário de Metodologia Jurídica. Guia Crítico de Fundamentos do Direito.** São Paulo: Tirant Brasil, 2020 (Prefácio de Jean-Marc Trigeaud, Introdução de Lenio Luiz Streck).

107.ª **Crimes & Penas. Filosofia Penal.** Coimbra: Almedina, 2020 (Prefácio de Cândido da Agra).

108.ª **Filosofia do Direito e do Estado. História & Teorias.** Coimbra: Almedina, 2020.

109.ª Cidadania & Ética – *Relectio* para tempos de *Peste*. **International Studies on Law and Education** 36 Set-Dez 2020 (CEMOrc-Feusp), p. 5-14.

110.ª ACHOUR, Yadh Ben / CUNHA, Paulo Ferreira da – **Pour une Cour Constitutionnelle Internationale.** Oeiras: Causa das regras, 2017.

2. Jusnaturalismo “Eclético”?

A sempiterna, magna, *vexata quaestio* “jusnaturalismo *versus* juspositivismo” tem um lugar cativo na visão proposta por Paulo Ferreira da Cunha do Direito e, em particular, do Direito Constitucional¹²⁷.

Que me seja permitido (por comodismo, dado o adiantado da hora) transportar para este lugar um fragmento da minha tese de doutoramento, publicada em 2007, a propósito da minha leitura do seu posicionamento neste debate¹²⁸.

*Paulo Ferreira da Cunha postula que entre as duas posições (jusnaturalismo e positivismo), há «pontos de contacto»*¹²⁹;

*Reforça o autor que «há um legado híbrido a ter em conta, sempre: não pode haver bom jurista sem uma mínima base técnica e científica, sem o conhecimento básico do Direito tal como ele é (...); e também não pode o jurista, ou quem quer que com o Direito lide, confinar-se ao estrito articulado dos textos legais, sem uma dimensão de Justiça (ainda que assim se lhe não chame, e ela seja designada por *ratio legis* – razão da lei – ou algo semelhante) – e eis um importante contributo do jusnaturalismo».*

Ferreira da Cunha defende um jusnaturalismo “eclético”, onde se conjugam factores como direito positivo, direito natural histórico-social e direito natural absoluto (imutável).

Conclui, noutro estudo¹³⁰: «en dépit de tous les efforts, surtout théoriques, le positivisme légaliste est une réalité présente et puissante, omniprésente et toute-puissante de nos jours, qui subsiste malgré toutes les doctrines et toutes les déclarations à leur

¹²⁷ De interesse é também CUNHA, Paulo Ferreira da - Um Clássico Contemporâneo do Direito Natural: Natural Law de Maritain, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2006), p. 653-660.

Para um enquadramento dos conceitos aqui utilizados, cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da - **O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 128-130, 151 ss..

¹²⁸ *Vide* KOSTA, E. KAFFT – **Estado de Direito – O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 324-325.

¹²⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da - **Introdução à Teoria do Direito**. Porto: Rés, 1988, p 43 ss.

¹³⁰ CUNHA, Paulo Ferreira da – 04-405L'Équité: le legs Réaliste Classique et la Pensée d Michel Villey, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2007), p. 4

encontre». Na estratégia de oposição ao positivismo legalista *frio e feroz*, uma expressão “redentora”, embora ambígua, é invocada: a “equidade”¹³¹.

Sobre a inconstitucionalidade de normas constitucionais: «Se um positivista colocará no topo da pirâmide normativa, como norma fundamental, a Lei (provavelmente a Constituição, lei das leis), um jusnaturalista pode dar o primado aos princípios fundamentais de Direito ou (mais dificilmente) ao costume, e mesmo que se decida pelo primado da Constituição, poderá ver acima da Constituição escrita normas supraconstitucionais, no fundo uma Ordem de Valores (*Wertordnung*), ou seja, uma estruturada articulação de princípios fundamentais hierarquizados. Daí que se possa falar, com propriedade, de normas constitucionais inconstitucionais: isto é, normas da Constituição escrita atentatórias dos princípios (jusnaturais) da Constituição suprapositiva».

De Paulo Ferreira da Cunha, ver, também, O Século de Antígona. Coimbra: Almedina, 2003, p. 228 - em defesa (jusnaturalista) da ideia de inconstitucionalidade de normas constitucionais: «lex iniusta non est lex» - «ou, o que é o mesmo, será uma lei injusta».

Em 1995, patenteara já o autor (de forma, porventura, mais radical) a sua orientação fundamental. Veja-se, a propósito, o seu Para uma História Constitucional do Direito Português. Coimbra: Almedina, 1995, p. 425: O Direito hodierno «vagueia à deriva, perigosamente, entre Cila e Caríbdis».

«Este vai-vém é signo da encruzilhada do Direito no presente: ir a pique na sua total descaracterização, ou reencontrar-se como coisa divina que é, ou pelo menos, como coisa sagrada, das mais sagradas coisas dos Homens (*humanarum et divinarum rerum notitia*)».

3. Estado de Direito Democrático e de Direitos Fundamentais? A Refutação de um Universalismo Dogmático?

O entrelaçamento das vertentes Estado-Direito-Democracia-Direitos Fundamentais (numa nítida substancialização da ideia e do princípio do Estado de Direito) é assumido num dos livros acima listados como uma inevitabilidade¹³²:

«Hoje, o Estado de Direito, que alguns pensaram independente e até antagónico da democracia e dos direitos, não pode passar sem ambos. Donde se possa dizer que “O Estado de Direito é um Estado de Direitos fundamentais”, e que estes só plenamente ganham sentido no quadro de um Estado de Direito (o que implicará, hodiernamente, por exemplo, uma efectiva aplicação do princípio da separação dos poderes, a todos os níveis)».

E esclarece: «Não perfilhando nós uma visão estadualista, somos todavia sensível à situação dramática dos direitos em casos, como os de vários países africanos, onde se assiste ao perecimento do Estado. Aí tem de ser o Estado reconstituído (ou construído) para haver efectivos direitos.

«Noutros lugares, parece que deve começar a ser em alguns domínios desactivado para que subsistam... Não há solução universal».

¹³¹ *Id., ibid.*

¹³² CUNHA, Paulo Ferreira - **Teoria da Constituição II – Direitos Humanos Direitos Fundamentais**. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000, p. 251 ss.
Paulo Ferreira da - **Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização**. Lisboa: QJ, 2009, p. 155 ss.

Ênfase dou às duas derradeiras conclusões: Em algumas paragens, a tarefa de *(re)construção* de Estados, como pressuposto da efectivação de direitos; noutras paragens [parece], a tarefa de *desactivação* do Estado, para se garantir a *subsistência* de direitos.

O Autor adere ao “Direito Fraternalista” na Pós-Modernidade dos dias correntes, postulando a defesa de direitos humanos, de direitos “inclusivos” alérgicos à violência¹³³.

4. Ser Constitucionalista para lá da “Espuma dos Dias”¹³⁴

Entre o contingente e o necessário, entre o frívolo dia-a-dia que acende e apaga holofotes mediáticos (no arrasto da *agenda-setting*, qual consumo *fast-food*) e o fundamental-profundo-estruturante, situado para lá da “espuma dos dias”, o constitucionalista deve saber mover-se com presteza nos dois campos.

Saber aparecer e saber dizer, onde e quando for mesmo necessário, são atitudes que devem acompanhar o cultor da Ciência do Direito Constitucional. Que não veja inconstitucionalidade em tudo o que mexe - seguindo a regra do menor esforço - e guarde a hipótese de (in)constitucionalidade para situações cabíveis; que abandone a trincheira cómoda dos impenetráveis princípios e valores erigidos em premissas maiores para todos os silogismos judiciais, quando, ali mesmo ao lado, estão preceitos prontos a dar resposta ao problema *decidendum*.

Vejo o Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e Professor de Direito Paulo Ferreira da Cunha muito para lá daquela *espuma das horas e dos dias*. Ouçamos, muito a propósito, o que afirma numa obra de 2012¹³⁵:

«Uma coisa é, em qualquer constitucionalista, a vocação e o trabalho científico, outra coisa é, quiçá por vezes até no inconsciente ou na latência dessa vocação ou desse trabalho, a vocação e o labor (quantas vezes a própria experiência pessoal vivida nesse terreno) político.

«A comunicação social também nem sempre ajuda quando consulta os constitucionalistas (e temos disso pessoal experiência). Não se distingue, muitas vezes, o que deles se pretende: se uma opinião científica, técnica, sobre o *quid juris*, o *sein* do Direito Constitucional positivo, posto, vigente, se, pelo contrário, uma posição pessoal sobre o como deve ser, ou como deveria ser, determinada solução para um problema (remetendo assim para o *sollen*, o *quid jus*)».

5. Outras Estações

5.1. Vicissitudes Constitucionais

Debruçou-se, em vários momentos, sobre o tema, chamando, nomeadamente, a atenção para o «frenesim revisionista», para a intangibilidade de certas normas constitucionais e para a possível inconstitucionalidade de uma revisão constitucional (tão óbvia quanto as verdades de Monsieur De La Palice¹³⁶).

5.2. Regime Político e Sistema de Governo

¹³³ *Id.*, *ibid.*, p. 326 ss.

¹³⁴ Alusão ao já mundializado romance de Boris Vian. Cfr. VIAN, Boris – *A Espuma dos Dias*. Lisboa: Relógio d’Água, 2013 [o original em francês: *L'Écume des jours*. Gallimard, 1947].

¹³⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da - *Constituição & Política: Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional*. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 57-58.

¹³⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da - *Constituição & Política: Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional*. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 81 ss.

CUNHA, Paulo Ferreira da - *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 115 ss.

Crítico do “messianismo” acoplado a certos discursos reformistas do sistema de Governo, em prol do mito “presidencialismo”, reconduzido este a um *slogan* de combate político, Paulo Ferreira da Cunha levanta-se igualmente contra a «mania de “mudar de regime”» e a «mania de “mudar de sistema”»¹³⁷.

Caracteriza o sistema de Governo vigente em Portugal como «parlamentarista», «embora possa ter aportações presidencialistas»¹³⁸.

5.3. “Constituição Efabulada” ou “Constituição Vivida”?

Captando o problema pelo ângulo da tríade Constituição-Mito-Utopia, acaba por preconizar a superação da “Constituição Efabulada” pela “Constituição Vivida”, sem prejuízo da “efabulação essencial”, que deveria ser mantida. Para tal, no caso brasileiro, separa e opõe os “amigos” e os “inimigos” da “Constituição Cidadã” de 1988.

“Inimigos” da “Constituição Cidadã” (alguns exemplos): a «globalização neoliberal»; «a ideologia conformista do pretense “realismo” conservador e até reaccionário, o “tem-que-ser-ismo”»; «o movimento de desconstitucionalização, que tem como vanguarda o ataque à rigidez ou semi-rigidez constitucionais, designadamente pela crítica das cláusulas pétreas – errónea e / ou capciosamente apresentadas como anti-democráticas, compressoras da liberdade do poder constituinte, etc.»¹³⁹.

“Amigos” da “Constituição Cidadã”: activismos judicial, educativo, estatal, das Organizações Não Governamentais e do “cidadão comum”¹⁴⁰.

É o que noutra lugar expôs sob o título *realidade política vs. Normatividade jurídico-constitucional*¹⁴¹.

5.4. Tribunal Constitucional

A respeito do “Defensor da Constituição” e da escolha dos seus juízes, reconhecendo a realidade dos factos, traduzida na escolha pelos partidos com assento parlamentar, relembra Paulo Ferreira da Cunha que «os juízes não são eunucos ideológicos», «pelo que é natural que, em matérias ideológicas, sejam coerentes, não mudando de orientação porque são juízes». O problema surgiria quando tal coerência entrasse em choque com o «interesse comum» e a «independência» do Juiz.

À solução, por alguns preconizada, de transferir a justiça constitucional para os juízes de carreira (Supremo Tribunal de Justiça), responde «que isso não resolveria o problema da ideologia: apenas essa ideologia não seria clara e escrutinada»; acresce que o resultado seria «uma excessiva judicialização» do órgão de fiscalização da constitucionalidade, furtando-se à participação de juristas não juízes¹⁴².

Todavia, «o grande problema acaba por ser o da relação entre as pessoas e os seus deveres»¹⁴³. Especifica: «Mesmo o mais “independente” dos magistrados de carreira pode

¹³⁷ *Id.*, *ibid.*, pág. 223 ss.;

Vide, também, CUNHA, Paulo Ferreira da - **Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização**. Lisboa: QJ, 2009, p. 127 ss.

¹³⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 150-152

¹³⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da - **Geografia Constitucional...**, cit., p. 116-117.

¹⁴⁰ *Id.*, *ibid.*, p. 118-120.

¹⁴¹ CUNHA, Paulo Ferreira da - **Constituição & Política: Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2012, p. 277 ss.

¹⁴² *Id.*, *ibid.*, p. 298.

¹⁴³ Que cada Juiz Constitucional, diríamos, *atribua a cada um o que é seu* (Ulpiano – **Digesto**, I, 1, 10), de forma justa e independente... *Suum cuique tribuere*.

estar tão preso a “ideias-feitas” (a uma “ideologia” pessoal, no limite) que acabe por, cuidando até julgar de forma independente, se limitar a reproduzir preconceitos».

Propugna («a bem da transparência democrática») a audição parlamentar dos indigitados para Juizes Conselheiros ou, mesmo, candidaturas a título pessoal de juristas perante o Parlamento¹⁴⁴.

5.5. “Geografia Constitucional”

Aceita a divisão das famílias de Direito e de Direito Constitucional em quatro grandes grupos: o “Direito Ocidental” – subdividido em sistema romano-germânico e da *Common Law*; o “Direito Soviético” (que subsistiria noutros quadrantes, após a queda do Bloco de Leste europeu); “Direitos Religiosos”¹⁴⁵.

5. 6. História Constitucional

Uma monografia de 446 páginas é dedicada à história constitucional portuguesa. Eis a referência: CUNHA, Paulo Ferreira da - **Raízes da República – Introdução Histórica ao Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

Das Ordenações Afonsinas às Manuelinas e Filipinas, do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo republicano, do constitucionalismo autoritário ao constitucionalismo democrático, o essencial ficou iluminado na obra citada no parágrafo anterior.

III. Notas Conclusivas

De um prodigioso constitucionalista foi falado no presente artigo: o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha. Hoje, a ensinar Direito Constitucional (entre outras disciplinas) e a praticar a Justiça (também a constitucional, porquanto todos os juizes em Portugal são juizes de constitucionalidade).

Constitucionalista de raiz, se atentos estivermos às duas primeiras obras de tese – de mestrado e de doutoramento, na Universidade de Coimbra - cujos temas se situam na orla da Ciência do Direito Constitucional.

Trata-se dos seguintes livros:

Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica. Coimbra: 1990. [Tese de Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Políticas – na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra];

Para uma História Constitucional do Direito Português. Coimbra: Almedina, 1995. [Tese de doutoramento em Direito – Ciências Jurídico-Políticas – na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra].

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, fez o Curso Complementar de Direito, Mestrado, Doutoramento e Agregação nesta área científica (Ciências Jurídico-Políticas).

Abriu-se, desde as primeiras obras que antecederam as duas acabadas de referir, a temáticas interdisciplinares e transdisciplinares. E jamais parou.

Comentando o significado de “Justiça” em Ulpiano, ver CUNHA, Paulo Ferreira da - **O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 140-141.

¹⁴⁴ *Id.*, *ibid.*, p. 299.

¹⁴⁵ **Direito Constitucional Geral**. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 166-168.

A vastidão e a enorme qualidade da sua obra escrita e publicada em várias áreas - da Ciência Jurídica, da Filosofia, da Metodologia, da Literatura, das Belas-Artes - revelam-nos um cientista e um pensador não confinado na sua torre dourada e blindada, revelam-nos a genuína ambição de problematizar certezas e de buscar sapiência.

Mas apesar do frenético ir-e-vir entre diversos pólos do saber, o Professor Paulo Ferreira da Cunha regressa sempre ao seu ponto de partida universitário: as Ciências Jurídico-Políticas, a Ciência do Direito Constitucional, injectando-lhes as *vitaminas* de cada um desses pólos por onde peregrinou, destrivualizando-as, fazendo-as planar. E o constitucionalismo ganha asas.

Referências Bibliográficas¹⁴⁶

(consultadas, mas nem todas citadas)

ACHOUR, Yadh Ben / CUNHA, Paulo Ferreira da – **Pour une Cour Constitutionnelle Internationale**. Oeiras: Causa das regras, 2017.

CUNHA, Paulo Ferreira da

- **Introdução à Teoria do Direito**. Porto: Rés, 1988.
- **Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica**. Coimbra: 1990. [Tese de Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Políticas – na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]
- **Para uma História Constitucional do Direito Português**. Coimbra: Almedina, 1995. [Tese de doutoramento em Direito – Ciências Jurídico-Políticas – na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra]
- **Constituição, Direito e Utopia: Do Jurídico-Constitucional na Utopias Políticas**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica, 20, 1996.
- **Arqueologias Jurídicas. Ensaios Jurídico-Políticos e Jurídico-Humanísticos**. Porto: 1996.
- La Restauration Portugaise et sa Théorie Constitutionnelle. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**. Vol. XXVII (1998)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/43/>>
- **Res Publica: Ensaios Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 1998.
- **Mysteria Iuris. Raízes Mitosóficas do Pensamento Jurídico-Político Português**. Porto: Legis, 199
- **Teoria da Constituição II – Direitos Humanos Direitos Fundamentais**. Lisboa/São Paulo: Verbo, 2000.
- **Le Droit et les Sens**. Paris: L'Archer. dif. PUF, 2000.
- **O Ponto de Arquimedes: Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos**. Coimbra: Almedina, 2001.
- Dialog und Kommentar zum Wesen des Strafrechts und seiner Verfassungsmässigkeit. **Dialettico. Appunti di Filosofia del Diritto** (2001)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/9/>>

¹⁴⁶ Estão sinalizadas com um asterisco (*) as obras a que (devido à situação de confinamento ditada pelo estado de emergência/calamidade pública vigente em Portugal, quando este artigo foi redigido) não tive acesso.

- Do Conceito de Constituição na Doutrina Portuguesa Contemporânea (**Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**). Studia Iuridica, 61, Boletim da F.D.U.C, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- **Faces da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2002.
- **O Século de Antígona**. Coimbra: Almedina, 2003.
- **Direitos Humanos – Teorias e Práticas**. Coimbra: Almedina, 2003 (org.).
- **Teoria do Estado Contemporâneo**. Lisboa / São Paulo: Verbo, 2003 (org.).
- **Política Mínima**. Coimbra: Almedina, 2003 [ver também a 2.^a edição, de 2005, actualizada e corrigida].
- **Filosofia do Direito – Primeira Síntese**. Coimbra, Almedina, 2004.
- Desafios da Constituição Europeia à Teoria Constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 6 (2005) Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/37/>>
- **Anti-Leviatã. Direito, Política e Sagrado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2005.
- **Repensar a Política. Ciência & Ideologia**. Coimbra: Almedina, 2005.
- **Novo Direito Constitucional Europeu**. Coimbra: Almedina, 2005.
- **Raízes da República – Introdução Histórica ao Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.
- Um Clássico Contemporâneo do Direito Natural: Natural Law de Maritain, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2006), p. 653-660.
- Política e Direito Numa ‘Utopia’ Contemporânea, **Separata de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**. Coimbra: (2006) Coimbra Editora/FDUL.
- Per-Curso Constitucional – Pensar o Direito Constitucional e o seu Ensino. In **Notandum Libro**. São Paulo: n.º 8 (2006).
- **Direito Constitucional Geral**. Lisboa: Quid Juris, 2006.
- Um Clássico Contemporâneo do Direito Natural: *Natural Law* de Maritain. **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto. Ano III (2006)
- Politeia and Paideia. “Reminiscences” of Western Political Thought in a Reading of Plato’s Politeia. **ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ**. Vol. 36 (2006) Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/4/>>
- Da Constituição do Estado Novo Português. **Revista Electrónica de História Constitucional**. Vol. 7 (2006) Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/16/>>
- **Direito Constitucional Aplicado**. Lisboa: Quid Juris, 2007.
- Desafio Metodológico dos Direitos da Personalidade: categorias e Conceitos. In **Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- **Cidadania e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

- L'Équité: le legs Réaliste Classique et la Pensée de Michel Villey, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2007), p. 403-417.
- Demanda e Vivência de Instituições Portuguesas Fundantes: Teoria e Prática, **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto: (2007), p. 481-496.
- **Direito Constitucional Geral: Uma Perspectiva Luso-Brasileira**. São Paulo: Editora Método, 2007.
- **O Essencial sobre Filosofia Política Liberal e Social**. Lisboa: IN-CM, 2007.
- **O Essencial sobre Filosofia Política Romântica**. Lisboa: IN-CM, 2007.
- Les limites du pouvoir de révision constitutionnelle entre le pouvoir constituant et la constitution matérielle. Une illustration dans le contexte lusophone. **VIIth Constitutional Law World Congress – Athens**. Vol. published in CD and Internet (2007)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/6/>>
- Do Constitucionalismo Brasileiro: Uma introdução histórica (1824-1988). **Historia Constitucional**. Vol. 8 (2007)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/27/>>
- **Direito Constitucional Anotado**. Lisboa: Quid Juris, 2008.
- **Fundamentos da República e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- **O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (1887-1939)**. Lisboa: IN-CM, 2008.
- **O Essencial sobre Filosofia Política Contemporânea (desde 1940)**. Lisboa: IN-CM, 2008.
- **Direito Constitucional e Fundamentos do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- **Da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Osasco, São Paulo: Edifício, 2008.
- Uma Filosofia Constitucional Comum (Luso-Brasileira). São Paulo, Brazil. **1988-2008: 20 Anos da Constituição Cidadã** (2008)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/30/>>
- Human and Fundamental Rights and Duties in Portuguese Constitution. Some reflections. **Prawa Czlowieka**. Vol. 11 (2008)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/5/>>
- Da Constituição Antiga à Constituição Moderna. República e Virtude. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Vol. 5 (2008)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/31/>>
- **Pensar o Estado**. Lisboa: QJ, 2009.
- **Direito Constitucional & Filosofia do Direito**. Porto: Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros (coord.), 2009
- **Geografia Constitucional: Sistemas Juspolíticos e Globalização**. Lisboa: QJ, 2009.
- Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo. **Neoconstitucionalismo** (2009)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/55/>>

- Valores e Virtudes no Aprofundamento do Estado de Direito – uma Perspectiva Luso-Brasileira. **Revista Internacional d’Humanitats**. Vol. 15 (2009)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/12/>>
- **Traité de Droit Constitutionnel. Constitution Universelle et Mondialisation des Valeurs Fondamentales**. Paris: Buenos Books International, 2010. [também em ebook, disponível em WWW:< <http://works.bepress.com/pfc/72/>>]
- **Presidencialismo & Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- **Para uma Ética Republicana**. Lisboa: Coisas de Ler, 2010.
- Revisões Constitucionais Inconstitucionais? **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Vol. 4 Iss. 16 (2010)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/128/>>
- Virtude da Constituição e Virtudes Republicanas. Dourados **Relações Internacionais e Direito. Estudos Multitemáticos** (2010)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/78/>>
- **O Essencial sobre a I República e a Constituição de 1911**. Lisboa: IN-CM, 2011.
- Referendar Estados de Excepção. **A Viagem dos Argonautas** (2011)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/131/>>
- Cultura constitucional & revisões constitucionais. **International Studies on Law and Education**. Iss. 8 (2011) Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/110/>>
- Filosofia e Constituição. Simbolismo das Origens. A Lição de Brotero. **As Artes entre as Letras**. Iss. 49 (2011)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/108/>>
- A Pessoa, o Político e o Cientista em Direito Constitucional. **International Studies on Law and Education**. Iss. n. 7 (2011)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/100/>>
- Direito e Poder em Nietzsche. **As Artes entre as Letras**. Iss. 62 (2011)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/124/>>
- Republicanos ou Publicanos? A Constituição de 1911 e a Concretização da II República. **As Artes entre as Letras**. Iss. n.º 60 (2011) Available at: <http://works.bepress.com/pfc/119/>
- Rousseau, a Constituição de Cádiz e a Renascença Portuguesa. **As Artes entre as Letras**. Iss. n.º 68 (2012) Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/147/>>
- **Constituição & Política: Poder Constituinte, Constituição Material e Cultura Constitucional**. Lisboa: Quid Juris, 2012.
- Brisa de Anomia - Da Constituição Real ao Quotidiano Incompetente. **As Artes entre as Letras**. Vol. n.º 86 (2012)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/169/>>
- Direito Constitucional, Património Cultural. **As Artes entre as Letras**. Iss. 80 (2012) Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/163/>>
- Individualismo, Massas e Direito **As Artes entre as Letras**. Iss. n.º 74 (2012)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/156/>>
- Dos Princípios Positivos & dos Princípios Supremos. **Collatio**. Vol. 11 (2012)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/146/>>

- Principes constitutionnels herméneutiques. **International Studies on Law and Education**. Iss. 10 (2012)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/129/>>
- Principes constitutionnels herméneutiques. **International Studies on Law and Education**. Iss. 10 (2012) Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/129/>>
- Derecho, Utopismo y Valores en la constitución "Ciudadana" Brasileña. **Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Publicas**. Iss. n.º 2 (2012)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/155/>>
- Proibição do Retrocesso e Reserva do Possível: Princípios Constitucionais para tempos de Crise. **A Viagem dos Argonautas** (2012)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/140/>>
- Os Cidadãos e o Sistema Político: Identificação ou Descontentamento? **Revista Internacional d'Humanitats**. Vol. XV Iss. 25 (2012)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/167/>>
- Doenças do Regime Democrático. **As Artes entre as Letras**. Iss. 104 (2013)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/190/>>
- Estado contra Sociedade. **As Artes entre as Letras**. Iss. 112 (2013)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/195/>>.
- A Constituição Resiste. Ainda há Juizes em Lisboa. **InComunidade** - www.incomunidade.com Vol. 11 (2013)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/184/>>
- Nova Defesa da Constituição. **Tribuna**. Vol. 32 (2013)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/186/>>
- Estado e Igreja em Portugal - alguns momentos e perspectivas. **International Studies on Law and Education**. Vol. 15 (2013)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/185/>>
- Novidade e Lição da Primeira Constituição Republicana Portuguesa. **InComunidade**. Vol. Ano 3 Iss. 27 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/215/>>
- **La Constituion Naturelle**. Paris: Buenos Books International, 2014. [também em ebook, disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/205/>>]
- **Constitution et Mythe**. Quebec: Presse de l'Université Laval. 2014.
- Do Contrato Constitucional Real: Perspetivas e prospetivas. **Scientia Iuridica**. Vol. LXIII Iss. 335 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/229/>>
- Sustentabilidade, Democracia e Direito. **As Artes entre as Letras**. Iss. 126 (2014) Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/212/>>
- A igualdade e as suas irmãs valorativas. **Scientia Iuridica**. Vol. LXIII Iss. 334 (2014) Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/208/>>
- Do Neoconstitucionalismo. Entre Práticas e Teorias. Coimbra: **Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício**. Vol. 1 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/221/>>
- Governar Sociedades Complexas. **Tribuna**. Iss. 33 (2014)
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/199/>>

- Cidadania e seus Inimigos. **As Artes entre as Letras** (2017)
Disponível em WWW:<<http://works.bepress.com/pfc/234/>>
- * **Direito Fraternalista. Novo Paradigma Jurídico.** Rio de Janeiro: G/Z, 2017.
- * **Tributo a César. Arte, Literatura & Direito.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- * **Síntese de Justiça Constitucional.** Oeiras: A Causa das Regras, 2018.
- * **Teoria Geral do Estado e Ciência Política.** São Paulo: Saraiva, 2018.
- * **Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito,** 3.^a ed. revista atualizada e aprofundada. Coimbra: Almedina, 2018.
- * **Teoria Geral do Direito. Uma Síntese Crítica.** Oeiras: A Causa das Regras, 2018.
- * **História do Direito,** 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019 (em colaboração com Joana de Aguiar e Silva e António Lemos Soares).
- * **Repensar o Direito Internacional. Raízes & Asas.** Coimbra: Almedina, 2019.
- * **Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito.** 3.^a ed. revista atualizada e aprofundada, Coimbra: Almedina, 2019, reimpressão.
- * **Dicionário de Metodologia Jurídica. Guia Crítico de Fundamentos do Direito.** São Paulo: Tirant Brasil, 2020 (Prefácio de Jean-Marc Trigeaud, Introdução de Lenio Luiz Streck).
- Fundamentos e Desafios Constitucionais na Sociedade da Informação: Subsídios para uma História Jurídica Contemporânea. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte. ano 13, n.º 40: Jan./Jun (2019), p. 17-41.
- Democracia & Civilização.doc. **As Artes entre as Letras.** Vol. 236 (2019).
Disponível em WWW: <<http://works.bepress.com/pfc/242/>>
- **A Constituição da Lísia, Descoberta de uma Utopia.**
Disponível em WWW:<<http://www.hottopos.com/notand12/lisia.htm>>
Consultado em 14.5.2020.
- **Dicionário de Metodologia Jurídica. Guia Crítico de Fundamentos do Direito.** São Paulo: Tirant Brasil, 2020 (Prefácio de Jean-Marc Trigeaud, Introdução de Lenio Luiz Streck).
- * **Crimes & Penas. Filosofia Penal.** Coimbra: Almedina, 2020 (Prefácio de Cândido da Agra).
- * **Filosofia do Direito e do Estado. História & Teorias.** Coimbra: Almedina, 2020.
- Cidadania & Ética – *Relectio* para tempos de *Peste*. **International Studies on Law and Education** 36 Set-Dez 2020 (CEMOrc-Feusp), p. 5-14.

KOSTA, E. KAFFT – **Estado de Direito – O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade.** Coimbra: Almedina, 2007.

VIAN, Boris – **A Espuma dos Dias.** Lisboa: Relógio d'Água, 2013 [do original em francês: *L'Écume des jours*. Gallimard, 1947]

PFC, o Professor (visto pelos olhos de um amigo distante)

Fernando Fiel Barbosa¹⁴⁷

Eu sei que a memória é uma pintura restaurada sem muito respeito pelo original. E também não ignoro que recuperar qualquer coisa que se acantonou no fundo do baú sob o peso de meio século de uma vida intensa, além de não ser tarefa fácil, tem o risco de não encontrar respostas e de ser surpreendido (mais uma vez) pela erosão provocada pelo tempo.

Ou talvez não, talvez o tempo seja um grande escultor como disse Yourcenar.

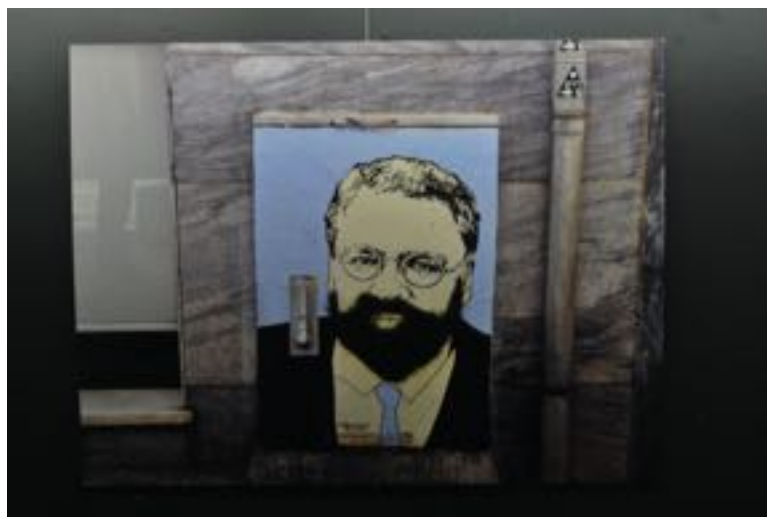
Mas aceitei escrever umas páginas sobre o Paulo. São duas as minhas obrigações e qualquer uma delas suficientemente vinculativa para justificar a tarefa. E a estas obrigações acrescento, fruto dos tempos que correm, uma urgência e um propósito.



O Autor, na inauguração da exposição de PFC, “Fauves”.

Primeira obrigação, a amizade, esse sentimento que não se define, não tem regras, nem se explica mas que permite que dois Sapiens absolutamente diferentes encontrem razões para fazerem algumas coisas em conjunto. Ao que parece esta cooperação fora da família e do bando foi a chave do sucesso da espécie. Acresce que na juventude não há fronteiras e com frequência se desenvolvem amizades bastante improváveis.

¹⁴⁷. Engenheiro Civil.



Retrato de PFC, pelo Autor, na fachada da Galeria “Quadras Soltas”.

Segunda, porque para além da empatia existe a partilha de convicções e valores, a sintonia das prioridades e obrigações éticas, a comunhão de muitas percepções sobre a realidade e por vezes até a tentação conjunta de entrar por caminhos idealistas em direção a uma Utopia que teimou em se agarrar às nossas vidas desobedecendo à tirania do envelhecimento.

A urgência, simples mas contudo poderosa, resulta da certeza de que nestes dias em que a normalidade desabou e o futuro está aberto é tempo de fazer balanços, arrumar o passado, dar sentido ao que vivemos, explicar o que fizemos e fazer as malas rumo ao resto das nossas vidas.

A nossa geração viverá assim a segunda grande oportunidade de mudança. Tivemos a revolução do 25 de Abril no início da nossa idade adulta. Estamos a ter a pandemia dos últimos cem anos antes da velhice chegar.

Se conheci o Paulo por força do efeito disruptivo da primeira destas mudanças a que não ficamos alheios nem passivamente contemplativos não me enganarei se adivinhar que o mesmo se passará agora.

O propósito, esse há muito definido na motivação que nos levava a periodicamente marcar uma conversa, é renovar os nossos esforços para salvar o mundo. Não faria sentido fazer a coisa por menos.

Salvar o mundo é uma nobre missão que a todos diz respeito na justa proporção da sua consciência, sabedoria e determinação. A cada qual a sua parte!

Tenho sempre presente aquela ideia de que uma tempestade pode começar com um bater de asas de uma borboleta e sou quotidianamente inspirado pela frase de Edmund Burke que ouvi pela primeira vez numa leitura numa pequena livraria de Dublin: “ All that is necessary for the triumph of evil is that good men do nothing “ (readings at Sweny’s).

Sou por isso um crente nos pequenos passos desde que perseverantes, resilientes e orientados. Acredito que ao escrever este simples texto que provavelmente só irá ser lido pelo visado posso estar a mexer um grão de poeira que, sabe-se lá como, pode modificar um gesto, que será visto por mais alguém e por aí fora, até fazer deste mundo um lugar um bocadinho melhor para se viver. Afinal é isso que nos faz sonhar e fazer acontecer coisas.



De pé, Arq^os. Nuno Alão e Henrique Fabião, e em primeiro plano o Autor na inauguração da exposição de PFC, “Fauves”.

Começando a remexer nas memórias não consigo dizer quando foi a primeira vez que nos encontramos, mas se tiver que apostar diria que foi na sede do Partido Socialista no Porto no Marquês de Pombal.

Por certo dou apenas que o que me movia era encontrar, pensava eu que no PS seria onde tal era mais provável, um grupo de pessoas que acreditassem nos valores duma social democracia que fizesse de Portugal um país democrático e próspero e acabasse com todo o tipo de misérias que eu conhecia razoavelmente bem. Era na altura um jovem com 20 anos interessado e informado politicamente e sem nenhuma vontade de aderir a nenhuma das cantilenas revolucionárias que faziam os deleites dos filhos da classe média. Entrei com um voluntarismo assumidamente desinteressado e fiz-me disponível para tudo aquilo em que pudesse ajudar. Tinha pouco tempo, muito pouco. Era trabalhador estudante e tentava desesperadamente ser financeiramente independente para me libertar das discussões familiares em que era considerado um perigoso esquerdista. Não demorei muito a dar com o Paulo nas suas múltiplas atividades. Cinco anos mais novo do que eu assumia com total à vontade o seu papel nas tarefas que exercia na Juventude Socialista. Sabia muitas coisas sobre gente do Partido e tinha informações que à época eram relevantes. Reuníamos muitas vezes em salas mais ou menos vazias e desconfortáveis e era sempre o Paulo que fazia a agenda e em abono da verdade era também sempre o Paulo que tinha ideias para fazer coisas que, agora à distância não consigo relembrar. Provavelmente não me interessavam.

Uma das minhas grandes preocupações à época era não existir ninguém da FEUP que fosse militante do Partido Socialista e que pudesse comigo partilhar alguma atividade política ao nível da Associação de Estudantes. Por estranho que agora nos possa parecer a força política com mais aderentes e que viria a dominar a Associação de Estudantes era uma coisa que aos mais novos nada dirá e que se chamava UDP. Mais de metade dos alunos votava naquilo, o que quer dizer que tiveram mais de mil votos. Nada mau para uma faculdade, mas seguramente uma das melhores demonstrações do estado a que tínhamos chegado. A Juventude Socialista praticamente não existia no Porto e para um jovem ser militante da JS era uma coisa muito pouco sexy. Conforme se viu depois, muitos dos que fizeram carreira política à direita do PS começaram por ser Maoístas.

O Paulo parecia pertencer por natureza ou nascimento àquele mundo da militância partidária. Já eu era apenas um voluntário de circunstância para acudir a uma emergência.

Não havia nada mais que nos unisse que não fosse o turbilhão das coisas que aconteciam no País e também ali no seio do Partido que acreditávamos representar a via mais provável para uma sociedade moderna que ambos desejávamos.

Essa era talvez a maior das maturidades políticas que dois jovens portugueses podiam ter naquele período de profundas mudanças. Tínhamos a Europa como referência, e sabíamos que nada havia de democrático, justo, livre, digno, adequado, moderno ou promissor nas liturgias vindas do leste, ou pior ainda dos exemplos de revoluções culturais mais longínquas.

Para além dessa convergência que nos tornava verdadeiras “aves raras” nada mais vislumbro que nos levasse a desenvolver alguma cumplicidade mais ampla.

Mas em boa verdade foi quanto bastou para justificar encontros frequentes num ou noutro café e conversas intermináveis sobre aquilo que nos inquietava. Lentamente foi acontecendo.

O Paulo normalmente desenhava enquanto esperava por mim, e continuava enquanto eu me acomodava depois de chegar sempre esbaforido vindo de outra coisa qualquer. Uma Rosa bem segura num punho fechado ia sendo repetida vezes sem conta e completada mecanicamente. Outros desenhos mais desafiantes e enigmáticos, não sei se para me testar ou apenas porque tal como na Rosa a sua repetição se tenha tornado uma ancora identitária que lhe conferia alguma segurança ou sentido de pertença.

Foram muitas as conversas acaloradas sobre prioridades e urgências que nenhum jovem dos dias de hoje perceberia. Eram conversas datadas, com o tempo da Revolução de Abril sempre em cenário de fundo.

Ele, mais novo cinco anos do que eu, era cem anos mais experiente do que eu em conhecimento daquela sociedade e daqueles personagens que por ali se organizavam nos primeiros capítulos da tomada de poder num Estado que viria a ser democrático.

Aquilo era quase tudo novidade para mim. Donde eu vinha falava-se de trabalho, de negócios, de desporto e de todos os males que ameaçavam o mundo desde o fim da grande guerra. Donde eu vinha pensava-se que enquanto Portugal pudesse continuar na mesma nenhum grande mal nos tocava. O meu avô republicano, aparentemente resignado ao silêncio que tranquilizava a família, semeava em mim a esperança de que a minha geração recuperasse aquilo que a dele perdeu. Foi assim que parti para tentar fazer a minha parte. O Paulo, ao contrário de mim já lá estava quando eu cheguei. Se tal fosse possível eu diria que sempre lá estive, talvez por décadas, apenas esperando a Primavera.

E foi entre conversas de café e outras, madrugada fora, acabadas nas esquinas das ruas já desertas que nos fizemos amigos nessa fase da vida em que as amizades nos ficam coladas para o resto do caminho.

Se diferenças havia quando nos conhecemos talvez essas diferenças se pudessem atenuar ao longo da vida. Mas não foi assim. Talvez mesmo pelo contrário, as vidas que fizemos as tenham acentuado.

Houve um momento, perto do fim da minha militância partidária, em que assumi uma decisão que traçou a minha vida futura. Há muitas encruzilhadas dessas na vida.

Quando estamos desiludidos com alguma coisa só há mesmo dois caminhos possíveis. Ou mergulhamos a fundo no problema e o tentamos resolver, ou nos desinteressamos e partimos para outros futuros. Confesso que foi uma decisão difícil. Entre ficar mais vinculado a uma vida política ou voltar as costas àquele mundo onde pela primeira vez percebi o que era a luta pelo poder.

O desafio para ficar era tentador, havia um princípio de qualquer coisa e em boa verdade eu não tinha nada que me chamasse a outro lado. Mas, tal como noutros momentos da minha vida, decidi pelo meu instinto. Não estava preparado para nenhuma obediência, pelo contrário queria servir apenas o ideal de ter uma vida livre, agora que o futuro era promissor. E parti para ser Engenheiro.

O Paulo concluía o seu curso e iniciava uma brilhante carreira académica onde todos presumimos que se encontrava no seu habitat natural. Suspeito que também ele fez as suas opções baseado em convicções e valores que lhe são essenciais.

A vida foi correndo e ao longo daquele longo túnel, que já atravessei, onde cada dia se segue a outro e todos dão coerência a um percurso, foi-nos sobrando tempo para aqui e ali nos irmos encontrando e trocarmos as nossas visões sobre o estado da Nação.



PFC e o autor assistindo a uma conferência na Galeria “Quadras Soltas”.

Houve um ou outro momento em que empolgados por ideias ou circunstâncias novas ainda admitimos, certamente o que seria um equívoco, abraçar um qualquer desafio em nos voltassemos a encontrar ativamente do mesmo lado duma qualquer barricada. Mas as prioridades não eram essas e felizmente, por muitos desvios do bom rumo que a Pátria possa ter tido, a verdade é que o essencial nunca esteve em perigo pelo que seria um disparate perder tempo com jogos de poder.

Pelo contrário permanecer nas nossas vidas poderá ter sido a decisão mais sábia e mais cívica que poderíamos ter tomado.

Agora cheguei aquela fase da vida em que podemos tentar ser aquilo que sempre quisemos ser e nunca conseguimos e depois de ter regressado dum longo período de ausência no País tenho tido a possibilidade e o privilégio de me encontrar com mais frequência com ele.

Reencontramo-nos como entusiastas das Artes Plásticas e participamos ativamente em ações de divulgação cultural. Descobri que ambos fomos ao longo da vida pintando umas telas.

Afinal havia outra intersecção que não tínhamos ainda detetado. Certamente atraídos de forma diversa pela pintura e em geral pelas Artes Plásticas fomos abrindo janelas para exteriorizar outras emoções.

Tenho por certo que qualquer expressão artística nos revela, porventura mais do que qualquer intimidade social possa fazer. Denunciamos o que nos vai na alma um pouco por tudo o que pintamos: os motivos escolhidos, a paleta de cores, os gestos da pincelada, os contrastes de luz, o desenho e a composição, as preocupações técnicas ou a sua ausência, o tamanho das telas. E, ainda mais revelador, denunciemos o que queremos dizer e o que escondemos.

Talvez por isso e por ter sido curador duma exposição de trabalhos do Paulo o possa ter conhecido melhor do que nunca.

Quanto à urgência provocada pela pandemia e à certeza de que o momento atual despertaria a sua voz acabo de receber, enquanto finalizo este texto, um ficheiro no telemóvel “Estado de emergência e caldos de galinha“, de Paulo Ferreira da Cunha.



PFC e o autor

Não tinha dúvidas. O futuro continua a precisar dele.

Abril de 2020

Reinaldo de Carvalho: mestre não acadêmico de Paulo Ferreira da Cunha

Flávio Miguel Gonçalves Vicente¹⁴⁸

“É muito importante sublinhar que uma coisa é um Mestre e outra um simples docente. O que é correlato do docente e do discente. Uma Universidade de Mestres e discípulos é uma Universidade a sério (...). (...) Quantos Mestres são Mestres? E note-se que se pode ter Mestres que nem sequer estão na linha hierárquica e de montagem da Universidade. É o caso, para mim, de Reinaldo de Carvalho, que foi meu Mestre em Filosofia e Humanidades, sem ter sido meu professor. Sobre ele, escreveu a sua tese de Mestrado Flávio Vicente, sob a minha orientação.”¹⁴⁹

Considero um privilégio e uma honra poder prestar esta homenagem a Paulo Ferreira da Cunha.

Paulo Ferreira da Cunha é claramente uma figura incontornável do mundo académico, jurídico e humanístico. De intelecto e personalidade fascinante, foi na Faculdade de Direito da Universidade do Porto que o conheci. Meu professor e orientador de tese de Mestrado, rapidamente se tornou muito mais do que isso. Tornou-se um Mestre e um amigo que muito respeito e estimo. Foi também meu “coorientador” na tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Escola de Direito da Universidade do Minho¹⁵⁰, e, em 2019, tive ainda o privilégio de integrar como membro o Conselho de Gestão e o Conselho Científico o Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto do qual ele era diretor.

Sendo um escritor multifacetado, e sem prejuízo de outras áreas disciplinares, estimulou essencialmente o meu pensamento crítico para o pensamento jurídico

¹⁴⁸ Doutor em Ciências Jurídicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador JusGov.

¹⁴⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da — *Para um guia metódico do estudante de Direito - Introdução ao espírito universitário dos juristas*, Notandum 40, CEMOrOC-Feusp / IJI-Univ. do Porto, jan-abr 2016, pp. 135-136; Ver, VICENTE, Flávio Miguel Gonçalves — *Direito e Justiça na Obra de Reinaldo de Carvalho*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2012 [tese policopiada]; CUNHA, Paulo Ferreira da — *Desvendar o direito - iniciação ao saber jurídico*, Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 83.

¹⁵⁰ LAUAND, Jean; CAETANO, João Relvão (orgs.) — *Pensar, Ensinar e Fazer Justiça – Estudos em homenagem a Paulo Ferreira da Cunha*, Santo André, Kapenke, 2020, p. 47.

português, a filosofia política, o direito constitucional, os direitos humanos e sobretudo para a metodologia jurídica e a filosofia do direito.

Em 2012, estudando numa das cadeiras de direito a relação entre *Direito e Literatura*, fui “desafiado” a dissertar sobre um de seus Mestres. Assumindo uma clara distinção entre mestre e discípulo e docente e discente¹⁵¹, apresenta-nos como um de seus muitos mestres Reinaldo de Carvalho. Consciente da inovação, do desafio e da tarefa, aceitei com ânimo.

Convidados a ler a obra deste magnífico escritor, trataremos, portanto, de apresentar um breve resumo da vida, obra e pensamento deste ilustre Mestre de Paulo Ferreira da Cunha em Filosofia e Humanidades, e que à maneira socrática também refletiu sobre o Direito.



O autor com PFC. IV Colóquio Jushumanista Internacional (2015): Ensino do Direito e função dos juristas. Tema apresentado: “Mestres e Discípulos” – Um Mestre...até de juristas: Reinaldo de Carvalho.

Reinaldo Pinto de Carvalho (14-9-1930 / 08-10-2008) nasceu na freguesia de Parambos, concelho de Carrazeda de Ansiães, distrito de Bragança. Licenciado em Ciências Histórico Filosóficas pela Faculdade de Letras da Universidade do Porto, foi uma figura proeminente no Porto nos domínios da cultura, da literatura, da ciência e da política. É no pós- 25 de abril de 1974 que mais demonstra o seu entendimento acerca do mundo que o envolve e suas relações.

Veio estudar para o Porto com dez ou onze anos. Nesta cidade, prosseguiu estudos e ficou conhecido, entre os seus colegas de Liceu, como “aquele que sabia ‘Os Lusíadas’ de cor”¹⁵². A paixão por esta obra vai acompanhá-lo até ao fim dos seus dias. Com uma sólida formação na área da Filosofia e das Humanidades, exerceu sobretudo a

¹⁵¹ CUNHA, Paulo Ferreira da — *Para um guia metódico do estudante de Direito - Introdução ao espírito universitário dos juristas*, Notandum 40, CEMOrOC-Feusp / IJI-Univ. do Porto, jan-abr 2016, p. 136.

¹⁵² Reinaldo de Carvalho apresenta Camões como “*O Indesejado*” daqueles que nada percebem o génio do mestre, o povo continua cego como sempre fora e, a Camões como génio desbravando a realidade dos acontecimentos, estaria Reinaldo convencido que era o autor dos autores por excelência? Cf. CARVALHO, Reinaldo de — *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994, pp. 31-32.

atividade de escritor e editor¹⁵³, embora centrado na investigação multifacetada, já que Reinaldo de Carvalho se denominava um “sobrevivente no mundo”. Produto de autodidatismo, motivado por uma necessidade quase compulsiva de buscar saber, sobretudo nos livros, os seus fiéis companheiros durante toda a vida, centra a sua atenção no domínio da literatura, da escrita, da cultura, da ciência, da arte¹⁵⁴, da história, da sociologia, da filosofia, da política, da justiça, do direito, da vida, do Homem e da Humanidade. Encontramos no autor um profundo investigador nas mais diversas áreas do saber. Inclusive no domínio da Química: reservado numa garagem no Porto durante 2 anos, acaba por descobrir um composto químico que revelou especial interesse a uma empresa sul-americana e à qual cede a patente da descoberta. O autor foi ainda administrador no Grupo Borges; convidado para integrar uma lista partidária para Presidente da Câmara do Porto e, posteriormente, teve um convite para um cargo governamental.



João Caetano, Rui Pedroto, PFC e o autor

Ambicionando suprir a insuficiência, em língua portuguesa, de publicações culturais com profundidade atual, e pretendendo, em última análise, orientar o leitor à *última cultura*¹⁵⁵, escreveu vários artigos e legou-nos sete obras fundamentais: *Irena*, Crisos, Porto, 1953; *Culturalismo*, Crisos, Porto. [s.d.]; *Partidos e Pessoas*, Rés, Porto, 1975; *Terras Pardas*, Rés, Porto, 1978; *Lugar à Poesia*, Rés, Porto, 1994; *Percurso Mental*, Rés, Porto, 1997; *Pensamento Actual* (Direção), vol. I, Crisos, Porto, [s.d.].

Colaborou ainda com: Paulo Ferreira da Cunha — *História da Faculdade de Direito de Coimbra*, Porto, Rés, 1991, 5 vols. Edição Comemorativa do VII Centenário da Universidade, patrocinada pela Faculdade de Direito de Coimbra e prefaciada por Orlando de Carvalho.

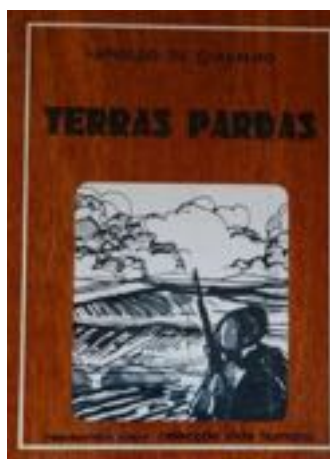
Para o autor, a importância da Literatura era vital! Não concebia a vida sem ler, nomeadamente os grandes mestres da literatura universal, perscrutadores da natureza humana, nas suas contradições e inesgotável complexidade. Tinha especial apreço pela obra de Eça de Queirós e de Ramalho Ortigão “*As Farpas*”. As influências que debruçavam sobre si eram variadíssimas, desde as suas vivências pessoais, em meios distintos — rural, urbano, académico, empresarial, político, etc., à extensíssima cultura livresca e clássica que possuía. As influências foram, por isso mesmo, as mais variadas, teóricas e práticas. Reinaldo de Carvalho afirmava que tinha aprendido muito com os outros, mas que tinha aprendido ainda mais consigo próprio, entenda-se, com as reflexões

¹⁵³ Reinaldo de Carvalho foi fundador da Editora Rés.

¹⁵⁴ Proprietário de uma empresa de vitrais na cidade do Porto, ceder o espaço e seus respetivos materiais para estimular a inovação e a liberdade criativa da arte nos estudantes de Belas Artes da Universidade do Porto.

¹⁵⁵ CARVALHO, Reinaldo de (Direção) — *Pensamento Actual*, vol. I, Porto, Crisos, [s.d.], contracapa.

que toda esta amálgama de experiências e conhecimentos suscitavam, nomeadamente sobre o Homem e o seu existir em Sociedade.



Terras pardas, romance de R.C.

Apesar de todo o ceticismo com que encarava a natureza humana, parece justo afirmar que nunca deixou de ser, por princípio, um humanista, entendendo: «A sociedade, como um meio necessário; o Homem, como fim inesquecível.»¹⁵⁶. Facto que o leva a descrever, e também a interpretar, o domínio problemático social, acabando por se render, após o romance (social), à poesia. Afirmava: «Poesia só a sente quem a tem.»¹⁵⁷. Neste estilo literário, agradava-lhe não só a forma, mas talvez sobretudo o modo como o conteúdo se apresenta condensado: um «jorro de sentimentos com razão»¹⁵⁸. Por isso mesmo, afirma: 'Poesia é — *tem que ser!* — Filosofia'. E é com a mesma convicção que pergunta: «É a poesia filosofante / ou é poética a Filosofia?»¹⁵⁹ — um «dilema irrelevante» que correlaciona duas expressões máximas do génio humano: a *Poesia* e a *Filosofia* como expressão das relações sociais, da vida e do Homem.

Metodologicamente sustentado em quatro dimensões filosóficas fundamentais: *Sistemia; Basculação; Equilibricidade e Intermutância*, cria um sistema filosófico a que chama *MEZOR*¹⁶⁰. Neste sistema filosófico, problematiza o percurso interno e externo da realidade que nos é apresentada, pensada, desbravada e sentida; resultante do conhecimento, na revolta e na resignação; problema sujeito-objeto. Pretende, assim, demonstrar a sua utilidade prática no que respeita ao pensamento no ato de decisão, no entendimento e abordagem do real. Evidenciando, portanto, um conflito do interno com o externo, a saber, o sentimento intrínseco do indivíduo perante o que nos é dado pelas

¹⁵⁶ CARVALHO, Reinaldo de — *Partidos e Pessoas*, Porto, Rés, 1975, p. 165.

¹⁵⁷ *Idem* — *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994, p. 80.

¹⁵⁸ *Idem, Ibidem*, p. 7.

¹⁵⁹ *Idem, Ibidem*, p. 8.

¹⁶⁰ Recorrendo a raízes gregas atribui o vocábulo *mecânica, organização e balança* para compor a expressão *MEZOR*, tentando assim representar o envolvimento de fatores e fenómenos utilizando instrumentos mecânicos como factos. «A ideia de balanceio, que um Z medidor exprime, pretende indicar tanto a interdefinição de um sistema como a extradefinição que o envolve, motiva e sustenta. Produto de aturado trabalho experimental, com participação de saberes vários e uso de técnicas avulsas, o exemplar produzido, de tão imperfeita execução, nem sequer pode ser considerado um protótipo. Em todo o caso, vai servindo para ilustrar ideias de outro modo imperceptíveis. Sob um ponto de vista utilitário, o sistema *mezor* parece enfileirar no mundo instrumental como fonte energética amplamente disseminável, na forçosa dependência de acertos e dimensões convenientes. No campo teórico, *mezor* materializa um princípio que, respeitando a integridade da matéria, explora soluções que a excedem.», CARVALHO, Reinaldo de — *Percurso Mental*, Porto, Rés, 1997, pp. 84-85.

convenções e relações com o exterior que convergirá no problema da «origem do mundo, o sentido da existência, a razão de ser das coisas, a causa das causas, o fim dos fins, o existir, o ser... e outras questões que tais acompanham-nos como parte integrante nossa caracterizam-nos no que somos, dão-nos a medida que temos.»¹⁶¹:

«único patriotismo dignificante é aquele sentimento bem humano de corporizar, por necessidade de restrição afectiva, num conjunto de criaturas, com quem se partilham afinidades de natureza e mentalidade, os mais elementares impulsos altruístas. Assim ficará o essencial desejo humanitário mais fixo e preciso, sem perder-se tanto nas vagas aspirações duma custosa solidariedade universal.»¹⁶²

Indagando sobre o conceito de *felicidade* nos termos aristotélicos, não deixa de sublinhar a ideia de que “a palavra felicidade soa como uma expressão de calma e íntima plenitude de bem-estar”¹⁶³. Uma via panorâmica que determinou gerir a nossa pesquisa em três dimensões problemáticas essenciais e convergentes: o problema da cultura; o problema da política e, por fim, o problema da justiça.

Consideramos, nestes termos, que Reinaldo de Carvalho condensa todas as reflexões acerca dos temas referidos na sua obra numa mesma interrogação maior: *o que é o Homem?*

O autor¹⁶⁴ assume-se como o percussor nacional de uma *filosofia culturalista*. Admite como evidência que a *mãe da cultura* não é esta ou aquela inclinação, mas tão-só a chamada *Inteligência*. Apresenta como definição de Cultura a atualidade humana; a inteligência de outros atuante; a alteridade da cultura, pelo que é técnica, estilo diversificado, saber como ferramenta, é evidência como pensamento em potência, não é um dogma estético; contanto, vai fluir numa incessante procura intelectual, diferenciada na sua qualidade e substituída pela inteligência. Está, portanto, no conjunto de conhecimentos válidos, a última sabedoria. Pelo que, sem uma cultura (inteligência dos outros atual e atuante) e uma cultura política associada a uma política cultural eficaz, determinada e exata do conhecimento das realidades sociais, surtirão numa problemática de consensos, sem visão estratégica, segura e concretamente realizável, portanto sem inclinação para o *bem comum*. Via pela qual defende a ideia de que «é na Cultura que reside toda a esperança humana. Ciência, Literatura, Arte dimanam da Cultura. A perfeição na Justiça, a segurança na Moral, a extinção do sofrimento, só da cultura hão-de vir»¹⁶⁵.

Apresenta o seu conceito de *filosofia da cultura* e de *dignidade humana* como a via pela qual se observa na criação literária três respiros naturais: a obra em si, a condição da autoria, a ressonância pública, e, daqui, se julgará as dimensões problemáticas da literatura e da identidade social; o problema da crítica literária; a religião como direito subsidiário do Homem; o problema da legitimidade (absoluta) da ciência; o direito à língua portuguesa: da escrita, propriamente dita (solução) e, por fim, o problema dos universais.

No domínio da *problemática da política*, enquadrando sobretudo uma visão sobre a Ciência Política e a sua dimensão na democracia em Portugal, apuramos que apesar de o autor entender os partidos políticos como «agrupamentos de pessoas, ao redor de ideias

¹⁶¹ CARVALHO, Reinaldo de – *Percurso Mental*, Porto, Rés, 1997, p. 7.

¹⁶² *Idem* — *Culturalismo, Romance Primeiro*, Porto, Crisos, [s.d.], pp. 49-50.

¹⁶³ *Idem* — *Irena*, Porto, Crisos, 1953, p. 257.

¹⁶⁴ *Idem* — *Culturalismo, Romance Primeiro*, Porto, Crisos, [s.d.], pp. 267-270; *Idem* — *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994, pp. 59-60; *Idem* — *Terras Pardas*, Porto, Rés, 1978, p. 5.

¹⁶⁵ CARVALHO, Reinaldo de — *Culturalismo, Romance Primeiro*, Porto, Crisos, [s.d.], p. 270.

políticas realizáveis», manteve sempre muitas reservas quanto à sua real possibilidade de funcionamento de forma fiel aos ideais perfilhados, convicto de que é difícil ultrapassar um dilema de base, que claramente enuncia: “*partidos ou pessoas?*”. É este, aliás, o enquadramento para várias outras questões daqui decorrentes como, por exemplo, a de saber se «existirão, porventura, bons partidos, com partidários ruins?». A resposta não tarda: «(...) o futuro da sociedade está mais no que forem as pessoas do que os sistemas»¹⁶⁶, sejam eles políticos, jurídicos, etc. Acima da Justiça, do Direito, da Política e dos Partidos “estão [sempre] as pessoas”¹⁶⁷ e nada deverá a elas sobrepor-se. Neste sentido, também «o movimento partidário tem muita razão de ser, desde que não prejudique uma qualidade maior, que dá por um nome — assas conhecido e pouco respeitado — *Humanismo*»¹⁶⁸:

«Como já vos disse, estais aqui a armar-vos, e a maneira como utilizardes essas armas exprime a vossa influência, por elas mesmas tornada mito útil ou grandemente pernicioso. Podeis escolher condutas: viver honestamente, o que não vale tanto como se cuida, porque o homem cheio de honradez se tem um trabalho inútil é sempre daninho; explorar abertamente os outros, o que nunca deixará de ser odioso; aproveitar o melhor das nossas faculdades no esforço sério para o progresso humano, o que em nada é fácil, e raramente seduz. *Os homens que coisa nenhuma ajudam a Humanidade estão irremediavelmente condenados a prejudicá-la, e aqueles que de algum modo estorvam o caminho que leva à extinção de todos os sofrimentos que ainda a atormentam indicam os seus piores inimigos.* Pela instrução de cada um se avalia a responsabilidade neste caso.»¹⁶⁹

Centrado na ideia original de *garante constitucional da promessa eleitoral ao abrigo de uma ética comum*¹⁷⁰, reserva como modelo os princípios, meios e fins da atividade política, das instituições, dos partidos políticos e das pessoas no seio da máquina e do sistema partidário, a necessidade de interpretar a vontade, os valores, fins, deveres e virtudes da realidade cultural e social através de uma autêntica interpretação que resulta sobretudo da autenticidade e expressividade da *pessoa*. Assim, recorre sobretudo a uma via *ontológico-interpretativa* para problematizar e solucionar divergentes e convergentes problemáticas como: política cultural e cultura política; o partidário; o problema do arbítrio e da liberdade: individual e partidária; da relação entre arbítrio e liberdade na atividade partidária; a representação e expressividade partidária: a transparência política; da apetência à competência.

Considerando sempre a dimensão da ipseidade e tendo sempre como referência a ideia de *Cultura, Poder, Política, Estado, Lei, Direito, Justiça, Constituição, Instituições* — ideias que auxiliam os estudos da ciência política e das quais também integram as ciências jurídico políticas e jurídico filosóficas (entre outras) — revelam ao autor que a relação intrínseca entre o *Poder político* e *Poder judicial* e a *militância política* é sempre um problema dimensional hermenêutico e complexo. É sob o tema “*Julgue quem cuida: cuide quem julga*”¹⁷¹ que oferece a sua crítica ao positivismo jurídico, mas sobretudo ao

¹⁶⁶ *Idem* — *Partidos e Pessoas*, Porto, Rés, 1975, p. 101.

¹⁶⁷ CARVALHO, Reinaldo de — *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994, p. 161.

¹⁶⁸ *Idem*, *Ibidem*, p. 166.

¹⁶⁹ *Idem* — *Culturalismo, Romance Primeiro*, Porto, Crisos, [s.d.], p. 46.

¹⁷⁰ *Idem* — *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994, pp. 21-81; *Idem* — *Culturalismo, Romance Primeiro*, Porto, Crisos, [s.d.], pp. 49-50.

¹⁷¹ CARVALHO, Reinaldo de — *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994, p. 129.

poder legislativo e ao poder judicial: alega que o problema resulta essencialmente dessa “tola pretensão de ministrar a Justiça”, sendo inegável a necessidade de «ainda que com error.../outros males impedir.../uma justiça existir...»¹⁷², no fundo, um “mal menor”, cuja aplicação sempre encarou com bastantes reservas e dúvidas.

Dos seus estudos conclui que o *ser-consciente* que se revela num animal político aristotélico também se aplica por inerência ao *ser-juiz* enquanto ser de confrontações e de divergências individuais de convicções e de ideologias políticas. Descurando a prossecução dos interesses públicos em benefício¹⁷³ dos interesses políticos (mas também privados e/ou coletivos), resulta daqui um efetivo conflito de interesses que, por sua vez, colocará em causa a realização da Justiça. Portanto, o *ser-juiz* tem de primar por estatuir uma personalidade jurídica fundada em valores, virtudes e princípios éticos. Dilemas sempre contemporâneos e complexos que aqui são examinados sobre a dimensão *problemática da justiça* em Reinaldo de Carvalho.

O autor vai refletir sobre o *Direito* e a *Justiça* procurando contribuir não só com uma antologia de autores que considera chaves mestras para desenvolver a inteligência, o conhecimento e a sabedoria neste domínio, mas também através de obras de sua autoria para servir esse propósito. Considerando que a literatura deve refletir sobre o real e para o real, vai apresentar as suas reflexões e inflexões sobre a lei natural e a lei positiva; a culpa; as desigualdades sociais; a mulher (social); a propriedade (rural); o urbanismo; a justiça mediática e a justiça imediata: no adultério, e nas relações pais e filhos; a simbologia e a semiótica dos tribunais; a prática judiciária (*stricto sensu*): do inquérito policial a testemunha; do julgamento: das perguntas e respostas.

Sustentando ideais de solidariedade universal, de fraternidade, de direitos humanos, de dignidade humana, de direitos constitucionais, liberdades e garantias do cidadão, apresenta como primado o *Direito Natural* sobre o *Direito Positivo* ao abrigo de uma hermética da *identidade*, da *autenticidade* e da *expressividade cultural*¹⁷⁴. Defende que a justa solução da aplicação do direito positivo passa, *grosso modo*, por uma harmonização entre *Direito Natural* e *Direito Positivo*. Para se atingir esta harmonia que possibilitará estatuir uma perfeita justiça, deve o homem inicialmente passar por um processo de culturalização através da educação como emancipação da pessoa humana e ao abrigo de um conhecimento atual e revisado.

O primeiro princípio que o autor¹⁷⁵ invoca como garante da menor suspeita e crítica no exercício da justiça é a *imparcialidade* e a *honestidade* do magistrado. Não descuro outros princípios éticos e morais, alega que é na imparcialidade e na honestidade que a *personalidade do juiz* deve fortemente estar vinculada. Sendo ao juiz que se exige a interpretação, a aplicação e a decisão dos preceitos legais, alega que é na tríade jurídica de *certeza*, *segurança* e de *rigor jurídico* que o juiz deve procurar alcançar essa verdade dos factos que ao acusado é imputado para arbitrar e aplicar uma justa sentença. A inclinação natural do juiz, afirma, não é ostentar a grandeza ou o poder que a profissão lhe atribui¹⁷⁶, mas somente vincular-se à inclinação natural de aplicar a justiça não descuro essa sua dimensão moral e ética. Reduzindo, assim, esse permanente conflito entre *Poder e Honestidade*.

¹⁷² *Idem, Ibidem*, p. 134.

¹⁷³ *Idem, Ibidem*, pp. 91-98.

¹⁷⁴ *Idem* — *Terras Pardas*, Porto, Rés, 1978; CUNHA, Paulo Ferreira da — *Revista Fides, Direito e Humanidades*, Porto, Rés, 1990.

¹⁷⁵ CARVALHO, Reinaldo de — *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994, pp. 63-95.

¹⁷⁶ *Idem, Ibidem*, pp. 130-131.



PFC e o autor em um Colóquio na Fundação M. A. Mota

Reinaldo de Carvalho unifica, assim, o seu pensamento em três domínios de extrema importância: na *Cultura*; na *Política* e na *Justiça*. Concentrando como primeiro motor, causa primeira e última do primordial Direito Natural, a *Cultura*, como força motriz do Homem perante a vida e o mundo. Sendo a *Cultura* o Direito *a priori* e *a posteriori* ao Homem consubstanciado, adquirido através da inteligência dos outros (como conhecimento/sabedoria), atribuído e positivado pela lei através dos homens mais inteligentes, precedido na política e atual (no presente e no porvir) redundará no verdadeiro retrato da justiça, melhor, na possibilidade da *perfeição da Justiça*. Logo, primando como *direito de emancipação cultural do povo*. A chave do sucesso está identificada no conhecimento e na Literatura, esta como instrumento de combate à ignorância é o único veículo para o sucesso do objetivo concreto e realizável que é a perfeição da justiça. Pelo que só sustentando uma literatura social se culminará na efetiva garantia da Cultura.

A *Justiça* fundamenta-a na senda dos dois anteriores domínios: cultura e política, como sendo atingível e concretizável, desde que sustentada num processo de culturalização e interpretando a identidade, a autenticidade e a expressividade cultural das gentes. As noções, como conhecimento provisório e atual, serão o instrumento do garante para extinguir a possibilidade da falibilidade humana e aplicabilidade das leis. Consistindo o método da culturalização numa implementação de métodos educativos não impositivos, não doutrinários e muito menos ideológicos, culminando num adquirir sabedoria, sabedoria que é inteligência dos outros desaguados em nós e em nós despertadas. Atuante, pois só pela política se pode garantir a realização desses pensamentos atuais, na medida em que há material e matéria obsoleta que obnubila a consciência e por extensão culminam na criação de leis degradantes poderá o homem atingir a perfeição da justiça. E para se proporcionar este objetivo basta harmonizar o Direito Natural e o Direito Positivo.

A sua *Teoria do Direito* passa, *grosso modo*, por um melhor conhecimento das realidades sociais, onde subsumiríamos da ordem e do facto social e que, por extensão, suportados no Direito Natural, na ética e na moral, na dignidade, liberdade, igualdade, fraternidade/solidariedade, equidade, autenticidade, expressividade, proibidade, garantias e respeito humano, fixar-se-ia uma “rígida” interpretação e aplicação da lei através do direito positivo, sobretudo no domínio da justiça penal já que este domínio se manifesta num problema de preceitos institucionais e preceitos de pessoas, num estado obsoleto e alheios à realidade social, isto é, a lei como fim e limite do Homem. Só concluídos os domínios problemáticos da cultura e da política, valores e convicções, se poderá caminhar para uma identidade de perfeição da justiça, ideia natural e fundamental que se impõe à consciência do Homem, culminando nesse ideal de pleno uso dos direitos, liberdades e garantias do cidadão.

Para concluirmos esta breve exposição sobre este grande mestre de Paulo Ferreira da Cunha, nada melhor que apresentar *ipsis verbis* a sua noção de professor e de mestre:

«O que é afinal, o professor perfeito, e qual a vocação de professor? O gostar dos alunos ou do Ensino? O cabedal de conhecimentos? A simpatia pessoal? A persuasão? Tudo isto será convinável, mas insuficiente. Por mais meritória a pessoa de mestre, um método pedagógico excelente supre tudo o mais. O que é pois a vocação do professor? Acima de tudo o impulso lúcido de divulgar, sem proselitismo, quantos conhecimentos vão surgindo. O homem divulga tão vigorosamente como constrói uma casa, pinta um quadro, compõe uma música. Divulgar é pois uma maneira de criar, por aspersão. E as divulgações são criações nos espíritos, impalpáveis e duradouras, sem que nelas directamente possa rever-se o criador. E que se exige do professor assoldado? Uma serventia de lupa, colocada entre livros e estudantes. Pretender mais será elevá-lo a professor de criação, divulgador de si mesmo — arriscá-lo mais a inclinar o ensino. Mas, se apresentando algum cabedal próprio nunca o sobrepuser ao alheio, ele mostrar-se-á juntamente admirável e respeitável. O professor nato — com a tal vocação de divulgar — necessita até dum certo afastamento do humano, contrário aos conceitos actuais. A compreensão, pessoal fará dele excelente companheiro; porém só com certo alheamento dos casos individuais se elevará para compreensão mais válida — a da Humanidade. O professor que vê nos alunos outra coisa que não seja material de construção arrisca-se, humanamente, a ser tocado por todas as inclinações mais elementarmente humanas. Assim surgem as simpatias e as aversões, as condescendências e os rigores — enfim, toda a casta de impulsos que ressumam do convívio de homens com homens. Antes das pessoas, o professor verá o conjunto humano, de que as criaturas presentes apenas exprimem uma representação mínima, e portanto remota. Ainda para lá das qualidades dos alunos se apreciem as da cultura; porque, segundo o estofa da cultura assim brotará a natureza dos alunos. Sendo a Cultura única preocupação do professor, os alunos recebê-la-ão pelo que ela é e não pelo que sejam eles. Que, o professor, por sê-lo, cria a obrigação de ilustrar-se ilimitadamente, já que divulgar sem amplidão de conhecimentos será restringir os espíritos à curteza deles.»¹⁷⁷

Referências bibliográficas:

CARVALHO, Reinaldo de — *Culturalismo, Romance Primeiro*, Porto, Crisos, [s.d.].

_____, *Irena*, Porto, Crisos, 1953.

_____, *Lugar à Poesia*, Porto, Rés, 1994.

_____, *Partidos e Pessoas*, Porto, Rés, 1975.

_____, *Pensamento Actual*, vol. I, Porto, Crisos, [s.d.].

¹⁷⁷ CARVALHO, Reinaldo de — *Culturalismo, Romance Primeiro*, Porto, Crisos, [s.d.], pp. 244-245.

- _____, *Percurso Mental*, Porto, Rés, 1997.
- _____, *Terras Pardas*, Porto, Rés, 1978.
- CUNHA, Paulo Ferreira da — *Desvendar o direito - iniciação ao saber jurídico*, Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 83.
- _____, *Para um guia metódico do estudante de Direito - Introdução ao espírito universitário dos juristas*, Notandum 40, CEMOrOC-Feusp / IJI-Univ. do Porto, jan-abr 2016, pp. 135-136.
- _____, dir., Revista Fides, *Direito e Humanidades*, Porto, Rés, 1990.
- LAUAND, Jean; CAETANO, João Relvão (orgs.) — *Pensar, Ensinar e Fazer Justiça – Estudos em homenagem a Paulo Ferreira da Cunha*, Santo André, Kapenke, 2020, p. 47.
- VICENTE, Flávio Miguel Gonçalves — *Direito e Justiça na Obra de Reinaldo de Carvalho*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Porto, 2012 [tese policopiada].

A Circularidade dos Direitos Fundamentais: uma observação autopoietica

Germano Schwartz¹⁷⁸

Introdução

A idéia central do presente ensaio diz respeito à possibilidade de uma análise dos direitos fundamentais a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos desenvolvida por Luhmann. Nesse sentido, organiza-se o texto em duas fases:

(a) a primeira, apresentando-se uma noção de autopoiese dos sistemas sociais não como um processo radical (Luhmann), mas como um fenômeno gradativo (Teubner) ou específico do Direito (Clam). Com isso, não se pretende reescrever Luhmann e sim, de forma desafiadora, propor uma nova roupagem às suas idéias que restam, todavia, atreladas ao corpo original;

(b) a segunda, em que se objetiva demonstrar como os direitos fundamentais são percebidos pelo sistema social do Direito. Dessa forma, demonstra-se a possibilidade dos usos criativos dos paradoxos que o sistema jurídico possui para a sua continuidade.



PFC e o autor

Resta, ainda, um objetivo intrínseco: perscrutar a possibilidade de um uso prático da teoria luhmanniana em países da periferia da sociedade global, bem como, ao mesmo

¹⁷⁸ Reitor da UniRitter. Professor do Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter. Doutor em Direito (Unisinos). Pesquisador produtividade em pesquisa do CNPq. Pesquisador Gaúcho (FAPERGS).

tempo, intentar desconstruir alguns mitos criados pelo imaginário dos juristas brasileiros em relação à autopoiese e ao próprio autor (Luhmann).

2. A Autopoiese do Sistema Social do Direito.

A sociedade é composta de sistemas. Tal afirmação é um pressuposto gnosiológico no pensamento luhmanniano¹⁷⁹ da mesma maneira que uma abordagem a partir da teoria dos sistemas autopoieticos entende existir uma co-relação essencial entre sistemas e entorno.

Nessa linha de raciocínio, na visão de Teubner¹⁸⁰, a autopoiese do sistema jurídico pode ser entendida a partir da metáfora da *order from noise* ou da *order from music*. Ocorre que as condições de factibilidade da autopoiese jurídica advém de um manancial de *inputs* e *outputs* que beiram a impossibilidade de sua compreensão. Afinal, como é possível conseguir ordem a partir do barulho ou desde um ambiente musical?

Na idéia de autopoiese aplicada ao Direito é fato que o sistema jurídico recebe influências do meio que o cerca. Luhmann, inclusive, refere que inexistir outro subsistema social que esteja em tamanha relação de co-dependência com os demais subsistemas¹⁸¹. A questão reside, portanto, em filtrar essa miríade comunicacional em um ponto que traduza a diferenciação do sistema jurídico perante os demais sistemas sociais.

Uma das bases da autopoiese do Direito é a necessidade do sistema jurídico desempenhar uma função específica no sistema social. Somente assim, mediante sua diferenciação funcional¹⁸², é que o sistema jurídico desempenha relevante papel de redução de complexidade. Na hipótese de haver perda de identidade funcional, o Direito deixa de ser Direito e passa a ser qualquer outra coisa, menos Direito. Isso gerará, por consequência, mais complexidade para o sistema social¹⁸³.

A função do sistema jurídico em uma teoria dos sistemas sociais autopoietico é, em grandes linhas, produzir decisões capazes de estabilizar as expectativas acerca da norma lançadas pelo próprio sistema jurídico e pelos demais subsistemas sociais. Essas expectativas são adjetivadas de normativas justamente porque são observadas desde o ponto de vista interno da operatividade jurídica.

No entanto, ao contrário do que se propaga em solo brasileiro¹⁸⁴, tal idéia não pode levar à conclusão de que o sistema jurídico é um sistema fechado em si mesmo. Ao

¹⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema : la ambición de la teoría*. Paidós : Barcelona; Instituto de Ciências de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona : Barcelona, 1990, p. 41.

¹⁸⁰TEUBNER, Gunther. As Duas Faces de Janus : Pluralismo Jurídico na Sociedade Pós Moderna. In: _____. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba : UNIMEP, 2005, p. 82-83.

¹⁸¹“Legal system for its part is probably more dependent than any other subsystem on receiving impulses.” LUHMANN, Niklas. Communications about Law in Interaction Systems. In: KNORR-CETINA; CICOUREL, A. V. (eds) *Advances in Social Theory and Methodology : Toward and Integration of Micro and Macro-Sociologies*. Boston : Routledge & Kegan Paul, 1981, p. 234.

¹⁸²Para um maior detalhamento da diferenciação funcional do sistema jurídico, consulte-se SCHWARTZ, Germano. A Fase Pré-Autopoietica do Sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, L.S; ____; CLAM, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005, p. 49-86.

¹⁸³“Sans le droit, sous sa forme positive (ou positivée, faudrait-il dire), la société serait incapable de réguler l'infinité d'interactions libérées par la différenciation fonctionnelle de ses domaines de communication”. CLAM, Jean. *Droit et Société chez Niklas Luhmann. La Contingence des Normes*. Paris : PUF, 1997, p. 132.

¹⁸⁴Essa é a linha de pensamento esposada por STRECK. Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica : uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002, p. 133, nota de rodapé 8: “O Direito é entendido apenas como funcionalmente estabilizador de expectativas de comportamentos. Ou seja, o sistema jurídico passa a ser um redutor de complexidades, desengatado de todos os demais sistemas sociais de ação”. Em sentido contrário, reforçando o teor argumentativo aqui despendido, veja-se CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo : Max

contrário. Paradoxalmente, o sistema jurídico é fechado porque é aberto e é aberto porque é fechado¹⁸⁵. Mas como isso será possível de ser realizado e de que forma tal pressuposição não gera um nível ainda maior de complexidade nos subsistemas sociais diferenciados?

É necessário resgatar uma das bases da teoria dos sistemas sociais autopoieticos : a distinção sistema x entorno (ambiente). Essa é a condição primeira da autopoiese do sistema jurídico. Ao mesmo tempo em que resta inserido no ambiente, e, portanto, está predisposto aos seus condicionamento, ele é um subsistema social com características próprias e adquiridas mediante aquisição evolutiva avaliada dentro do próprio sistema social.

O sistema jurídico é, portanto, uma unidade de distinção entre ele próprio e o ambiente circundante. Não é nem um e muito menos o outro. Ao mesmo tempo é ambos. Esse é o famoso ponto cego que a teoria dos sistemas autopoieticos pretende desvelar. A propósito, na esteira da afirmativa de Teubner¹⁸⁶, a afirmação de que a justiça é um conceito que não importa ao sistema jurídico não subsiste. A justiça é, concretamente, em Luhmann¹⁸⁷, a complexidade do sistema jurídico, a resposta interna ofertada perante os avanços externos.

Nessa senda, a autopoiese do sistema jurídico depende de uma clausura normativa tanto quanto de uma abertura cognitiva¹⁸⁸. Essa aparente contradição é, de fato, condição de evolução do sistema, uma vez que as trocas recíprocas operadas mediante a distinção inicial do sistema x entorno somente são possíveis a partir dessa necessária interação. É a condição ambígua¹⁸⁹ do sistema jurídico.

Para Clam¹⁹⁰, inclusive, suscita-se, a partir dessa premissa, uma hipótese de evolução de co-originalidade entre Direito e Sociedade, que não se situa única e exclusivamente na hipótese de funções únicas de cada subsistema. A autopoiese é o fator que estimula e possibilita a (re)criação da especificidade jurídica, por ser um paradigma muito mais abrangente do que o funcionalismo.

Limonad, 2002, p. 167: “Antes de mais nada, afaste-se a idéia de que um sistema autopoietico seja algo semelhante a um sistema puro. No plano jurídico, por exemplo, seria enganoso equiparar o fechamento operativo do sistema à pureza metodológica sustentada por Kelsen. Sublinhe-se que, para Luhmann, o direito é um sistema social, cognitivamente aberto, estruturalmente acoplado a outros sistemas e que estabelece contatos com o ambiente”.

¹⁸⁵LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo : Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann : do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 64.

¹⁸⁶TEUBNER, Gunther. Economia da Dádiva – Positividade da Justiça : “Assombração” Mútua entre Sistema e *Différance*. In: _____. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba : UNIMEP, 2005, p. 70- 71: “Ao contrário dos propagados preconceitos, Luhmann não abandona a justiça como um ferro velho de idéias européias antiquadas, mas coloca-a no lugar central de sua teoria, não mais como critério interno para a decisão de casos concretos, tampouco como a norma interna mais elevada do direito ou como valor moral ou político externo, pelo qual o direito deve se orientar, e sim como fórmula de contingência do direito, como relação do direito com seu ambiente”.

¹⁸⁷LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gessellschaft*. Frankfurt : Suhrkamp, 1997, p.214.

¹⁸⁸Essa idéia é básica para o entendimento da teoria luhmanniana aplicada ao Direito. Com grande especificidade a respeito da temática, consulte-se TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

¹⁸⁹ Segundo CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação*. São Leopoldo : Unisinos, 2006, p. 38-39: “Uma tese que se encontra formulada já nos primeiros trabalhos de Luhmann em sociologia do direito é a da geração simultânea do crescimento correlato de ambos os valores do sistema jurídico: direito e não-direito. No tratado ora em questão, Luhmann também faz referência a essa sentença paradoxal e designa o dado concreto por ele apontado de “ambigüidade do direito””.

¹⁹⁰Idem, p. 68-70.

Dessa maneira, importa registrar, na linha de Paterson¹⁹¹, que a clausura normativa significa que o sistema jurídico define seus elementos a partir de sua própria lógica. Assim, essa clausura configura-se como uma auto-reprodução do próprio Direito desde a unidade de diferença que ele forma com o ambiente. Ao mesmo tempo, para o restante dos subsistemas, a clausura normativa permite a compreensão do *Recht* e do *Unrecht*. Tal comunicação estabiliza o sistema social, reduzindo *noise* e permitindo *order*.

De outro lado, a abertura cognitiva é a forma pela qual o sistema jurídico consegue dar vazão ou importar comunicações de caráter jurídico. Dito de outra forma: a cognição aberta do sistema tem como objetivo coordenar o processo de auto-produção com o entorno englobantes.

Com isso, tem-se que o sistema jurídico é autônomo e autorreferencial. Novamente, o que se assemelha a uma impossibilidade transmuda-se em condição de possibilidade. Possui auto-referência, que não se confunde com autopoiese¹⁹², porque, dentro de sua clausura normativa, o Direito necessita possuir circularidade e reflexividade. Contém autonomia, pois, em sua abertura cognitiva, é necessário que o sistema jurídico deve se distinguir dos demais sob pena de perda de suas características próprias e de aumento de complexidade social.

A autonomia citada, por sua vez é permitida pelo Código (*Recht/Unrecht*). Em qualquer subsistema, sua binariedade é o que possibilita a evolução¹⁹³. Ele diferencia o sistema do entorno e, simultaneamente, amalha o ruído externo, decodificando-o a fim de que ele seja – ou não- amelhado para a lógica interna do sistema jurídico. Essa função seletiva é absolutamente indispensável para a autopoiese.

Dessa forma, o código abarca o Não-Direito, e, portanto, todas as expectativas sociais direcionadas ao Direito. A unidade do Direito se dá, também, em um valor proveniente de outros sistemas¹⁹⁴, como é exemplo a produção legislativa, fruto do sistema político. Portanto, o código transforma toda comunicação em comunicação jurídica, ou, melhor dito, judicializada, pois, mesmo que negue uma natureza de Direito, ela retorna ao ambiente com uma seleção redutiva: Não-Direito. A partir daí o próprio sistema social se torna mais consistente¹⁹⁵.

Nessa linha de raciocínio, tem-se um paradoxo. O Direito é o Não-Direito e vice-versa. É o programa, pois, que viabiliza uma desparadoxização do fato de o Direito estar amarrado ao Não-Direito. O programa é o equivalente funcional do código, o outro lado da moeda. O Código é invariante. O programa não. Ao contrário. Assim, *programmes defines what is 'correctly' legal and 'correctly' ilegal*¹⁹⁶. Luhmann¹⁹⁷, nesse sentido refere que aquilo que se compreende como Direito:

¹⁹¹PATERSON, John. Reflecting on Reflexive Law. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*. Oxford – Portland Oregon : Hart Publishing, 2006, p. 16-20.

¹⁹²De acordo com TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoiético*, 1989, p. 38-52, a auto-referência diz respeito a todas as maneiras de recursividade e de circularidade. Já a autopoiese aborda a auto-produção de todos os componentes do sistema.

¹⁹³Cf. LUHMANN, *La Ciencia de la Sociedad*, 1996, p. 407.

¹⁹⁴LUHMANN, *Das Recht der Gessellschaft*, 1997, p. 40 e seguintes.

¹⁹⁵CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, L.S; SCHWARTZ, G. _____. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005, p. 119: “O código bloqueia a normação selvagem e rarefaz o acesso ao sistema como pré-condição para restitui-lo mais consistente e mais performante”.

¹⁹⁶PATERSON, Reflecting on Reflexive Law, 2006, p. 18.

¹⁹⁷ LUHMANN, *Das Recht der Gessellschaft*, 1997, p. 226-227.

(1) se duplica, reafirmando-se enfaticamente e convertendo-se na tautologia “Direito é Direito”;

(2) Com a introdução da negativa, ocorre um paradoxo: “O Direito de uma parte é um Não-Direito da outra”;

(3) Para o sistema social tanto o Direito de um quanto o não-Direito de outro são componentes operativos de sua lógica. Incluindo-se outra negação haveria um antagonismo: “O Direito de um não é o Não-Direito de outro”;

(4) Dessa maneira, tanto aquele que está como o que não está, contam com o estatuto jurídico (temporal ou socialmente).

(5) Esse antagonismo é solucionado pelo programa, ou seja, quando se cumprem as condições indicadas e os pressupostos estabelecidos pelo próprio sistema jurídico. Com isso, torna-se possível observar o paradoxo constituinte do Direito: “Direito é Direito” ao mesmo tempo em que “Direito é não é o Não-Direito”.

O programa do sistema jurídico é, portanto, a diferença que dá unidade ao código. Seu caráter contrafático¹⁹⁸ especifica sob quais condições é correto ou incorreto determinar o *Recht* ou o *Unrecht*. Logo, somente esta diferenciação (código x programa) tem a capacidade de outorgar as formas designativas das operações que *acoplan y desacoplan el medio*¹⁹⁹ e que vão levar à recursividade contínua da procura pelo Direito (Não-Direito). Com efeito, o Direito é uma realidade codificada inacabada cujo sentido é produzido mediante uma distinção unitária entre o que ele é o que ele não é.

Observa-se, assim, uma autopoiese particular aplicada aos sistema jurídico, denominada por Clam²⁰⁰ de autopoiese específica do Direito (ou autopoiese derivada) e observada por Teubner a partir da compreensão de um hiperciclo²⁰¹. Para este²⁰², a autopoiese é (a) autoprodução dos componentes sistêmicos; (b) automanutenção autoprodutiva (hiperciclos) e (c) autodescrição como regulação da autoprodução.

Há, portanto, no sistema jurídico, uma autopoiese de segundo grau, baseada na perturbação advinda da dicotomia sistema x entorno. A auto-observação e a auto-constituição tomam relevo²⁰³, por serem elementos que possibilitam a renovação e produção contínua de novos elementos para o sistema jurídico. Na fórmula anunciada por Teubner²⁰⁴:

les sous-systèmes sociaux gagnent une autonomie croissante lorsque les composantes systémiques (élément, structure, processus, identité, limite, environnement, performance, fonction) sont définies auto-référentiellement dans le sous-système (=auto-observation), lorsqu'en outre ces auto-observations sont utilisées de façon opérationnelle dans le système en tant qu'auto-descriptions (=auto-constitution), et lorsqu'enfin les

¹⁹⁸ROCHA, Leonel Severo. Três Matrizes da Teoria Jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 1998-1999*. São Leopoldo : Unisinos, 1999, p. 130-131.

¹⁹⁹LUHMANN, *La Ciencia de la Sociedad*, 1996, p. 137.

²⁰⁰CLAM, *Questões Fundamentais...*, 2006, p. 159.

²⁰¹ Esclareça-se que tanto a proposta de Teubner quanto de Clam não são aceitas por Luhmann, uma vez que para este a autopoiese é um projeto radical, sem subdivisões (subautopoieses). Todavia, são tentativas de aplicação, na prática, da teoria luhmanniana com um corte específico na questão do Direito, o que lhes torna altamente interessante para os operadores do Direito.

²⁰² TEUBNER, Gunther. *Droit et Reflexivité. L'auto-référence em droit et dans l'organisation*. Paris : L.G.D.J.; Belgique : Bruylant, 1996, p. 235-239.

²⁰³ Idem, p. 245.

²⁰⁴ Ibidem, p. 247.

composantes systémiques auto-constituées sont enchainées entre elles em se produisant réciproquement, dans um hypercycle (=autopoiese).

Dentro dessa perspectiva, a positividade do Direito possui uma relação recíproca com os atos e normas jurídicas, formando uma cadeia reflexiva cujos elementos compreendem, ainda, a doutrina e os procedimentos jurídicos²⁰⁵, além de todo e qualquer ato que possa ser designado como Direito a partir de seu código binário.



Livro coordenado pelo autor, com participação de PFC

É possível, pois, constatar que a autopoiese do sistema jurídico contempla uma noção de positividade bastante ampla, tornando possível sua co-evolução e co-originalidade (em relação ao sistema social e aos demais subsistemas parciais). Nessa perspectiva, de circularidade evolutiva, analisa-se a perspectiva da autopoiese em relação aos direitos fundamentais.

3. A Autopoiese dos Direitos Fundamentais.

Partindo-se de uma conceituação simples, mas aceita pelos operadores do Direito²⁰⁶, de que os direitos fundamentais encontram-se inseridos dentro de um texto constitucional, importa perscrutar o papel desempenhado pela Constituição em um sistema jurídico autopoietico.

Nessa linha de raciocínio, a Constituição, na teoria luhmanniana, factibiliza o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico²⁰⁷. Como resposta típica da lógica da política a Constituição é um produto da auto-referência daquele sistema. No entanto, quando parte integrante do sistema jurídico, a Constituição toma o importante papel de filtrar as comunicações provenientes do entorno (onde existem outros

²⁰⁵ TEUBNER, *Droit et Reflexivité...*, 1996, p. 254.

²⁰⁶Veja-se, a respeito da problemática da precisão conceitual dos direitos fundamentais, SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004. 4ªed. p. 33-41.

²⁰⁷ LUHMANN, *Das Recht der Gessellschaft*, 1997, P. 96-97. Para uma visão abrangente das relações estruturais entre o sistema político e o sistema jurídico, consulte-se ZYMLER, Benjamin. *Política & Direito : uma visão autopoietica*. Curitiba : Juruá, 2002.

subsistemas diferenciados – Política-), juridicizando²⁰⁸ o *noise*, possibilitando, assim, *order*.

Luhmann adverte que tudo que pode ser classificado como *Unrecht* é confirmado, nas normas positivas, pelo direito constitucional²⁰⁹. Ele reconhece, enquanto membrana do sistema jurídico, aquilo que é Direito e tudo que não é direito (*Unrecht*). Paradoxalmente, portanto, a Constituição é a norma que, para o sistema jurídico, possibilita sua clausura e o abre de forma cognitiva.

Dessa forma, o Direito também pode ser observado como unidade de diferença entre o direito constitucional e o restante do Direito²¹⁰. O Direito está orientado conforme a Constituição. Ou está de acordo ou está em desacordo²¹¹ com o texto constitucional. Na primeira hipótese, a auto-referencialidade segue seu ciclo normal, e as decisões de caráter constitucional permeiam o sistema, reconstruindo-o. Na segunda, também ocorrerá a autopoiese, porém de forma negativa: o que está em desacordo com a Constituição reafirma o Direito por não ser Direito.

A hipótese luhmanniana de observação da Constituição é de uma co-relação entre esta e a sociedade. A idéia, portanto, é de uma Constituição como aquisição evolutiva de determinada sociedade, reconhecedora de diferentes realidades constitucionais²¹² em uma sociedade global, idéia incorporada, por exemplo, na última obra de Canotilho²¹³, que, explicitamente, assevera ter construído sua interconstitucionalidade a partir de um recorte luhmanniano.

É, portanto, dentro desse quadro descritivo que a teoria dos sistemas sociais autopoieticos permite, na linguagem de De Giorgi²¹⁴, uma memória de futuro para os direitos fundamentais a partir da concepção de Constituição enquanto aquisição evolutiva de uma sociedade. As condições da auto-descrição, auto-referência e abertura cognitiva dos direitos fundamentais fazem, também, parte da reflexividade do sistema jurídico.

É por isso que, segundo Luhmann²¹⁵, os direitos fundamentais restam conectados com a complexidade das circunstâncias. São observados de acordo com sua diferenciação binária original (*Recht/Unrecht* – Constitucional/Inconstitucional). Os direitos fundamentais são, assim, o correlato da abertura cognitiva de uma determinada sociedade que pretende se orientar em direção ao futuro²¹⁶.

Nessa senda, não resta difícil de afirmar que a autopoiese do sistema jurídico é essencial para o estabelecimento da função dos direitos fundamentais no referido

²⁰⁸ Afirma FARÍAS, Raúl Zamorano. Política y Derecho en la Periferia de la Sociedad Moderna (de cómo en América Latina la ley se acata pero no se obedece). *Justiça do Direito*, v. 20, n.1, 2006. Passo Fundo : UPF Editora, p. 33: “El constitucionalismo, es decir, la autonomía, imperio y operatividad del derecho, crea y organiza el poder del Estado, despolitizando la política a través de la juridificación”.

²⁰⁹ LUHMANN, *Das Recht der Gessellschaft*, 1997, p. 32.

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. La Constitution comme Acquis Évolutionnaire. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.22, Paris : PUF, 1995, p. 117.

²¹¹ Conforme LUHMANN, Idem, 1995, p. 114., a idéia de Constituição “transforme l’idée déjà possible selon laquelle tout droit pourrait être conforme ou contraire au droit em l’idée selon laquelle tout droit est ou bien conforme à la constitution ou bien lui est contraire.”

²¹² A respeito, afirma, categoricamente, LUHMANN, Niklas. Operational Closure and Structural Coupling : the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, v.13, 1991-1992, p. 1425-1426: “Hierarchical societies of the past, of course, had a different law than modern society, and the constitutional realities in the United States differ from constitutional realities in Brazil. No doubt, but also, no objection”.

²¹³ Veja-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Brançosos” e *Interconstitucionalidade : itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional*. Coimbra : Almedina, 2006, p. 267, nota de rodapé 9: “Detecta-se que estamos a utilizar sugestões de claro recorte luhmanniano”.

²¹⁴ DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo : Quartier Latin, 2006, p. 68-69.

²¹⁵ LUHMANN, *Das Recht der Gesselschat*, 1997, p. 115-116.

²¹⁶ Sobre a questão do necessário ajuste entre o tempo do direito e o tempo da sociedade, veja-se OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa : Piaget, 1999.

subsistema parcial da sociedade. Assim, os processos operativos autopoieticos são garantidores dos direitos (fundamentais). Como afirma Clam²¹⁷:

A autopoiese do direito não é fundamental só porque representa a autopoiese sobre cuja base irá repousar a estabilidade normativa e a congruência das expectativas sociais. Ela o é também porque seus processos operativos são processos de validação jurídica e de legitimação (isto é, de “garanting rights”).

O *Recht/Unrecht* na autopoiese dos direitos fundamentais exerce o papel de co-originalidade entre Direito e Sociedade já explicitado. Nesse sentido, por exemplo, a questão do direito da igualdade necessita, para sua afirmação de sua violação²¹⁸. O cumprimento da igualdade depende, em grande escala, da valoração da desigualdade²¹⁹. Por outro lado, quanto maior a igualdade, maiores as chances de descobrimento de desigualdades (remanescentes ou novas). Dito de outra forma: a inclusão gera a percepção da exclusão.

Tem-se, assim, a impossibilidade da satisfação dos direitos fundamentais pelos métodos tradicionais da dogmática constitucionalista clássica, uma vez que, baseada em conceitos rígidos, especialmente, na produção legislativa e sua conseqüente conexão estatal. Ora, a forma de estabelecimento dos direitos fundamentais não pode supor uniformidade²²⁰, devendo respeitar as características evolutivas de cada sociedade.

Luhmann²²¹ diz que uma atuação intensa do Poder Judiciário²²² na efetivação dos direitos fundamentais deve ser entendida como critério decisório a embasar a dinâmica autopoietica e organizacional do sistema jurídico. Nessa lógica, os direitos fundamentais expressam valores:

A Constituição, sem identificar-se com nenhuma das diversas – e muitas vezes contraditórias – concepções de mundo vigentes na sociedade e, de certo modo, contemplando-as todas, na forma de direitos fundamentais de várias “gerações”, viabiliza a continuidade da diferenciação sistêmica e a intensificação das comunicações intra e intersistêmicas²²³.

²¹⁷ CLAM, *Questões Fundamentais...*, 2006, p. 183.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desmembramento. *Themis*, Fortaleza, v.3, n.1, 2000.

²¹⁹ Para CLAM, *Questões Fundamentais...*, 2006, p. 128: “Quando, em um determinado âmbito, a igualdade foi formalmente realizada a tal ponto que, para a continuação de sua promoção, restaria apenas ainda eliminar a pluralidade natural do substrato dos que têm os mesmos direitos, então a exigência de igualdade se estende para além desse âmbito e dos grupos interessados nela. Ela reclama a inclusão de grupos limítrofes no seu quadro formal cada vez mais estrito... À medida que essa sensibilidade cresce com a realização da própria igualdade, a desigualdade é produzida concomitantemente com rigor cada vez maior pela igualdade. Isto vale para a mesma forma para o par “direito-não-direito”.

²²⁰ Conforme defende, em sua obra, HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre : SAFE, 1991.

²²¹ LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come Istituzione*. Cura e Introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Panarale. Bari : Dedalo, 2002, p.303.

²²² Essa intensa atuação é feita na lógica autopoietica, bem como descreve ROCHA, Leonel Severo Rocha. Tempo e Constituição. *Direitos Culturais*, v.1, dez/2006. Santo Ângelo : EdiUri, 2006, p. 189: “A validade das legislações depende das decisões que as aplicam de uma forma interpretativa (jurisprudência) e essa interação demonstra que a legislação é um acoplamento entre o sistema jurídico e o sistema político, estando a legislação na periferia do sistema, enquanto que os Tribunais se encontram no centro deste”.

²²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciencia Juridica*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 194 – 195.

Dessa maneira, para o sistema jurídico autopoietico, a função decisiva dos direitos fundamentais pode ser observada pela lógica negativa, como bem sustenta Martínez²²⁴:

(1) Os direitos fundamentais não se baseiam em seu caráter emotivo, como sustenta o realismo jurídico;

(2) Os direitos fundamentais não são um desabafo idealista nem se destinam a fins utópicos, dificilmente realizáveis em sua totalidade;

(3) Tampouco possuem função ideológica, preenchida por discursos vagos e tendenciosos;

(4) Também não se limitam a tornar presentes no Direito as exigências sociais e históricas, sendo, entretanto, uma aquisição evolutiva do sistema social;

(5) Não possuem um caráter ético, como se estivessem sendo convocados a moralizar o Direito;

(6) Não traçam uma ponte de união entre o direito natural e o direito positivo, estabelecendo uma zona ambígua onde os positivistas podem falar de valores e se tornarem mais juristas;

(7) Não são o reduto último das verdades no Direito.

A partir dessas observações, tem-se que o centro do Direito não está exclusivamente no caráter ético, nem no caráter normativo-kelseniano da concepção dos direitos fundamentais. Essas posições requerem uma visão hierárquica do Direito e da sociedade, enquanto, na visão luhmanniana, parte-se de uma visão policêntrica, recursiva e circular²²⁵, que remete a uma nova fundamentação para os direitos fundamentais.

Na visão sistêmico-luhmanniana, os direitos fundamentais são componentes imprescindíveis da dinâmica da diferenciação social, operando desde o plano inter-sistêmico até o plano intra-sistêmico do Direito, em atuação lógica essencialmente jurídica. São, portanto, como ressalta Martínez²²⁶, programas de decisão que fazem referência ao código binário do sistema jurídico (Direito/Não-Direito) e não ao código Moral/Imoral, estabelecendo, pois, uma contingência própria.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais são peça-chave da operatividade, da securidade, e da superveniência de um Direito que pretenda se desenvolver em uma sociedade altamente complexa e diferenciada. São eles que tornam possível o estabelecimento – quando não os são eles próprios – critérios decisórios mais racionais para o sistema jurídico.

Trata-se, pois, de colocar o Direito em marcha. De colocar o Direito em ação por intermédio de uma decisão, abandonando o caráter declaratório dos direitos fundamentais, proclamados na *Bill of Rights* norte-americana e na Revolução Francesa. Dessa forma, como refere Luhmann²²⁷,

²²⁴ MARTÍNEZ, Jesús Ignacio. La Función de los Derechos Fundamentales en la Teoría de Sistemas de N. Luhmann. *Laws and Rights – Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1991, p. 639 e seguintes.

²²⁵ Para maiores aprofundamentos sobre a idéia de circularidade do Direito, sugere-se a leitura de OST, François; VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une Théorie Critique du Droit*. Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987, p. 183 e seguintes.

²²⁶ MARTÍNEZ, La Función de los Derechos Fundamentales..., 1991, p. 639.

²²⁷ LUHMANN, *I Diritti Fondamentali come Istituzione*, 2002, p. 307.

l'analisi sociológica potrebbe aiutare la dogmatica dei diritti fondamentali a liberarsi dall'idea d'ingerenza e di limite, a riconoscere meglio la complessità e l'eterogeneità dei problemi relativi a tali diritti e a trasferire una parte dell'onere di attuazione e di specificazione dall'amministrazione della giustizia alla legislazione.

O sistema jurídico estabelece seus valores próprios, mudando-os a partir de sua comunicação com o entorno desde sua lógica interna. Os direitos fundamentais, por seu turno, respondem à necessidade da racionalidade sistêmica do Direito, baseados noções de contingência e de complexidade. Nesse sentido, caso os direitos fundamentais fossem tratados única e exclusivamente como produções normativas, concreção jurídica de valores e/ou o ponto de cruzamento entre o direito natural e o direito positivo, estar-se ia aumentando complexidade e diminuindo-se a racionalidade sistêmico-jurídica.

Em uma sociedade funcionalmente diferenciada e altamente complexa, os direitos fundamentais tornam-se “fundamentais”, pois tornam possível a separação do Estado frente aos demais subsistemas sociais, que possuem sua própria dinâmica. Nessa esteira, relembra Martínez²²⁸, que os direitos fundamentais impedem invasões na intimidade da pessoa, na estrutura do sistema econômico, no funcionamento da ciência, na dinâmica das religiões, entre outras, o que suporia um sério risco de regressão social. Salienta, ainda, o mesmo autor²²⁹, que os direitos fundamentais

no sólo aseguran indiferencia frente al exterior sino también, en tanto que elementos constructivos y estructuradores, diferenciación interna del Estado impidiendo que el derecho sea un medio entre otros del sistema político, como en el caso de los totalitarismos.

Assinale-se, portanto, que os direitos fundamentais são um complexo jogo de filtros (na relação com o exterior) e de diferenciação interna do sistema jurídico. São, pois, limites técnicos que, por si mesmos, não alcançam diferenciação funcional própria. Todavia, onde há um substrato histórico e sociológico, possibilita-se-lhes a oportunidade de atuarem como válvulas de securidade diante das tendências expansivas do sistema político.

Eis, portanto, a valia essencial da autopoiese dos direitos fundamentais: preservar seu caráter fundamental a partir de abertura cognitiva. Daí que, na teoria dos sistemas sociais autopoieticos, *os direitos fundamentais somente são fundamentais porque não são fundamentalistas* (fechados) em sua relação com o ambiente que os cerca.

Considerações finais

A partir do argumentado, o Estado, mediante os direitos fundamentais, fica impossibilitado de criar ambientes sociais autônomos, estendendo-se tal impossibilidade a estruturas de comunicação com sensibilidade própria²³⁰. Logo, o Estado somente pode assegurar a diferenciação do sistema jurídico em relação ao sistema político. Com isso, resta preservada a possibilidade de produção de diferença.

²²⁸ MARTÍNEZ, Jesús Ignacio. *La Función de los Derechos Fundamentales...*, 1991, p. 643.

²²⁹ MARTÍNEZ, Jesús Ignacio. *La Función de los Derechos Fundamentales...*, 1991, p. 643.

²³⁰ Com maior percuciência, veja-se TRINDADE, André. *Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoietica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006, p. 132-133.

Por outro lado, ficam os direitos fundamentais compreendidos em sua lógica paradoxal fechado/aberta. Ao mesmo passo, encontram-se amealhados em um mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes integradas. Essa característica lhes permite auto-regularem-se a partir das inovações carreadas pelos novos contextos sociais.

Ademais, os direitos fundamentais não são dados prévios, mas sim conquistas evolutivas do sistema social. São uma instituição de ordem social, como quer Luhmann²³¹, um acontecimento no sistema social, uma rede de expectativas de comportamento que possuem um papel efetivo e que estão baseados, quando vistos sob o aspecto de sua produção legislativa, em um consenso.

Ainda de acordo com Luhmann²³², a orientação da função social dos direitos fundamentais deve possibilitar ao Poder Legislativo uma atuação política responsável, ao mesmo tempo, em que o Poder Judiciário deve ter, em tais direitos, pressupostos de decisão. Com isso, o Judiciário pode-se ocupar amplamente dos problemas sociais que possam ser justiciáveis e/ou abrangidos pelos direitos fundamentais²³³, de vez que se tornarão elementos do sistema jurídico quando amealhados de seu entorno pelo código específico do Direito.

Nessa linha de raciocínio, no sistema jurídico, os direitos fundamentais criam tensões, problemas que necessitam de soluções, empreendendo antinomias com efeito dinamizador do próprio sistema. Assim, os direitos fundamentais informam e conformam²³⁴ o sistema jurídico, exigindo dele uma resposta que o (re)cria a partir de seus próprios elementos²³⁵, como é o caso, entre outros, do direito fundamental à saúde²³⁶, do direito ao meio-ambiente²³⁷ e do direito à educação²³⁸.

Referências bibliográficas

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo : Max Limonad, 2002.

²³¹ Como defende o autor em NIKLAS, *I Diritti Fondamentali come Istituzione*, 2002, especialmente no último capítulo desta obra, intitulado “Sociologia e Dogmatica dei Diritti Fondamentali.”

²³² Idem, p. 306.

²³³ Desmente-se, pois, a falácia da neutralidade luhmanianna no tocante à modificação social via Direito. Basta verificar sua afirmação sobre o Poder Judiciário em Idem: “In tal senso può occuparsi più ampiamente della soluzione dei problemi sociali che sottendono ai diritti fondamentali.”

²³⁴ Cf. MARTÍNEZ, Jesús Ignacio. *La Función de los Derechos Fundamentales...*, 1991, p. 649.

²³⁵ Afirma LUHMANN, op. cit., p. 305: “Pertanto, l’attuazione dei diritti fondamentali è affidata ai cittadini dotati di coscienza giuridica che, all’occorrenza, ricorrono in giudizio e l’esplicitazione fedele del loro contenuto è rimessa al potere giudiziario.”

²³⁶ Uma abordagem da temática pode ser encontrada em SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

²³⁷ Sobre a questão do meio-ambiente como direito fundamental na teoria sistêmica, interessante estudo é feito por SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba : Juruá, 2006.

²³⁸ Conforme obra de Luhmann sobre o tema. LUHMANN, Niklas. *Il Sistema Educativo : problemi de riflessività*. Roma : Armando Editore, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade : itinerários dos discursos sobre historicidade constitucional*. Coimbra : Almedina, 2006

CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, L.S; SCHWARTZ, G. _____. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

CLAM, Jean. *Droit et Société chez Niklas Luhmann. La Contingence des Normes*. Paris : PUF, 1997.

CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade. Contingência, Paradoxo, Só-Efetuação*. São Leopoldo : Unisinos, 2006.

DE GIORGI, Rafaelle. *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo : Quartier Latin, 2006.

FARÍAS, Raúl Zamorano. Política y Derecho en la Periferia de la Sociedad Moderna (de cómo en América Latina la ley se acata pero no se obedece). *Justiça do Direito*, v. 20, n.1, 2006. Passo Fundo : UPF Editora.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo : Saraiva, 1997. 2ªed.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciencia Jurídica*. São Paulo : Saraiva, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre : SAFE, 1991.

LUHMANN, Niklas. Operational Closure and Structural Coupling : the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, v.13, 1991-1992.

LUHMANN, Niklas. A Restituição do Décimo Segundo Camelo : Do Sentido de uma Análise Sociológica do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. *Niklas Luhmann : do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. Communications about Law in Interaction Systems. In: KNORR-CETINA; CICOUREL, A. V. (eds) *Advances in Social Theory and Methodology : Toward and Integration of Micro and Macro-Sociologies*. Boston : Routledge & Kegan Paul, 1981.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gessellschaft*. Frankfurt : Suhrkamp, 1997.

LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come Istituzione*. Cura e Introduzione di Gianluigi Palombella e Luigi Pannarale. Bari : Dedalo, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Il Sistema Educativo : problemi de riflessività*. Roma : Armando Editore, 1988.

LUHMANN, Niklas. *La Ciencia de la Sociedad*. México, DF : Universidad Iberoamericana; Guadalajara : ITESO; Barcelona : Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. La Constitution comme Acquis Évolutionnaire. *Droits – Revue Française de Théorie Juridique*, n.22, Paris : PUF, 1995.

LUHMANN, Niklas. O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desmembramento. *Themis*, Fortaleza, v.3, n.1, 2000.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema : la ambición de la teoría*. Paidós : Barcelona; Instituto de Ciências de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona : Barcelona, 1990.

MARTÍNEZ, Jesús Ignacio. La Función de los Derechos Fundamentales en la Teoría de Sistemas de N. Luhmann. *Laws and Rights – Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1991.

OST, François. *O Tempo do Direito*. Lisboa : Piaget, 1999.

OST, François; VAN DE KERCHOVE, M. *Jalons pour une Théorie Critique du Droit*. Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1987.

PATERSON, John. Reflecting on Reflexive Law. In: KING, Michael; THORNHILL, Chris. *Luhmann on Law and Politics. Critical Appraisals and Applications*. Oxford – Portland Oregon : Hart Publishing, 2006.

ROCHA, Leonel Severo Rocha. Tempo e Constituição. *Direitos Culturais*, v.1, dez/2006. Santo Ângelo : EdiUri, 2006.

ROCHA, Leonel Severo. Três Matrizes da Teoria Jurídica. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. 1998-1999*. São Leopoldo : Unisinos, 1999.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004. 4ªed.

SAVEEDRA, Giovani Agostini. *Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, Germano. A Fase Pré-Autopoiética do Sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, L.S; ____; CLAM, J. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito Ambiental e Sustentabilidade*. Curitiba : Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica : uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

TEUBNER, Gunther. As Duas Faces de Janus : Pluralismo Jurídico na Sociedade Pós Moderna. In: _____. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba : UNIMEP, 2005.

TEUBNER, Gunther. *Droit et Reflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Paris : L.G.D.J.; Belgique : Bruylant, 1996.

TEUBNER, Gunther. Economia da Dádiva – Positividade da Justiça : “Assombração” Mútua entre Sistema e *Différance*. In: _____. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba : UNIMEP, 2005.

TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TRINDADE, André. *Os Direitos Fundamentais em uma Perspectiva Autopoiética*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

ZYMLER, Benjamin. *Política & Direito : uma visão autopoiética*. Curitiba : Juruá, 2002.

O novo paradigma hermenêutico no constitucionalismo e os “insights” de Paulo Ferreira da Cunha

Glauco Barreira Magalhães Filho²³⁹

É uma honra participar de uma obra em homenagem ao estimado professor Paulo Ferreira da Cunha. Somos todos enriquecidos pela pluralidade de temas que são tratados em seus livros e pela habilidade que possui de fazer conexões interdisciplinares. Aproximo-me principalmente de suas abordagens sobre Direito Natural, Hermenêutica e Direito Constitucional. Tive o privilégio de ter capítulo de sua autoria em obra de que fiz apresentação e também escrevi um capítulo. Refiro-me ao volume I de “Estudos do Imaginário Jurídico” publicado pela Lumen Juris. Fui organizador do volume II da mesma obra, que toma o nome da disciplina que criei para o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, da qual sou professor.

Também participamos juntos numa mesma mesa de palestras em 2009 no III Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais.

Aproveito agora esse momento para apresentar algumas reflexões sobre a disciplina que leciono (Hermenêutica Jurídica), buscando *insights* e convergências com as lições de Paulo Ferreira da Cunha.

Da Hermenêutica Jurídica à Hermenêutica Constitucional

A hermenêutica já foi tida como sinônimo de interpretação, arte de interpretação e teoria científica da interpretação. A primeira concepção nos veio da Antiguidade Clássica, a segunda ganhou relevo na Idade Média e a terceira surgiu da tentativa de fortalecer o status das ciências do espírito ou da cultura. No âmbito jurídico, a hermenêutica aparece como teoria científica e como arte da interpretação da norma²⁴⁰ conjuntamente.

Interpretar uma norma jurídica significa fixar-lhe o sentido e alcance. O sentido nunca pode ser presumido como claro para dispensar a interpretação (*In Claris Cessat Interpretatio*), pois a afirmação da clareza da norma é uma conclusão de interpretação.

²³⁹ Bacharel e Mestre em Direito (UFC), Bacharel em Teologia (UMESP), Doutor em Sociologia (UFC), Livre Docente em Filosofia do Direito (UVA), Doutor em Ministério (FTML), Especialista em Teologia Histórica e Dogmática (FAERPI), Doutor Honoris Causa (SODIMA), Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

²⁴⁰ É bom dizer que em sentido amplo a hermenêutica jurídica trata não só da interpretação, mas também da aplicação e integração do Direito. Aplicar o Direito significa concluir uma relação jurídica a partir da norma (ou qualificar juridicamente os fatos) ou submeter os fatos às disposições das normas jurídicas. Integrar o Direito significa preencher as lacunas do ordenamento jurídico.

Além disso, a própria clareza é um termo vago que requer um processo compreensivo na situação concreta.

Temos sempre que examinar se os termos usados pela norma estão em sentido usual ou em algum sentido técnico. Ao aproximarmos a norma da realidade pela aplicação podemos revisar nossa primeira interpretação em razão de problemas impostos pela realidade. Também a norma tem que ser interpretada sistematicamente, em sua relação com as outras e com o ordenamento jurídico como um todo. A chamada “interpretação conforme a Constituição”, por exemplo, pode dar preferência ao sentido menos evidente, em razão de ele ser capaz de produzir maior realização aos valores constitucionais. O alcance da norma, por sua vez, diz respeito ao campo de incidência da norma, que inclui o seu âmbito de validade pessoal, material, espacial e temporal.



O Autor, PFC e outros num congresso internacional sobre federalismo

A hermenêutica jurídica revela-se como teoria científica pelo fato de ser uma reflexão teórica sobre técnicas e modelos de interpretação. Essas formas de compreensão possuem lógicas próprias que podem ser definidas e estudadas no plano abstrato. O momento aplicativo, porém, requer a prudência, um conhecimento prático, desenvolvido pela experiência através do treino dos afetos éticos, do conhecimento dos fatos e da sensibilidade da consciência associada com a reta razão. Nessa dimensão, a hermenêutica aparece como uma arte.

Paulo Ferreira da Cunha reconhece entre os méritos de Savigny a sua visão da hermenêutica também como arte:

“Um dos pontos em que Savigny dá mostras de grande sensibilidade e agudeza é a sua própria concepção epistemológica sobre o sentido e significado da interpretação. Para ele, a interpretação é uma arte, que só se pode aprender não pela teoria, mas pelo estudo dos exemplos altos: quer antigos quer modernos.”²⁴¹

Nos termos utilizados por Friedrich Müller²⁴², a definição e delimitação do programa e do âmbito normativo requer uma atitude científica, enquanto o ir e vir dialético entre um e outro que leva à norma de decisão assume a configuração de arte.

Durante o período do Império Romano e da Idade Média, a hermenêutica jurídica não chegou a compor um método científico com o rigor exigido pela modernidade.

²⁴¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo** (<https://works.bepress.com/pfc/55/>)

²⁴² MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de Direito Constitucional**. Traduzido por Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54-58

Tratava-se de uma hermenêutica fragmentária, confundida em grande parte com o método dialético-retórico. Tínhamos máximas interpretativas, como os brocardos jurídicos, que funcionavam como lugares-comuns para concorrência argumentativa. Não havia, porém, a definição de um processo, um percurso, um alinhamento de fases ou critérios hierárquicos claros que determinassem parâmetros de validade mais sólidos.

Com o advento da divisão entre ciências da natureza e ciências do espírito, desenvolvida na Alemanha por influência de Dilthey e dos neokantianos no século XIX, começou-se a pensar na hermenêutica como método das ciências do espírito. Tomando-se a história como modelo, buscou-se uma hermenêutica geral válida para todas as humanidades.

Paralelamente, os franceses estavam dominados pelo pensamento racionalista. Enfatizavam a civilização e não a cultura. Sob influência da Revolução, a França olhava para o futuro com otimismo, enfatizando a universalização racional e o progresso científico-natural. Isso distinguia os franceses dos alemães, que valorizavam o legado cultural e as tradições nacionais.

No campo jurídico, os franceses defenderam um Direito racional, que funcionaria como sistema axiomático-dedutivo. Imaginaram-no trasladado para o Código Civil napoleônico, que, supunha-se, pelo rigor técnico da linguagem dos especialistas, ganhara a qualidade de máxima clareza, evidência de racionalidade segundo o modelo cartesiano.

A Escola de Exegese, que, na França, dedicara-se a interpretação do Código Civil, defendia a completude, a sistematicidade autorreferencial e a clareza da lei. Por isso, limitaram o intérprete às possibilidades de uma interpretação gramatical e analítica. O juiz seria apenas boca da lei. A aplicação do Direito, por sua vez, não passaria de uma subsunção lógica de acordo com o modelo silogístico. Havia uma radicalização do Princípio da Separação de Poderes, com a preeminência do Legislativo por homenagem a Rousseau e Sieyès. Sentenças ousadas eram invalidadas pela Corte ou Tribunal de Cassação. Isso era uma forma de os juízes provenientes da situação anterior não reverterem as conquistas liberais do novo Código.

A Escola de Exegese, em razão das limitações impostas ao intérprete, não foi considerada a que introduziu a hermenêutica no Direito. Aqui, falamos da hermenêutica com o rigor metodológico exigido pelas ciências do espírito.

Na Alemanha, Savigny, grande representante da Escola Histórica, tomou a história como paradigma do Direito. Reconheceu a temporalidade da lei e viu no “espírito do povo” o fundamento das normas jurídicas. Destacou a insuficiência da interpretação gramatical, complementando-a com a análise filológica e a reconstrução histórica do sentido. Uma vez que não havia uma codificação do Direito válida para todo o território alemão (algo que a influência do pensamento de Savigny retardou por quase cem anos), era necessário organizar o Direito disperso em leis e costumes. Para tanto, a Escola Histórica também sustentou a importância da interpretação sistemática.

Com Savigny, tivemos uma proposta metodológico-hermenêutico para a ciência do Direito²⁴³ que mais tarde ficaria conhecida como “Hermenêutica Jurídica Clássica”. Ela declinou para um formalismo excessivo numa segunda geração, com o advento da Jurisprudência dos Conceitos de Puchta, mas retomou uma estrada mais flexível com o método teleológico de Rudolf von Ihering²⁴⁴, o qual inspirou a Jurisprudência dos Interesses.

²⁴³ SAVIGNY, Friederich K. Von. **Metodologia Jurídica**. Trad. Heloisa da Graça Buratti. São Paulo: Rideel, 2016

²⁴⁴ IHERING, Rudolph. **A finalidade do Direito**. In MORRIS, Clarence (org). Os Grandes Filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002

No século XX, Hans Kelsen manifestou ceticismo não só quanto ao valor objetivo da justiça, mas também quanto à possibilidade de um método hermenêutico. Para o jurista austríaco, a cognição gramatical nos leva a um feixe de sentidos possíveis, formando uma moldura²⁴⁵. Dentro dos limites dessa moldura, o juiz decide qual o sentido vai ser adotado segundo seus valores pessoais e subjetivos. A sentença não seria um ato cognitivo, mas volitivo. O sentido seria determinado não por um critério de validade científica, mas pelo órgão considerado competente para estabelecê-lo.

O abandono do jusnaturalismo e a ascensão de modelos formalistas abalaram o espírito crítico dos juristas, enquanto teorias decisionistas (como a de Carl Schmitt), permitiram a aceitação do nazismo e do fascismo.

Após a Segunda Guerra Mundial, houve muitas revisões e arrependimentos. Na Europa e nos EUA, inúmeros filósofos e juristas promoveram o resgate do Direito Natural, seja na forma neotomista ou neokantiana. A Jurisprudência dos Valores, por sua vez, buscou formas de conciliar a preocupação jusnaturalista com os valores e a preocupação positivista com a segurança. Dessa iniciativa, surgiu o Pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

No neoconstitucionalismo, os princípios foram elevados à categoria de normas plenas. “Norma” passou a ser gênero, do qual são espécies o princípio e a regra. Enquanto as regras são normas com hipótese fática e consequência, regulando condutas e estabelecendo sanções, os princípios enunciam valores para serem realizados ou otimizados na medida do fático e juridicamente possível. Ao serem aplicadas, as regras seguem a lógica do tudo ou nada. Na antinomia, valerá uma ou outra. Os princípios admitem realização gradativa, sendo aplicados em forma de ponderação, sopesamento ou proporcionalidade.

A Constituição, como norma básica e fundamental do ordenamento jurídico-positivo, possui uma estrutura especial. É um sistema aberto de regras e princípios. Possui uma grande quantidade de normas principiológicas, com destaque para as que consagram direitos fundamentais. O Direito Constitucional é, acima de tudo, Direito Político, a chave de coordenação entre o Direito Público e o Direito Privado.

Paulo Ferreira da Cunha observa que a hermenêutica tradicional de Savigny fora pensada para inteligibilidade das normas de Direito Privado, mas há uma diferença na formação das mentes privatística e constitucional. O Direito Privado continua tendo as suas peculiaridades, mas atendendo a uma sobreposição constitucional: “*Somos dos que expressamente consideram que a hermenêutica constitucional é diferente da hermenêutica tout court, mas desta determinante*”²⁴⁶.

Em razão da peculiar natureza da Constituição e das normas-principiológicas que a norteiam, foi necessário pensar em uma Nova Hermenêutica Constitucional. Se o método constitui o objeto, o substrato do objeto faz exigências ao método.

O professor Paulo Ferreira da Cunha explica que o não reconhecimento da especificidade da hermenêutica constitucional pode fazer o texto maior ficar refém da ordem infraconstitucional:

“Porquanto, sendo a Constituição a sua interpretação, ao conceber-se a interpretação constitucional como algo de inespecífico – e, assim, subordinado a um paradigma interpretativo geral do direito (parado no

²⁴⁵ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ªed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 387

²⁴⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo** (<https://works.bepress.com/pfc/55/>)

tempo positivista-normativista e não porejado pela própria renovação hermenêutica exigida pelos novos constitucionalistas) – é a subordinação da Constituição ao direito infraconstitucional que se está a implicar.”²⁴⁷

Enquanto a norma-regra requer interpretação e aplicação, a norma principiológica requer principalmente a concretização. Esta última operação decorre do fato de, no princípio, não se antecipar uma solução para uma situação hipoteticamente considerada. A solução precisa ser construída argumentativamente a partir do caso concreto. O princípio estabelece em seu texto apenas o valor que precisa ser resguardado.

Acerca da importância da concretização como conformação concreta do sentido, afirma Paulo Ferreira da Cunha:

“Consideramos que a actividade jurídica de criação concreta de Direito, que tem o seu momento altíssimo na jurisprudência, mas pode ser tarefa de todo o cidadão, é de índole hermenêutica (que não é a simples e pedestre “interpretação”) e só pode ser dessa índole. Não se trata de meramente “interpretar” (no que de passivo e “simplesmente cognoscitivo” tal poderia implicar). Mas de muito mais que isso . Porque a hermenêutica, mesmo ainda a não jurídica, é já uma “teoria geral da compreensão e da interpretação dos textos”, e muito em especial a hermenêutica jurídica é uma teoria-acção concretizadora a partir de casos/textos concretos: encontra-se centrada na concretização.”²⁴⁸

A aproximação e inseparabilidade entre interpretação e aplicação se faz perceber de modo mais claro no caso do princípio. A interpretação que interessa ao Direito é uma interpretação prática. Embora seja também importante para o Direito, a interpretação teórica de um princípio (valor) é filosófica. A interpretação prática, aquela pela qual se extrai uma solução para um problema, só pode acontecer diante de um caso concreto.

Podemos ainda manter a distinção entre interpretação e aplicação no plano da abstração, mas elas interagem dialeticamente quando ocorrem efetivamente. No caso dos princípios, não pode haver dúvida de que interpretamos aplicando e aplicamos interpretando.

Os princípios são nivelados normativamente no texto constitucional, mas são escalonados na dimensão do peso diante de um caso concreto. Sendo absolutos na consagração, relativizam-se pela aplicação. Eles se restringem e se complementam numa relação de reciprocidade.

Enquanto a Hermenêutica Jurídica Clássica foi influenciada pelo paradigma filosófico definido por Schleiermacher e Dilthey, a Nova Hermenêutica Constitucional encontrou no filósofo Gadamer²⁴⁹ o seu referencial. Entre as categorias do pensamento gadameriano, temos a tradição, os pré-conceitos, os pré-juízos e a circularidade hermenêutica. Salientamos, outrossim, que a hermenêutica jurídica clássica é insuficiente para a interpretação constitucional, mas não desnecessária. A própria noção de “tradição” da hermenêutica gadameriana faz com que não desprezemos as contribuições dos romanos, dos medievais e dos teóricos das ciências do espírito.

²⁴⁷ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo** (<https://works.bepress.com/pfc/55/>)

²⁴⁸ ²⁴⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo** (<https://works.bepress.com/pfc/55/>)

²⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997

A unidade de sentido procurada para a Constituição é garantida por um procedimento de coordenação e subordinação, onde aparece uma circularidade hermenêutica. Assim, interpretamos as regras constitucionais de acordo com os princípios, mas no limite de possibilidade dos textos das regras. Os princípios mais específicos são interpretados de acordo com os mais gerais. Por isso, remetemos os direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, embora a dignidade da pessoa humana tenha densificação nos direitos fundamentais. Os princípios mais gerais são interpretados de acordo com os princípios estruturantes, como o Republicano, o do Estado de Direito, o Democrático, etc. Os princípios estruturantes encontram limite de sentido (assim como os outros) dentro da tradição, onde ganham uma compreensão prévia.

Uma das metas da interpretação dos princípios é a de garantir a sua máxima efetividade dentro do fático e juridicamente possível. No caso dos direitos sociais, a máxima realização envolverá uma interferência positiva e mais ativa do Estado, respeitando-se a interpretação sistemática e a “reserva do possível”. No caso dos direitos individuais, porém, as medidas devem restringir posturas invasivas do Estado, freando pretensões de agigantamento do poder político coercitivo. Sobre a última situação, temos a seguinte afirmação de Paulo Ferreira da Cunha em Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de que foi relator:

“Certamente nunca será demais recordar-se que prisão preventiva é uma providência de cariz gravoso, excecional e subsidiário (cfr. CRP, art. 28, n.º 2), altamente restritiva da liberdade de uma pessoa (ao ponto de em grande medida a anular no que diz respeito à circulação), e, pelo seu carácter essencialmente provisório e não decorrente de um juízo definitivo de condenação, tem, obviamente, que ser utilizada apenas em casos legalmente previstos e devidamente ponderados, de particular necessidade, gravidade e perigo...”²⁵⁰

Em razão de a Constituição ser a ordem fundamental da sociedade, os seus princípios tem difusão em todo o ordenamento jurídico. São vetores hermenêuticos, limites aos poderes e exigências de conformação concreta.

Reflexões finais: Distorções e Correções no Neoconstitucionalismo

Um perigo que temos visto nos novos desenvolvimentos do neoconstitucionalismo está ligado aos chamados princípios implícitos. Teoricamente, esses princípios deveriam ser deduzidos dos já existentes e aceitos com base nisso. Na prática, as cortes tem adotado princípios não escritos nos textos normativos que são resultados de criatividade casuística, de modas estrangeiras ou até de guetos ideológicos. Tais princípios possuem definição fluída e ambiguidades que favorecem o uso abusivo.

Outro perigo é o panprincipiologismo, ou seja, o uso dos princípios para resolver todas as questões com maior liberdade de decisão, quando existe lei adequada para a situação. Isto ameaça a segurança jurídica e o império da lei, corolários do Estado de Direito, além de causar a fragilização da separação de poderes, gerando crises institucionais. Paulo Ferreira da Cunha fala sobre o perigo da banalização dos princípios por fluidez e imprecisão:

²⁵⁰<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2f0d137c2f557dbc802584e00068cbde?OpenDocument>

“Há princípios patentes, evidentes, e até alguns de tal forma banalizados que, apesar de si mesmos, servem hoje na prática para provar tudo e o seu contrário: como o da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade – que contudo poderiam encontrar um recorte bem preciso. Seria uma questão de encontrar algum consenso doutrinal a propósito de uma lista de requisitos bem definidos, e de eficazmente fazer aprender como um dos basics.... Sem isso, o Direito será não —livre, mas completamente fluido e vogando ao bel-prazer de cada julgador, e de cada argumentador...”²⁵¹

Outro perigo está no uso politizado do Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Tal princípio possui de forma implícita uma concepção utópica de sociedade. O Direito, entretanto, é prudência. Os princípios imutáveis do Direito Natural comportam conclusões variáveis, principalmente as mais distantes. Muitas inserções ideológicas, sem legitimidade, são inseridas em textos normativos, passando, depois, a serem blindadas contra reformas legislativas através do discurso da Proibição do Retrocesso Social. O verdadeiro progresso, porém, implica em desconstruir aquilo que não passou de uma involução.

Muitos buscaram uma maior estabilidade para o neoconstitucionalismo, desenvolvendo teorias procedimentais ou argumentativas. Mais importante que isso, porém, é o desenvolvimento de uma teoria objetiva dos valores ou de uma ética material. Isso só pode ser alcançado por um retorno ao jusnaturalismo. O jusnaturalismo clássico ou aristotélico-tomista é o mais promissor, pois nunca deixou de ter defensores, mesmo em meio a muitas modas que passaram pelo Direito. Parece-nos interessante a ideia de Direito Natural de conteúdo progressivo (Georges Renard) e os estudos sobre Direito Natural e razão prática de John Finnis²⁵².

Politicamente, o Parlamento precisa novamente recuperar seu espaço e respeitabilidade. A fim de conseguir esse objetivo, será preciso acabar com a acomodação que o leva a esperar soluções de questões controversas pelo Judiciário. Por outro lado, a sociedade terá que ser menos ansiosa. A formação das leis exige amadurecimento e consenso social. Isso demanda tempo. O conservadorismo que no passado se atribuía ao Direito garantia-lhe a presença da sabedoria. Leis mal elaboradas exigem outras leis ruins para tentar consertá-las.

É importante também que evitemos falsas questões constitucionais que confundem o povo. Conforme Paulo Ferreira da Cunha: *“Cumpra aos que sabem Direito Constitucional não contribuir para manobras mediáticas que inventam questões constitucionais, desviando as atenções dos problemas da constituição real para a constituição formal e simbólica”*²⁵³.

Os julgadores, por sua vez, devem levar mais a sério o dever de fundamentar as decisões. A fundamentação não é apenas uma exigência formal de validade do ato, mas um instrumento para o controle democrático. A fundamentação deve mostrar a fidelidade da sentença ao Direito e ao pacto social. Ela deve convencer tanto as partes no processo judicial como os membros da sociedade civil.

²⁵¹ CUNHA, Paulo Ferreira. **Dos Princípios Positivos & dos Princípios Supremos.** (<http://www.hottopos.com/collat11/05-16PFC.pdf>)

²⁵² FINNIS, John Mitchell. **Lei natural e Direitos naturais.** Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2007

²⁵³ CUNHA, Paulo Ferreira. **Concretizar a Constituição.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Forum, 2011

Ao longo da história, podemos perceber que a separação e equilíbrio de poderes deve ser buscada não só no plano sincrônico, mas também diacrônico. Na época da Escola de Exegese, tivemos a preeminência do Legislativo. O apego dos intérpretes à letra muda da lei e ao silogismo judicial impedia as adaptações equitativas.

A equidade é a justiça do caso concreto. Se, por um lado, a norma positiva deve estar de acordo com o dever ser ideal (Direito Natural), a sua aplicação deve estar de acordo com o dever ser existencial (equidade). A justiça abstrata busca o tratamento igualitário, enquanto a equidade a complementa, fazendo a diferença ser levada em conta na igualdade.

A visão legalista dominou o momento de triunfo do liberalismo. A exploração econômica, porém, que surgiu com a Revolução Industrial fez aparecer a legislação social. O capitalismo precisou passar por um processo de humanização e o liberalismo passou a ser temperado com preocupações sociais. Tínhamos agora o Estado Social e intervencionista.

A crise de 29 nos EUA e as duas guerras mundiais tornaram mais forte a presença do Poder Executivo para solucionar crises e fomentar políticas públicas. Isso, entretanto, fez surgir governos populistas e demagogos, ocasionando o advento dos regimes totalitários da primeira metade do século XX.

Para frear os abusos do Executivo, o Poder Judiciário e as cortes constitucionais ganharam ampliação de competência. O objetivo era apenas salvaguardar os direitos fundamentais em situações em que estivessem desamparados pelos demais poderes. O ativismo judicial, no entanto, levou a decisões que impunham políticas públicas sem previsão orçamentária, produziam deliberadamente normas abstratas (tarefa do legislador), reconfiguravam instituições (como a família) e violavam repartições de competência. Alegando mutação informal da Constituição, passaram a entender alguns textos normativos até de forma contrária ao seu sentido gramatical.

Por tudo isso, temos a necessidade urgente de uma revisão e reequilíbrio da balança histórica. Precisamos voltar a enfatizar a importância do Parlamento ou promover diálogos institucionais na questão da constitucionalidade.

Nesse momento de reinvenção e aprendizagem com o passado, a criatividade de Paulo Ferreira da Cunha, bem como o seu vasto conhecimento histórico e sua sensibilidade aos valores supremos, poderão contribuir significativamente para nos guiar em direção a soluções mais sábias. Faremos bem em ler atentamente as suas obras.

Derecho filosofante, curativo, nomoético, humanizante...

Gonçal Mayos²⁵⁴

Derecho

Hubo un tiempo, en el que el derecho acogía más habitualmente “humanidades” desbordantes como Paulo Ferreira da Cunha. Entonces, como hoy Paulo, el derecho era inseparable de otros saberes humanos como la filosofía, las artes, la buena escritura y la mejor retórica, la historia, la teología, la medicina...

Filosofía

Era un momento donde –por ejemplo- la filosofía veía nacer la “facultad superior” de derecho, desde la “facultad de artes” (en cuya interdisciplinariedad me siento más cómodo, amigo como soy de la filo-sofía). Entonces la filosofía se sentía un poco como la madre que todavía se resiste a emancipar a sus hijos. Pues en aquellos tiempos la filosofía creía (como todavía lo cree un servidor de Ustedes) que podía ser útil, ayudar a crecer, evitar algún problema y acompañar cálidamente el crecimiento sus tres primeras hijas: la teología, la medicina y –creo que sobre todo- el derecho.

Era también una época donde en reciprocidad lo jurídico y el judiciario –como Paulo hoy- hacían gala de ser filosofantes y, por supuesto, se negaban a considerar ajeno nada que fuera humano.

Teología

Entonces el derecho mantenía también muy fructíferas relaciones con las otras dos “facultades superiores”. En primer lugar, tenía un ojo fijado en la teología, que auscultaba a la sustancia divina con esperanza, pero también con la angustia que expresó maravillosamente Rilke en las *Elegías de Duíno*: pues si la llamada humana a los cielos fuera contestada, la naturaleza muy superior e infinita de éstos destruiría a la humana al más mínimo contacto.

Medicina

En segundo lugar, el derecho miraba también a la medicina, pues asumía su destino de curar la sociedad. El buen derecho garantiza el bienestar público y la salud institucional en las sociedades, de manera similar a como la buena medicina restituye el equilibrio corporal. Médicos y judiciaarios deben curar las patologías de las dos grandes vertientes de la humanidad mortal, finita, sufriente, falible, inestable e incluso patológica.

²⁵⁴ Gonçal Mayos es profesor titular de filosofía de la Universidad de Barcelona. Entre sus publicaciones destacan los libros *Turbohumanos*, *Homo obsoletus*, *Macrofilosofía de la globalización y del pensamiento único*, *Macrofilosofía de la Modernidad y La sociedad de la ignorancia*.

Ambas sabían de la importancia de reequilibrar los humores, todos necesarios pero cada uno de ellos aniquilador si se da en exceso unilateral. Vitalidad, capacidad de trabajo y de sacrificio deben hermanarse con la racionalidad pragmática y metódica. Pero también con el apasionado amor de sí que es capaz de luchar por la verdad y el reconocimiento hasta la muerte, y –además– con el distanciamiento reflexivo y melancólico que no renuncia a preguntar el por qué. Paulo congrega en grandes cantidades esos cuatro humores clásicos.



O autor num Colóquio de PFC na FDUP (atrás, Pereira)

En un tiempo donde la teología se sentía inmensamente superior y la medicina luchaba con muchas menos armas y vanidad que la tecnología transhumanista actual, el derecho era todo lo demás. Era ni más ni menos que todo lo demás. Aunque la filosofía todavía metía sus narices en todo, creo que no exagero en absoluto si digo que el derecho entonces tutelaba, abarcaba, aspiraba a encarnar y se interesaba por toda la substancia humana social, por toda obra e institucionalización humana. No solo la *res cogitans* cartesiana sino también el *zoon politikon* griego.

Nomos

El derecho atendía a todo el *nomos*, que incluso incorporaba en cierta medida la *physis* y la *bios* incluidas entre las murallas de la *pólis*. Sin duda la ciudad-Estado y el *zoon politikon* erigían baluartes para defenderse de la agresión de otras *pólis* o imperios, pero también para escindir y defender su autoconstruido *nomos* de la *physis* salvaje.

Zoé ctónica

La naturaleza fuera de murallas era pensada como zoé incivilizable, como caos sin ley, como sin sentido, como bárbara ausencia de palabra... Incluso era pensada a través de los dioses ctónicos, telúricos, primordiales y anteriores a los dioses olímpicos. Pues respondían a una naturaleza prepolítica y pre-nomos. Eran titanes que despertaban pavor sin límite y admiración sin comprensión.

Recordemos que eran capaces de devorar a sus propios hijos sin culpa, sin vergüenza, sin juicio, sin ley... En cierta medida eran fuerzas desatadas de la naturaleza a las que no se podía imputar ni la justicia ni la injusticia, ni la culpabilidad ni la inocencia, ni el crimen ni el derecho. Eran ciegos al “deber ser” pues solo eran “ser”, potencia sin medida y fuerza caótica. Por tanto el amplísimo ámbito del *nomos* humano no podía decir

nada frente a esos titanes ctónicos, porque el clamor humano no tenía el menor viso de ser escuchado por ellos, pues su existir abría a un “temor y temblor” más inefable aún que el pensado por Kierkegaard.

Estaban abismalmente más allá del derecho que -por el contrario- era todo lo demás (algo que sin duda hace feliz a Paulo). Ya etimológicamente “derecho” remite a lo hecho correctamente, la institucionalización justa, la relación equitativa, lo construido “derechamente”, lo bien hecho, lo recto, lo conforme a “derecho”...

Pólis y Philia

Como hemos dicho, el derecho era todo lo demás, el nomos sin excepción, la bios humana que incluso quería juzgar, legislar y comprender la zoé que se iba lentamente incorporando con cada nueva extensión de las murallas de la ciudad-Estado. Remitía pues a toda la substancia humana con otra medicina y equilibrando otros humores que los del estricto cuerpo de los individuos. Había que curar a la pólis colectiva y reequilibrar a los humores de la discordia ciudadana. Pues, incluso rechazando fuera de las murallas como exigía Zeus a los que no tenían sentido de la justicia (según el *Protágoras* de Platón), todavía era necesario construir y mantener la philia –ese esencial cemento de la pólis, según proclama Aristóteles-.

Cosmos

Eso era ni más ni menos el derecho: todo nomos que instaura cosmos frente al caos; toda barrera contra la discordia; toda lucha contra la injusticia; toda medicina político-ciudadana; la fuente de la philia como cemento de la pólis; y esa teología centrada en el “Dios en la tierra” de Hobbes.

El derecho y el nomos instauran el cosmos ciudadano, político y humano frente al caos de lo inhumano. Domestican a los dos monstruos bíblicos Leviathan i Behemot, del mar y de la tierra, pero también del férreo orden y del caos sangrante. Generan la alquimia institucional que permite respetar el agonismo humano evitando el antagonismo (Chantal Mouffe) de la guerra y la temida discordia social. Deben construir un “nosotros” sin que el “ellos” designado correlativamente lo destruya (un riesgo que Carl Schmitt subestimó).

Humanizar

Los Paulo da Cunha asumen que la expansión del nomos va más allá de cualquier especialización. Todo nomos tiene un mismo y sagrado objetivo: humanizar. Convirtiendo lo telúrico en humano, consigue que el “aire de la ciudad haga más libres” a los que se acogen a su nomos. ¡Qué en el fondo somos todos!

Paulo

Me gusta la gente que, precisamente por tener una enorme humanidad, se sienten escindidos e incluso viven errantes entre los muchos intereses humanos que les impulsan. Gente del Renacimiento que necesita vivir muchas vidas para satisfacer su enorme humanidad. Es un placer celebrar la rica mezcla de derecho y vida, con filosofía, política, poemas, prosas críticas, reflexiones personales, acuarelas, óleos... presente en la polifacética obra de Paulo.

Es un honor terrible y maravilloso que te pidan hablar sobre él. Y sin duda es apabullantemente desvergonzado hacer aceptado, aunque solo sea para recordar el origen del lenguaje. Aquel acto humanizante que imagino surgiendo de un grito de aviso

aún indiviso y muy poco preciso que tan solo farfullaba algo así como: ¡Eh mirad qué interesante o cuan peligroso es!

Ex/posición

Como aquel imaginado acto fundante de humanidad, me limitaré pues al gesto de susurrar algo así: ¡Eh mirad qué interesante o cuan peligroso es Paulo! Pretender algo más, es totalmente vano. Incluso peligrosamente puede caer bajo el embrujo del escriba que –como bien dice Paulo Cunha- tiende a proclamar: “‘Está escrito’ [que] é quase como dizer ‘dura lex sed lex’”.

Pues por una parte, el querer exponer aunque sea en una mínima parte a alguien –pensándolo, iluminándolo, mostrándolo, describiéndolo, resaltándolo...-, tiene el peligro de exponer mucho más al mensajero intérprete. Y creo que aquí me corresponde hacer mutis discretamente por el foro. Por las paradojas del lenguaje, el mensajero si quiere verdaderamente exponer algo de Paulo debe evitar ex/ponerse o “ponerse fuera” al formular públicamente su interpretación.

Tan sólo debe convocar e, inmediatamente, callar. Pues, cuando pretendemos decir, captar, ligar, anudar, aprisionar, apoderarnos, dominar... con palabras algo que apreciamos; hay que evitar poner el foco sobre nosotros mismos. Por eso es mejor –en lo posible- decir a través de las propias palabras de Paulo; para no ligarlo, anudarlo, aprisionarlo a nuestras palabras. Quizás como los grandes poetas, conseguir que la mezcla de las palabras propias y las ajenas inicien su propio y ya autónomo diálogo entre ellas. Entonces aparece el más maravilloso debate convivencial, en conversación y palabra cooperativa; que tal vez exorciza el monólogo, la falta de escucha, la ausencia de recepción...

“Desde el otoño hacia la primavera, desde el arte al derecho”

Recuerdo un interesante texto de Paulo que reflexionaba sobre como el otoño de la vida le hacía volver la mirada a la primavera y –con ello- añadir el arte, la poesía y la reflexión parafilosófica al derecho, enriqueciéndolo y sin menoscabarlo en absoluto. Así lo jurídico es analizado y completado desde “uma planura contemplativa” que “remete para um outro mundo, o de uma vida privada, embora ao ar livre (não enclausurada nem ensimesmada).” Entonces Paulo Cunha asume una mentalidad y estado de ánimo aparentemente más “distanciados”, como canta un poema suyo:

“Cada vez mais
O meu Mundo
Não é desse reino.
Chegam-me deste somente
Vagos rumores, ruídos,”

Postdisciplinar

En un mundo donde todos tenemos que abrirnos a estudios trans, poli e interdisciplinarios, Paulo hace tiempo que ha asumido una perspectiva desacomplejadamente postdisciplinar. Pues “a divisão rígida entre artes plásticas, artes literárias e ciências jurídico-políticas (e artes jurídico-políticas) deixa de ter sentido.” Por eso, sus libros hace mucho tiempo que dejaron de estar sometidos a las fronteras y los límites disciplinares al uso. Lo que para otros es más bien una frontera, un límite defensivo, un “non plus ultra” como la “Muralha da China” pasa a ser pintado como un auténtico “Ponte da China”. Se convierte en una especie de carretera que cruza y

comunica las montañas, y que más bien era una incitación a cruzarlas en todas direcciones.

Negándose al falso dilema de escoger entre derecho y literatura, pintura, filosofía o política; Paulo proclama que “O Direito é literatura, mas também é medicina da cultura”. Otoñalmente se contrapone a toda una rica trayectoria de “primavera” profesional donde, siempre humanista y reflexionante, tuvo que luchar con la especialización e incluso -por el signo de los tiempos- con la hiperspecialización que dominaba por entonces las universidades.

Ciertamente apostó desde el principio por el “Direito pensado”, inseparable del conjunto de la cultura y como saber que puede curar y dar sentido concreto al ser cultural que es el hombre. Pero hicieron falta muchos libros “primaverales”, académicamente especializados, destinados a construir el derecho, a apoderarse del mundo, a dominar e incluso cambiar el nomos.

Significativamente las primeras publicaciones de Paulo se inscribieron entonces bajo topos tan paradigmáticos como “O Procedimento Administrativo” y “Quadros Institucionais – do social ao jurídico”. Naturalmente pensando desde los fundamentos: “Introdução à Teoria do Direito”, “Noções Gerais de Direito”, “Problemas Fundamentais de Direito” y culminando en el macroyecto “O Essencial sobre Filosofia Política...” donde analiza las distintas épocas y movimientos. Con toda naturalidad, Paulo Cunha enlaza el derecho con la política convencido –como Lacordaire- que muchas veces: «entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit.»

Siempre “pensando” el derecho y queriendo entender la “juricidad” se aparta de sofismas castrantes que predicán que “le juriste est un géomètre” o un “burocrata da coação”. Niega que “Letras são tretas” y cultiva su erudición lúcidamente humanista con planteamientos que me encantan como “Amor Iuris”, “Peccata Iuris” o “Mysteria Ivris”. El culturalismo de Paulo Cunha se manifiesta con plenitud en “Le Droit et les Sens”, “O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos”, “O Século de Antígona”, “O Tímpano das Virtudes” y en “Direito Natural, Religiões e Culturas”.

Se estaba aproximando a la necesidad otoñal de cruzar todas las fronteras y explorar todos los territorios limítrofes y de allende. Paulo Ferreira da Cunha estaba desarrollando su profundo “complexo de Bandeirante”: abre, descubre, explora y coloniza, a la vez provocando a la “tribu de los juristas” y sirviéndola con gran fidelidad. Pues, abriendo “janelas” y espacios de libertad, les entrega amplios territorios a su dominio. Transita de lo meramente interdisciplinar a lo conscientemente postdisciplinar, confesando:

“Demorei a perceber
e mais ainda a aceitar
que há muitas perguntas
que não têm resposta.
E não só as filosóficas:
Sobretudo as não filosóficas...”

Poco a poco, Paulo da Cunha consigue que la academia le conceda cada vez más libertad o se la toma, mientras camina hacia un horizonte postdisciplinar. Escribe obras como “Direito & Literatura” o “Tributo a César. Arte, Literatura & Direito” que enlazan con su producción en ficción y poesía desde el “Tratado das Coisas não Fungíveis” a ”Estado das Cidades”.

Evidentemente no olvida el derecho y su querido nomos, no los deja por “otra cosa”, sino que profundiza en ellos incorporando además territorios no suficientemente explorados. Incluso no de mera ampliación o yustaposición, sino de profundización, maduración y enriquecimiento. Muchas veces lo macrofilosófico y lo postdisciplinar son el camino más directo para conseguir una “metodologia da estilização” y “da redução da complexidade”.

Pues lo trans, inter, macro y polidisciplinar comporta enriquecimiento lúcido y humilde, y tan solo renuncia al esencialismo metafísico o a una imposible concreción absoluta. Ese avance se produce –como ha visto muy bien Paulo- cuando uno se ha hecho consciente de que “Falta visão ao longe / e visão ao perto.” Y por tanto comienza reclamar y a desarrollar por simple necesidad vital (como ha sucedido con todos los seres que se han adaptado y evolucionado): “Pronto: óculos bifocais, / ou progressivos.”

Pues, al aumento de complejidad mental, vital y humanista se añade –además- la sabia perseverancia que nace de la aceptación, la astuta paciencia y la ilusión modesta. Por eso canta:

“ficam os barcos na praia
não se lançam para o mar
morrem os sonhos na praia
repousam, sem descansar.”

Paulo persiste en la lucha jurídica y política con la lucidez del que sabe “Quem quiser lutar pela Justiça tem de saber que muitos são os perigos, muitas as tentações, muitos os desfalecimentos, muitas as derrotas, e não há vitória garantida.” Reclama que verdades duras, pero iluminadoras, inspiradoras y mobilizadoras, formen parte de la necesaria “formação de juristas-sacerdotes que lhes permitissem uma vigilância mais veladora. Mais cautelosa, com mais respeito. Sem ser menos eficaz e pronta contra atropelos, agressões, crimes...”

Significativamente, en plena preocupación postdisciplinar y cada vez más explícitamente culturalista, Paulo encara proyectos tan ambiciosos y necesarios como dar respuesta a la turboglobalización actual con un nuevo constitucionalismo para toda la humanidad e institucionalizado en un Tribunal Constitucional Internacional.

También elabora un “Direito Fraternal Humanista” que emerge del pluralismo y del neiusnaturalismo crítico y postdisciplinar. Lo interpreto como la construcción de un derecho y un nomos basados en la philia, más que en la autoridad, la coacción y la dura lex. Pues quieren curar la discordia social que suele nacer de la desigualdad, el maltrato y la falta de reconocimiento social.

Necesitamos un derecho y un judiciario que pacifiquen y curen nuestra sociedad. Pues, desde la cima del poder humano y con enormes potencialidades tecnológicas, también presentimos la catástrofe, vagamos sin guía en un laberinto infinito y nos sentimos “homo obsoletus”. Por eso esperamos tanto de Paulo Ferreira da Cunha y de su creativa mirada humanista, culturalista y postdisciplinar, que canta:

“o oásis da existência
a tarde calma
os longes oceânicos
a ausência
de cuidados e pânicos
recupera
tua perdida alma.”

Tribunal Constitucional Internacional e os Advogados – uma advocacia do, no, e para o TCI?²⁵⁵

Guilherme Figueiredo²⁵⁶

Na honrosa condição de falante que me concedem, permitam-me começar desde um *lugar problemático*, ou melhor, a partir de uma *problematização do locus standi* que aqui ocupo, no cruzamento ou intersecção da *perspectiva e posição* assumidas, do *tema visado* e das *circunstâncias ou contexto específico* da sua consideração, a saber e respectivamente:



O autor

(1) a de um advogado com a responsabilidade institucional de representação dos colegas e da Ordem Profissional em que se auto-organizam, regulam e pela qual colectivamente se exprimem e intervêm institucionalmente na vida pública, nas arenas económicas e (genericamente) no seio de uma sociedade em muitos aspectos mundial(izada); (2) chamado a reflectir sobre um projecto de *Jurisdição Constitucional com alcance internacional*, ainda assaz indefinido - quer na sua legitimidade, quer em relação ao respectivo modelo e termos de institucionalização²⁵⁷ - mas já bastante para nos

²⁵⁵ Este texto, inicialmente elaborado para uma intervenção no último colóquio internacional do Instituto Jurídico Interdisciplinar, da Faculdade de Direito da Univ. do Porto, organizado pelo Prof. Doutor Paulo Ferreira da Cunha, que se realizou em janeiro de 2019 (e em que o autor acabaria por não poder participar, por motivo de doença), já era uma homenagem ao organizador do evento, pelo que pareceu cabalmente justificar-se poder ser integrado no presente volume de homenagem.

²⁵⁶ Advogado, Bastonário Emérito da Ordem dos Advogados Portugueses.

²⁵⁷ Asma Ghachem et Henri Pallard (Dir.), *Une Cour Constitutionnelle Internationale au service du Droit Democratique et du Droit Constitutionnel (Actes du Colloque 16 et 17 Juin 2015, Rabat, Maroc)*, Konrad Adenauer Stiftung, Beyrouth, 2015; Asma Ghachem, “Plaidoyer pour une idée tunisienne: l’institution d’une Cour constitutionnelle internationale”, *International Studies on Law and Education*, CEMOrOc-Feusp / IJI-Univ. do Porto, 24 set-dez 2016, pp. 43-50; Cristina Queiroz, “A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais”, *International Studies on Law and Education*, CEMOrOc-Feusp / IJI-Univ. do Porto, 24 set-dez 2016, pp. 51-54; Quênída de Rezende Menezes, “Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos”, in *Revista Direito GV*, V. 13 N.2, Maio-Agosto 2017, pp. 677-705; Matheus Souza & Sérgio Ricardo Fernandes

expor à diatribe sistemática do suposto *excesso de garantismo*, patente, i.a., na multiplicação de instâncias de tutela e vias processuais de recurso, pela qual se acaba atingindo a própria função advocatória, tida como mera manipulação estratégica ou tática do direito, a coberto da representação das partes e da sua subjectividade, e, portanto, da defesa dos respectivos interesses e da heterogénea complexidade da respectiva inscrição mundividencial²⁵⁸; (3) num tempo em que nos confrontamos com os *testes de tensão* impostos às comunidades políticas e sociais pelas pulsões globalizadoras e as reacções nacionalistas - de que as sínteses de *autoritarismo* e até *militarismo populista*, na sua exaltação instrumental do *racismo*, do *machismo* e da *xenofobia*, parecem momentaneamente oferecer-se como demagógico *curto-circuito* com as populações (sob a qual prosperam, porém os *elitismos* que alegadamente visam combater). Soluções que constituem, portanto, um desafio à relações entre as pessoas, umas com as outras, entre as comunidades, entre os povos, entre os Estados e que, por conseguinte, nos obrigam à consciencialização dolorosa da banalização e desvalorização de que foram vítimas a civilidade e justiça implícitas nos sempre difíceis equilíbrios entre *direito e direitos*, *direito e política*, *direito e economia*, *direito e cultura* e que temos agora, pacientemente, de reaprender e refazer a múltiplos níveis.



PFC no Instituto dos Advogados do Brasil, do qual é membro honorário



de Aquino, “A utopia de um tribunal constitucional internacional”, *Empório do Direito*, Florianópolis, 2017; Ana Paula Magna da Silva Frasca Castelhana, “O Tribunal Constitucional Internacional: entre Atenas e Esparta”, *Revista Internacional d’Humanitats*, 41, set-dez 2017; Alexandre Coutinho Pagliarini, *O tribunal Constitucional Internacional para o Mundus Novus*, s/data n/ local; Karen J. Alter, *The New Terrain of International Law*, Princeton University Press, Princeton, 2014, Chapter 7: International Constitutional Courts.

²⁵⁸ Acusação agravada pela transnacionalização opaca e não democrática dos poderes hegemónicos, sobretudo económicos, dos quais são de pronto e indiferenciadamente encarados como agentes ou serventes, senão sicários ou terríveis sicofantas.

Ora, na circunstância crítica assim genericamente demarcada e no breve tempo que ousou furtar a contributos mais capazes, permitam-me que, pela invocação de fonte amiga²⁵⁹, conjugue, num mesmo preito de homenagem, o Presidente desta Mesa²⁶⁰ e o Organizador deste Colóquio, em torno de um tema tão candente e da pertinente rede de referências matriciais cuja reconstituição sintetizante aquela nos propõe, a saber, as de uma escola em que o filosófico *jurisprudencialismo* de Castanheira Neves se cruza com uma forte tradição juspenalística, e com a empenhada reflexão jurídico-política e constitucionalmente transformadoras de Orlando de Carvalho a Gomes Canotilho.

Que o horizonte do direito, mesmo constitucional, seja o do mundo, e assim também o dos juristas e dos advogados se estenda bem para além dos nossos confins estaduais, nem por isso deixámos de o encarar desde o promontório erguido sobre aqueles ombros, e sem olvido do chão de que se levanta.

Seguindo, pois, as pistas sugeridas²⁶¹, podemos arriscar aqui uma cartografia básica da perspectiva portuguesa sobre o assunto²⁶², das vias que abre à *compreensão trans-estadual do constitucionalismo* e - o que por sobre tudo me convoca aqui hoje, ao contributo epistemológico [mas também verdadeiramente axiológico e portanto globalmente prático (político, económico, sociológico)] – que os advogados e as suas instâncias de representação podem e devem trazer à discussão do tema, culmine ele ou não, na institucionalização de um tribunal constitucional internacional.

Num relance rápido ao panorama institucional-estrutural e intencional-doutrinal rastreado, apercebemo-nos de como os *direitos humanos*, das *mulheres* (e agora, *dos migrantes e refugiados*), em especial, têm concitado o enlevo da **Faculdade Nova**, em Lisboa, na pessoa (desde logo) da Doutora Teresa Pizarro Beleza e seus discípulos, enquanto o desvelo com o *Direito Lusófono* une o Professor Bacelar Gouveia a José Melo Alexandrino, da vizinha *Casa Mãe* de Lisboa.

Com efeito, na **Faculdade Clássica**, onde a dedicação aos Direitos Fundamentais, designadamente Sociais, à Dignidade Humana e aos Princípios Constitucionais domina a produção de Reis Novais, a visão mais próxima do *Staatsrecht* soberanista e normativo tem protagonista em Blanco de Moraes e as preocupações teóricas e filosóficas de Miguel Nogueira de Brito ou Luís Pereira Coutinho se

²⁵⁹ Luís Meneses do Vale, "Breves apontamentos sobre o Direito Constitucional da República da Turquia. Contributo para uma recompreensão inter- e transcultural da jusconstitucionalidade contemporânea? (1.ª Parte)", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXVIII, Tomo II, 2012, pp. 727-787; algumas das teses foram desenvolvidas e partilhadas em alguns foros abertos sobretudo ao público ibero-americano e mediterrâneo onde se destaca o acolhimento e difusão das propostas em causa – «Inter- e transconstitucionalidade como expressão e factor de inter- e transculturalidade: subsídios para uma reconsideração da teoria e do direito constitucionais?» - IV Colóquio Macrofilosófico e I Colóquio sobre Interconstitucionalidade - UM, Univ. de Barcelona e Univ. Autónoma de Barcelona; «Inter- e transconstitucionalidade como expressão e factor de inter- e transculturalidade: concurso para um projecto jurídico-politicamente transformador?» - exposição no quadro do Workshop "Interconstitucionalidade: teoria e hermenêutica", Braga, 25 de Fevereiro de 2014. De resto, em termos gerais, trata-se de um tema recorrente em dissertações de mestrado e doutoramento no universo referido.

²⁶⁰ De acordo com o programa a presidência/moderação da mesa na qual deveria integrar-se a presente comunicação estaria entregue ao então Provedor de Justiça, o Doutor Francisco de Faria Costa.

²⁶¹ Luís Meneses do Vale, "Breves apontamentos sobre o Direito Constitucional da República da Turquia. Contributo para uma recompreensão inter- e transcultural da jusconstitucionalidade contemporânea? (3.ª Parte)", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXIX, Tomo II, 2013, pp. 721-748; Idem, "The Theories of Interconstitutionality and Transconstitutionality. Preliminary Insights from a Jus-cultural Perspective (With a view to Transnational Social Justice)", in *UNIO – EU Law Journal*, No. 1, 2015, pp. 55-76; cf também o sumário desenvolvido de "Neither doxa nor episteme, in between theoria and aesthesis? The praxis-poiesis of Portuguese constitutional doctrine regarding the (re)public('s) social nomos", *Ist Luso-Polish Conference on Legal Theory and Methodology 26/27 APRIL 2017*, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/lvale/1774>.

²⁶² Sumaríssima recensão bibliográfica com um valor essencialmente testificatório da perspectiva pressuposta.

reflectem obviamente na sensibilidade a novos temas²⁶³, não pode esquecer-se também a abertura de Jorge Miranda, de um lado, mas também de Paulo Otero, a uma recompreensão do direito constitucional para lá do quadro puramente nacional.²⁶⁴

Tese que se reencontra nos estudos jurídicos da **Universidade Católica**, expressamente, na obra do Professor Rui Medeiros²⁶⁵, bem como no *curso de direito público global* a que esteve associado o Professor Poiães Maduro, **em Lisboa**, e, aqui no **Porto**, muito graças à Doutora Santos Botelho, que em louváveis iniciativas vem cultivando a internacionalização do pensamento constitucionalista²⁶⁶.

Se passarmos à escola do **Minho**, seguindo as rotas definidas, deparamo-nos com o interesse pelo *multiculturalismo*, na obra de Patrícia Jerónimo, e uma investigação aturada da *internormatividade* europeia, em outros discípulos coimbrãos, de Alessandra Silveira a Mariana Canotilho²⁶⁷, dando origem a uma cátedra Jean Monnet, saliente no estudo do direito da União Europeia.

Em **Coimbra**, ademais do já citado trabalho do *ius gentium*, integrado na rede do *Master* de Veneza²⁶⁸, sobressaem agora as *international lectures* promovidas sobretudo em ligação aos Institutos Max Planck e, de um ponto de vista substantivo, a *teoria da inter e transculturalidade*, cuja genealogia o autor em que nos louvamos pôde já fazer recentemente, mas não nos coibimos de recordar²⁶⁹. Esboçada por Lucas Pires²⁷⁰, acolhida por João Loureiro e exposta preliminarmente por Paulo Rangel²⁷¹, deve-se a Gomes Canotilho a sua elevação a um estatuto teórico digno desse nome²⁷², e que, sem espanto polinizou algumas das escolas e autores já citados, chegando rapidamente ao Brasil, para dialogar com as teses do *transconstitucionalismo*²⁷³ e se espriar através da obra de discípulos directos. De igual sorte, prossegue também, seja por sendas administrativas, graças a Suzana Tavares da Silva, seja com João Loureiro, nas mais profundas águas

²⁶³ Com especial relevo, no âmbito vertente, v. por exemplo, Miguel Nogueira de Brito, *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, AAFDL, 2.ª edição, 2017, pp. 57 e ss (acerca do constitucionalismo para além do Estado) e Luís Pereira Coutinho, *A Realidade Internacional – Introdução à Teoria das Relações Internacionais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

²⁶⁴ Jorge Miranda, “Democracia e Constituição para lá do Estado”, in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 959-972; Paulo Otero, *Direito Constitucional Português, Volume I – Identidade Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2010.

²⁶⁵ Rui Medeiros, *A Constituição Portuguesa num Contexto Global*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015.

²⁶⁶ Catarina Santos Botelho/Elisabete Ferreira; Luís Heleno Terrinha, *Law and Interculturalism*, Universidade Católica Editora, Porto, 2018; Idem, *Constitutionalism in a Plural World*, Universidade Católica Editora, Porto, 2018.

²⁶⁷ Alessandra Silveira/Sophie Perez Fernandes/Sérgio Maia Tavares Marques (Coord.), *Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas, Vol. I*, Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Braga, 2018/ UNIO/CONPEDI E-book 2017; Alessandra Silveira/Mariana Canotilho (Orgs.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2014; Alessandra Silveira (Coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Quid Juris, 2010; Mariana Canotilho, *O Princípio do Nível mais Elevado de Protecção em Matéria de Direitos Fundamentais*, Polic. Coimbra, 2008.

²⁶⁸ Vital Moreira/Carla Marcelino Gomes, *Compreender os Direitos Humanos. Manual de Educação para os Direitos Humanos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014; Sofia Caseiro, *Portugal e a Protecção Internacional de Direitos Humanos*, Imprensa Nacional casa da Moeda, Lisboa, 2018.

²⁶⁹ Cfr. *Supra*.

²⁷⁰ Francisco Lucas Pires, *Introdução ao direito constitucional europeu*, Almedina, Coimbra, 1997.

²⁷¹ V., por último Paulo Castro Rangel, “Transconstitucionalismo versus interconstitucionalidade”, in *Tribunal*

Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976. v. 1, Coimbra editora, Coimbra, 2012, pp. 151-174.

²⁷² V. sobretudo, “Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional, Almedina, Coimbra, 2006.

²⁷³ Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo*, VMF Martins Fontes, São Paulo, 2009; Idem, “Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência Latino-Americana”, in *Tribunal Constitucional: 35º aniversário da Constituição de 1976*, op. cit., pp. 107-150.

interculturais, retomadas em parte por Luís Meneses do Vale, num projecto procura das possibilidades e limites da *constitucionalidade* enquanto especifica normatividade *trans-cultural, pela inter-culturalidade constitucional*²⁷⁴. Só que aqui, como o próprio explicita, proporcionando um confronto desejavelmente profícuo entre entendimentos mais e menos *juridistas* do direito constitucional, e, portanto, apostados numa maior ou menor abertura à sua *redução jurídica* e sobretudo *judicial-jurisdicional*²⁷⁵.

O que toca o nosso ponto de hoje. Assim, enquanto, com Ana Raquel Moniz, se assiste a uma tentativa extensão do *jurisprudencialismo* ao direito administrativo e constitucional²⁷⁶, segundo aquela via, em contrapartida - embora sem se recusar a autonomia do direito como *ius* e a sua parcial sobreposição com a constitucionalidade - insiste-se antes, exploratoriamente, na *reconstituição histórica e arqueológica da específica validade normativa* desta *enquanto politonomia*²⁷⁷; o que, longe de querer implicar a entrega constitucional do *político* à *política* se reclama antes da *imaginação intencional e institucional* necessárias ao *sancionamento* - bem entendido - não necessariamente jurisdicional ou judicial de exigências constitucionais adscritivas ou vinculativas em termos distintos (exactamente porque carentes de outros *modos de efectivação*)²⁷⁸.

Ora, se bem compreendo, assim nos abeiramos do projecto hoje em debate, pela via de uma referência ao professor Paulo Ferreira da Cunha²⁷⁹, também ele empenhado há muito num certo *republicanismo constitucional*²⁸⁰, desta feita enquanto distinto membro da Faculdade de Direito do Porto - onde, por sua vez, o Doutor Manuel Carneiro da Frada nos vem ensinando, no seu *português de lei, a forjar o direito*²⁸¹, a Dra. Cristina Queiroz há muito reflectiu já sobre a *internacionalização do direito constitucional* e a *constitucionalização do direito internacional*²⁸² e a Doutora Anabela Leão, aportou, vinda das questões de interculturalidade²⁸³.

Não podemos senão acompanhar o nosso anfitrião nas exortações que a todos dirige contra o *adormecimento cívico* já advertido por Montesquieu, agora que, como

²⁷⁴ Cf. *supra*, designadamente quanto aos demais autores citados.

²⁷⁵ Uma vez que preocupação semelhante de autonomia se faria sentir, do lado do direito, na recusa das teses da área aberta, criticamente teorizadas por Aroso Linhares - "Jurisdição, diferendo e "área aberta": A caminho de uma "Teoria" do direito como moldura?" in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. 4, 2009, pp. 443-478.

²⁷⁶ Ana Raquel Moniz, "O Problema da Realização da Constituição pela Justiça Constitucional: *Ratio* e *Voluntas*, *Synépeia* e *Epieikeia*? (Reflexões a partir do Pensamento de Castanheira Neves)", in: *VI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2016, pp. 251-307.

²⁷⁷ V. a nota de apresentação contida em Luís Meneses do Vale, «(Br)exit ghost» ou «um conto de duas cidades»: Socialidade e constitucionalidade (transculturais?), entre dignidade, democracia e (Estado de) direito, *XI Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social: Dignidade, democracia e Estado de direito*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 10-11 de Maio de 2019 - <https://apps.uc.pt/mypage/files/lvale/1771>.

²⁷⁸ V. o sumário desenvolvido de Luís Meneses do Vale, "À/a espera do(s) direito(s), entre atenção e resposta(s) universais-singulares. Para uma teoria normativa das listas e tempos de espera na realização prático-institucional da socialidade constitucional no sector da saúde", Coimbra, 13 de Fevereiro 2019 - <https://apps.uc.pt/mypage/files/lvale/1772>.

²⁷⁹ Paulo Ferreira da Cunha, "Corte constitucional Internacional", in *Emporio*, Florianópolis, 27/04/2017; cf. também Idem, *Geografia Constitucional - Sistemas Juspóliticos e Globalização*, Quid Juris, 2009; Idem, *Novo Direito Constitucional Europeu. História e Filosofia do Direito*, Almedina, Coimbra, 2005.

²⁸⁰ Paulo Ferreira da Cunha, *Para uma Ética Republicana: Virtudes e Valores da República*, Coisas de Ler, Outubro, 2010.

²⁸¹ Manuel Carneiro da Frada, *Forjar o Direito*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019.

²⁸² Cristina Queiroz, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011 (e agora *Direito Constitucional Internacional*, Petrony, 2016)

²⁸³ Anabela Costa Leão, *Constituição e Interculturalidade: da diferença à referência*, Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013.

recordámos, os tempos parecem azados à releitura da trilogia dos *sonâmbulos* de Herman Broch, não por acaso recentemente editada entre nós²⁸⁴.

Sem ir por enquanto mais longe, percebe-se logo nas referências feitas uma certa confluência entre o apelo à *materialidade constitucional*, de um lado, e à sua *internacionalização e escalonamento multinível*²⁸⁵, de outro, como condições essenciais para a hipotização de uma jurisdição internacional, conquanto dela derivem, depois, variadas correntes doutrinárias, de acordo com o modo como se entenda não só a constituição e o direito, como sobretudo os tribunais e a interação entre todos.

Depois da afirmação dos Paramentos, no Século XIX, e do crescimento dos Governos, em 900, o novo século seria o dos Tribunais, diz-nos Paulo Rangel²⁸⁶. Mister há de saber, segundo a fonte há pouco invocada, se serão os mesmos, ou algo de diferente. Diferente ao ponto de *mudarem o próprio direito, ou de, ao invés, abrirem espaço a entidades e sobretudo atitudes e práticas de orientação e controlo normativos novos*, ali onde a geração da regulação administrativa falhou por empiricamente capturada e normativo-racionalmente deficiente no seu vezo excessivamente tecnocrático; mas de que a via penal, no extremo oposto, deve, como *ultima ratio*, ser proscribida e numa zona em que qualquer cisão talhante entre política e direito, se torna estéril, como o revelarão decerto as intervenções subsequentes sobre o *controlo político*. A proposta de um *Tribunal Universitário* de perfil único no mundo, nas clássicas matérias do foro cível e penal, por parte Gomes Canotilho²⁸⁷ deparou com a resistência dos profissionais e dos poderes políticos, embora a sua semente tivesse persistido, no solo legal, à espera de melhores dias, até que o revolvimento das terras o perdesse.

Que futuro poderá augurar-se a um putativo *Tribunal Constitucional Internacional*²⁸⁸ e o que poderemos desde já adiantar a seu respeito? Compreendam que me pronuncie desde a mundividência (em) que os advogados portugueses (se) cultivam, por imperativo prático de auscultação quotidiana dos seus constituinte, e naturalmente nutrida pela teoria e doutrina nacionais esboçadas: através estudo que de nós hoje se espera, e, não menos, das interlocuções permanentes que nos temos esforçado por manter, com os meios profissionais, sociais e académicos, de maneira a acreditar os advogados, a advocacia e a sua Ordem, como parceiros incontornáveis, não só da prática como do pensamento jurídico, afinal inextricavelmente imbricados. Nada acrescentarei, pois, prematuramente, sobre o elenco de dificuldades e nós problemáticos que o embaraçam ainda num novelo, desde as questões preliminares da sua (i) *pertinência, vantagens e desvantagens*, ao respectivo (ii) *âmbito jurisdicional*, passando pela (iii) *concatenação com os demais tribunais*, os (iv) concretos *moldes da sua criação e legitimação*, bem como a (v) disciplina orgânico-processual que o regeria. Menos ainda poderia deter-me,

²⁸⁴ Com a tradução de António Sousa Ribeiro: Herman Broch, *Os Sonâmbulos*, Relógio D'Água, Lisboa, 2018.

²⁸⁵ A teoria da interconstitucionalidade constitui-se em parcial alternativa à noção de constitucionalismo multinível avançada por Ingolf Pernice, sendo que esta influência não deixa de se manifestar em escritos e comunicações de vários dos autores mencionados – v. a mero título de exemplo, com relação ao tópico dos direitos sociais, Catarina Santos Botelho, "A proteção multinível dos direitos sociais: verticalidade gótica ou horizontalidade renascentista? – Do não impacto da Carta Social Europeia (Revista) na jurisprudência constitucional portuguesa", in *Lex Social – Revista Jurídica de los Derechos Sociales* (7), pp. 88-123; Luís Meneses do Vale, «Os "Níveis Essenciais de Prestação" (de Saúde) no sistema constitucional italiano: Contributo para o estudo do Direito Público (Constitucional) Social à Escala Global» - *Comunicação às IV Jornadas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social*, Universidade Nova de Lisboa, 2012.

²⁸⁶ Paulo Rangel, *O Estado do Estado. Ensaio de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*, Dom Quixote, Lisboa, 2009; Idem, *Repensar o Poder Judicial. Fundamentos e Fragmentos*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2001.

²⁸⁷ O TUJE estava previsto para o Colégio da Trindade, que hoje alberga o Instituto Jurídico e a Escola de Jurisprudência da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

²⁸⁸ V. supra, nota 1.

por ora, em aspectos outros, que aos advogados, contudo, não deixarão de se afigurar praticamente muito relevantes, desde as *línguas a usar* às *condições de acesso*, do *estatuto de procuradores e juizes* às *formalidades básicas* e aos *bordões procedimentais* a pressupor e mobilizar.



Fico-me apenas por uma advertência nascida da peculiar experiência advocatícia e da sua espessa compreensão das condições mundana e antropológica do direito: quaisquer que sejam os caminhos a trilhar, terão de fazer-se com os advogados e contra a desconfiança que principiámos por lastimar. Perdoem-me as notas institucional e pessoal, mas constituiu, de facto, preocupação precípua deste Conselho Geral e do seu Bastonário chamar a atenção para a importância, a utilidade e a valia insubstituível da advocacia e as correlativas responsabilidades sociais que sobre eles impendem. Internamente, junto dos colegas, mas também externamente na arena política e no espaço social, bem como no próprio foro e até nos claustros académicos.

À ingrata pré-concepção a que os tempos de *populismo justiceiro* tende a condenar-nos, importa responder com a *pedagogia do exemplo* e o cultivo tenaz da nossa função social de mediação, entre a teoria e a prática, a perspectiva interna do sentido e da realização do direito, e a percepção pública e até popular da justiça. Cumpre investir na confiança, não a destruindo, antes do mais, mas reclamando-a também, expressamente, fazendo-nos tradutores por excelência entre o mundo dos valores e dos interesses, dos poderes e dos direitos. Poucos, como nós, advogados, estarão em condições de actuar nos interstícios da sociedade, em todos os seus escaninhos, fazendo pontes entre o global e o local, a internacionalização do direito e das pessoas, a expressão da diversidade e a convocação da comunidade, sobraçadas por ordens e juízos de constitucionalidade para além do Estados. Para isso, porém, há que acreditar a própria relevância metodológica dos advogados²⁸⁹, como agentes de uma participação subjectiva que dessarte democratiza a justiça a partir de baixo e pelo seu interior e concorre para alargar o espectro dos possíveis jurídicos, para espessar e densificar a juridicidade através de um dissenso, de uma dialéctica que as sínteses judiciais fáceis rapidamente estreitam e que, no clima actual, ameaçam simplificar perigosamente o mundo em grosseiros dualismos a branco e negro. Mas isso implica também, por parte de qualquer Tribunal ou Jurisdição Internacional, bem como das nacionais, a aceitação natural da componente racional-estratégica da argumentação dos advogados e a dignificação da defesa que fazem dos direitos, sem por isso serem contagiados sequer pelo pior dos males praticado - aquele

²⁸⁹ Cf. Luís Meneses do Vale, *A retórica de advogados e políticos na metodologia jurídico-constitucional dos E.U.A.: parcialidade e conflito para lá das estratégias e táticas de persuasão* - alocução proferida nas Primeiras Jornadas da Sociedade Portuguesa de Retórica, FLUP, Porto, Junho 2013 (ainda inédito).

que perturba a relação de *cuidado-de-perigo* teorizada pelo Senhor Doutor Faria Costa. Por sua vez, cabe aos advogados internalizar as exigências éticas capazes de auto-regularem os legítimos aspectos táticos e estratégicos da sua actuação, mantendo em linha de vista as grandes constelações axiológicas que atravessam e penetram as ordens jurídicas onde se movem. Esse choque de racionalidades é afinal um reflexo da circularidade dialéctica entre os indivíduos e a comunidade, os direitos e o direito, e como tal, também, uma forma de democracia. E por isso é que o acesso a bons advogados e à justiça, constitui um factor decisivo não só do Estado de Direito como do Estado Democrático.

No limite, porém, esta procura do consenso em torno da valia inatacável dos vários agentes da justiça, enquanto interpretes do direito, mas também representantes do povo, segundo a complexa trama que o normativo e o real, o particular e o geral entrecem só será possível com uma *despatologização* dos problemas jurídicos e inclusive a normalização de níveis – desde que palatares – de litigiosidade, enquanto expressões de pluralismo e da complexidade do nosso viver no mundo. Justamente o que o simplismo dos discursos fáceis não está disposto a tolerar e que a edificação de qualquer esquema de jurisdição internacional não pode ignorar, como realidade que aí está, de facto, mas pode, deve e tem de ser combatida.

Para este esforço, os advogados trazem a cultura de ouvir os outros, para lhes dar voz. Ecoam, por isso, os clamores mais díspares, ao mesmo tempo que praticam, num permanente exercício de tolerância, a própria aprendizagem da *derrota*, a que não é sequer alheia uma humana dimensão lúdica, típica de *jogo* e do *combate civilizados*. A realização performativa da justiça, no ganho e na perda, na absolvição e na condenação são elementos humanizantes que nos vão salvando diariamente, mesmo que na espera de intervenções a montante e a jusante, deste ou doutro mundo - para quem acredite - que prometam salvar-nos.

Ser ou não uma suposta utopia, como de certo modo nos ensinou na sua tese de doutoramento o Doutor Paulo Ferreira da Cunha, é o último dos obstáculos à *luta pelo direito, pela constituição* e, já agora, *por um tribunal constitucional internacional*.

Droit naturel, raison théorique et raison pratique

Henri Pallard²⁹⁰
Michel Giroux²⁹¹

Dans son ouvrage, *Rethinking Natural Law* (Springer, 2013), Paulo Ferreira da Cunha cherche à surmonter les critiques fondamentales que s’adressent réciproquement le droit naturel et le positivisme juridique, tout en élaborant une critique qui mise sur les avantages respectifs de chacune de ces doctrines. L’avantage de la théorie du droit naturel est qu’elle accorde une universalité morale au droit en empruntant la route de la Justice. Elle explique l’obligation d’obéir au droit en le fondant sur des valeurs, valables en tout temps et en tout lieu, qui desservent la Justice. Certes, la contingence du droit positif le met à risque de donner naissance à des lois iniques. Le cas échéant, toutefois, celles-ci perdent leur caractère obligatoire. Pour le producteur de ces règles, c’est le prix juridique à payer pour avoir débordé du cadre de la Justice. À ceci peut s’ajouter un coût politique se traduisant par une perte de légitimité. Ainsi, la nécessité du droit naturel l’emporte sur la contingence de la loi positive. Or la critique fondamentale adressée au droit naturel s’attaque à son universalité et sa nécessité. L’expérience quotidienne révèle une suite de violations des exigences universelles du droit naturel, démontrant ainsi une absence de compréhension ou de connaissance de ces normes universelles. Cela conduit la théorie juridique ou la philosophie du droit à remettre en question la nécessité du droit. L’approche de Ferreira da Cunha est de donner la contingence et la relativité au droit naturel, ou une nécessité au droit positif et de surmonter ainsi la contradiction interne ou la disjonction logique entre la légitimité et l’injustice du droit.



Ferreira da Cunha commence son ouvrage en évoquant le cygne de Goethe ; c’est d’ailleurs le titre du premier chapitre. Dans la mythologie grecque, Zeus se métamorphose en cygne pour séduire, voire violer, Lédä. Pour Goethe, ce mythe jette une

²⁹⁰ Directeur, Centre International de Recherche Interdisciplinaire sur le Droit (CIRID), Professeur titulaire, Université Laurentienne, Sudbury (Ontario) Canada.

²⁹¹ Professeur titulaire, Université Laurentienne, Sudbury (Ontario), Canada.

lumière sur le pouvoir créateur de l'esprit humain cherchant à expliquer le monde. Goethe se souvient du mythe et le revit en rédigeant son *Faust*, entraînant ensuite son lecteur à connaître, à son tour, cet épisode mythique de séduction forcé, de viole dont se rend coupable le dieu suprême. Le lecteur perçoit ainsi l'agression à travers la narration qu'en fait Goethe du point de vue autant de Faust s'éveillant de son rêve que des cygnes, témoins de l'acte. Les possibilités de mésententes sont nombreuses. De plus, lorsque le cygne plonge, les eaux le cachent, mais il demeure néanmoins toujours présent.



Michel Giroux



Henri Pallard e PFC num Congresso em Tunes

Or Ferreira da Cunha fait allusion à ce mythe pour nous faire comprendre toute la complexité qui se dégage de la création du Droit naturel, phénomène profondément humain, qu'il analyse tant du point de vue de sa création que de sa réception. Le Droit naturel, tout comme le cygne et le droit romain, est toujours présent, même lorsqu'il a disparu de la pensée, pour éventuellement réapparaître, au moment opportun, dans toute sa splendeur. Le Droit naturel se situera ainsi entre mythe et réalité, et l'objet de Ferreira da Cunha consiste justement à faire la part des choses entre celle-ci et celui-là en cherchant à distinguer clairement la place que l'on doit réserver au Droit naturel de celle qui rassemblera les malencontreux accidents de parcours. Les possibilités de mésententes

sont tout aussi nombreuses que pour un lecteur de Goethe. Tout autant que pour les métamorphoses du cygne, il peut devenir ici fort difficile de distinguer le rêve de la réalité, et ne pas se méprendre entre apparition, disparition et réapparition. L'approche de Ferreira da Cunha consiste à tempérer les velléités du Droit naturel et d'intégrer la contingence et la relativité du droit positif au Droit naturel en tant que Justice. Le positivisme juridique contribuera à ce Droit naturel contextualisé en fournissant les éléments d'une Justice concrète.

C'est par un simple constat que Ferreira da Cunha commence son ouvrage : non seulement le Droit naturel n'est plus à la mode, mais la présence d'un nouveau paradigme ne lui permet même plus d'expliquer la nature du droit (p. 5). L'absence d'entente définissant la « nature » engendre un obstacle de taille pour ceux qui favorisent une explication de la normativité obligatoire du droit ou de la légitimité du pouvoir par une quelconque « nature des choses ». C'est non seulement le problème classique de la philosophie du droit mais aussi la problématique qui en est à l'origine. Malgré cette absence d'un terrain commun, il est possible d'asseoir les fondements du Droit naturel en identifiant la « véritable nature » du droit au moyen d'un exercice de la raison privilégiant une option culturelle (p. 7). Pour notre auteur, cet exercice axiologique se traduit par une étude de la nature du système des valeurs juridiques qui aboutit à la Justice.

Ainsi, dès le début de son ouvrage, Ferreira da Cunha s'attarde sur le fondement commun du positivisme juridique et du droit naturel qui, selon lui, reposent tous deux sur un choix ou un acte de foi. Pour les tenants du droit naturel, celui-ci est immuable, universel et accessible au moyen de la raison. Ultimement, il y a une vérité qui peut être découverte au moyen de la raison et qui trouve son expression dans le droit naturel. La raison présuppose, pour sa part, l'existence de la vérité qu'elle retrouve dans la nature. Comme le dit Ferreira da Cunha, la raison nous permet de faire un choix culturel en faveur d'une « nature humaine » en procédant à une étude des valeurs fondamentales de l'être humain (p. 7). Or ce choix est contingent ; un choix culturel différent aurait pu lui être préféré, tel que celui en faveur d'une absence de vérité ou celui privilégiant la reconnaissance de la présence d'un monde irrationnel. Ce dernier, corollaire de l'empirisme et du positivisme, se situe dans l'autre grande tradition de la pensée occidentale, fondée sur l'absence d'une nature humaine absolue. Or Ferreira da Cunha postule la contingence du monde et la nécessité du choix en faveur de la raison.

Afin de se frayer un chemin vers le fondement du Droit naturel, Ferreira da Cunha se tourne d'abord vers sa version iusnaturaliste, à la théorie juridique en tant que pluralisme ontologique du droit. Il distingue le Droit naturel du iusnaturalisme, c'est-à-dire l'idéologie ou la pensée fondée sur le Droit naturel. Ce qui est pluriel est l'être ou l'essence du droit. Il cherche alors à tirer au clair le sens de ce « pluralisme », expression dont multiple sens sont possibles malgré leur contiguïté au sein d'un même champ sémantique. Il commence en établissant un lien entre le Droit naturel et les principes juridiques qui posent les apports du iusnaturalisme. Ce cheminement aboutit au constitutionnalisme à travers une pensée juridique fondée sur des principes et reconnaissant, de surcroît, un rôle clé au juge dans l'interprétation du droit et dans la détermination de son orientation (p. 10). Nous devons notre reconnaissance de la primauté des principes sur le droit positif et la coutume, selon Ferreira da Cunha, à l'enseignement du droit naturel. L'objet du iusnaturalisme est de permettre au droit de prévaloir sur le pouvoir et la politique et d'assurer leur légitimité en vertu de sa valeur antérieure fondée sur un métadiscours primordial du Droit naturel. Cela dit, da Cunha convient tout de même que la réalité s'inscrit souvent à l'encontre de la vision ici mise en valeur (p.11).

Enfin, les idées véhiculées par le Droit naturel ont rendu possible un dialogue donnant à la morale une présence dans le droit par le biais de la réflexion philosophique

qui l'entoure (p. 12). Si ce contenu universel du Droit naturel est surtout d'ordre moral et éthique, Ferreira da Cunha reconnaît qu'il faut s'assurer qu'il ne devienne pas tout simplement le résultat d'un préjugé dogmatique. Ce n'est qu'à cette condition que l'on peut ainsi légitimer le droit et lui permettre d'échapper à la domination du pouvoir. Ainsi, c'est à travers sa vocation de Justice que le droit peut se permettre de surmonter les aléas de la contingence de l'expérience humaine. Ferreira da Cunha reconnaît ainsi l'importance de la rhétorique du droit naturel pour surmonter l'injustice (p. 12).

Le Droit naturel, véhiculé par le iusnaturalisme, joue un rôle clé de légitimation du droit, au-delà de la contingence, selon la perspective de Ferreira da Cunha. Mais il reconnaît aussi que cette légitimité peut se voir discréditer à travers l'utilisation idéologique du droit naturel, à des fins partisans, afin de légitimer le pouvoir de régimes autoritaires (p. 13). Cela dit, cette lacune du droit naturel n'a rien à voir avec sa cohérence conceptuelle, mais relève plutôt d'un discours de légitimation manipulateur (p. 13).

La reconnaissance d'une fonction manipulatrice dans le discours présuppose que nous y reconnaissons deux choses : premièrement, l'objet envers lequel la légitimation est dirigée en cette instance et, deuxièmement, le véritable objet envers lequel la théorie est dirigée. Or selon Ferreira da Cunha, le véritable objet de la théorie de Droit naturel est la Justice qui légitime l'exercice du pouvoir politique. L'objet de la manipulation est la légitimation de l'exercice d'un pouvoir politique arbitraire. La reconnaissance d'un discours manipulateur en tant que tel présuppose alors que nous pouvons identifier tant la Justice que le caractère arbitraire du pouvoir.

Selon notre auteur, il ne faut pas confondre le Droit naturel et ses différentes manifestations. Nous avons assisté, historiquement à une évolution en faveur du Droit naturel. Lors des Lumières, celui-ci renvoyait aux principes, tandis qu'aujourd'hui, il concerne plutôt la Justice. Son langage est celui des Droits naturels, tels qu'il s'exprime, par exemple, dans la pensée de Jacques Maritain. Brian Tierney identifie les Droits naturels au Droit naturel ; ils découlent de la nature même de l'humanité. Sympathique envers cette proposition, Ferreira da Cunha conserve toutefois ses distances de cette métamorphose dans le sens des concepts. D'abord, il reconnaît que l'histoire nous a légué un surplus de théories du Droit naturel. Il faut alors laisser de côté les théories pour retrouver la Justice dans le Droit naturel (p. 14). À cette fin, il élabore sa distinction entre le Droit naturel et les théories du Droit naturel à partir d'une comparaison entre la théorie et l'utilisation à laquelle elle donne lieu.

Comme nous le démontrerons plus loin, le moyen d'éliminer cette distinction consiste à éviter toute confusion entre l'objet et les produits de la raison théorique et ceux de la raison pratique. Une théorie consiste en l'explication d'un phénomène en fonction d'un ensemble d'idées ou de principes indépendants du phénomène expliqué. Une pratique réfère, pour sa part, à l'utilisation d'une idée en fonction d'une certaine fin. La pratique existe indépendamment de la théorie que dans la mesure où elle s'inscrit au sein d'une pensée abstraite sans relation avec le vécu. Ainsi, tant le Droit naturel que le positivisme juridique dégagent à la fois un versant théorique et un versant pratique. Nous démontrerons que la réconciliation de l'approche théorique et pratique ainsi que la réconciliation du iusnaturalisme et du positivisme juridique, telles qu'opérées par Ferreira da Cunha, dépendent d'une reconnaissance des différents apports de la raison théorique et de la raison pratique à la théorie du droit, et d'une reconnaissance que ces deux raisons font partie intégrante du même raisonnement discursif tel qu'il se présente à différentes étapes de sa manifestation. Le refus de Ferreira da Cunha de reconnaître l'existence d'une dichotomie entre l'universel et le particulier ou entre le nécessaire et le contingent repose sur leur reconnaissance comme des produits de la raison opérant en fonction de fins différentes, au sein de paradigmes différents.

Ferreira da Cunha s'adonne à déconstruire plusieurs mythes portant sur le Droit naturel. Un premier est que le Droit naturel est un droit parfait. En réalité, il ne peut être, *par définition* (nous soulignons), ni injuste ni inéquitable. Cela soulève la question de savoir ce qui peut être juste ou injuste et comment nous savons que cela est juste ou injuste. Pourquoi n'est-il pas le droit parfait ? Et pourquoi a-t-il besoin du droit positif ? Tel que nous venons de le présenter, ces affirmations par notre auteur ne sont possibles que dans le cadre d'un refus des dichotomies classiques. Ces apories sont le produit d'une raison fonctionnant tantôt selon un mode théorique, tantôt selon un mode pratique.

Le Droit naturel et le droit positif s'inscrivent au sein d'un rapport de dépendance réciproque (p. 15). Sans le droit positif, le Droit naturel demeure incomplet ; pour se réaliser, se concrétiser et avoir un effet dans le monde, il doit avoir recourt au droit positif comme objet à transcender. Par contre, sans le pouvoir de légitimation qui lui est conféré par le Droit naturel, le droit positif demeure un l'exercice d'un pouvoir de domination qui ne peut s'autojustifier. Le Droit naturel ne se limite pas alors à un ensemble de principes abstraits ; il se concrétise dans les principes du droit positif (p. 16).

De même, le Droit naturel n'est pas immuable, éternel ou universel. Alors comment est-il naturel ? C'est son socle qui est stable ; le Droit naturel peut changer, mais on ne sait pas pourquoi ou comment ; il dépend alors du contexte d'une époque. L'absence de consensus sur des questions de civilisation renvoie tout simplement aux questions auxquelles les juristes sont appelés à répondre (p. 18). Enfin, le Droit naturel n'est pas une série de commandements, ce qui est le propre du droit positif. Ses règles ne sont pas universelles et n'ont aucun pouvoir transcendant (p. 20).

Notre auteur procède ensuite au même exercice de déconstruction à l'égard du positivisme juridique. Il relève un premier contresens lorsque le positivisme juridique exclut la nécessité morale du droit positif et impose au justiciable d'obéir à une règle juridique immorale. Pour Ferreira da Cunha, cela constitue une pétition de principe. Il reproche au sociologisme juridique la réduction de l'obligation d'obéissance à la soumission au pouvoir de la société qui l'a créée. Cette explication souffre de l'absence de l'axiologie juridique ou de l'ignorance de la valeur de la norme juridique. Quant à l'historicisme juridique, il reproche à ses partisans d'instrumentaliser le droit à leurs fins pour légitimer leur activité lorsqu'ils détiennent le pouvoir, mais pour délégitimer le pouvoir dès qu'ils se retrouvent dans l'opposition (p. 22).

Pour Ferreira da Cunha, l'interprétation du Droit naturel est aujourd'hui en profonde mutation, en conséquence du dialogue dans lequel il s'est engagé avec d'autres disciplines, par exemple la littérature, l'économie et les nouvelles théories de la justice, ou encore les droits de la personne (*human rights*). D'abord, le Droit naturel s'est développé une conscience critique de soi-même et de son pouvoir de légitimation en s'inspirant de la critique littéraire (p. 26). Ensuite, l'approche économique au droit l'a aidé à remettre la normativité au cœur de la théorie juridique en faisant ressortir le lien nécessaire entre les règles positives et les règles naturelles (p. 28). Enfin, les préoccupations des nouvelles théories de la Justice axées sur le pouvoir ou l'éthique, par exemple, rejoignent les considérations que le Droit naturel a traditionnellement privilégiées (p. 29). Ce dialogue fait partie d'un exercice de réconciliation qui a pour objet l'identification de nouveaux éléments pouvant être intégrés à une théorie du Droit naturel et l'identification de moyens auxquels on pourrait avoir recours afin de surmonter ses différences avec les nouvelles théories. Cependant, c'est aussi un argument pour la construction d'un nouveau Droit naturel. Mais cela dépend d'une nature à partir de laquelle le Droit naturel peut se construire.

Ferreira da Cunha s'engage également au sein d'un dialogue, tant avec les théories classiques que modernes du Droit naturel. Eu égard à celles-là, le rationalisme, pour celles-ci, le volontarisme, sont à l'origine des explications des droits de la personne

(p. 30). Afin de comprendre l'apport de l'un et de l'autre, il faut distinguer deux significations possibles de libéralisme, une liberté formelle qui légitime le capitalisme et une liberté matérielle ou sociale qui légitime l'humanisme (p. 32). Leurs legs constitutionnels se retrouvent au sein des Droits de la personne, de la séparation des pouvoirs et de la constitution écrite. Cette différence entre les deux iusnaturalismes ne tient plus et disparaît lorsqu'ils sont mis en contexte ; on doit porter son attention sur le droit en action. La supposée différence est artificielle et construite par la théorie en fonction d'exigences politiques (p. 33). Un facteur à son origine est l'importante croissance de l'État ; un autre est le conflit entre les monarchistes et les libéraux.

Toujours dans l'esprit du dialogue, Ferreira da Cunha se penche ensuite sur le dialogue entre le Droit naturel et les Droits naturels. Le Droit naturel s'exprime aujourd'hui par le langage des Droits naturels. C'est un faux conflit qui sépare les deux écoles vu les liens étroits qu'elles entretiennent (p. 35).

Ce tour d'horizon de la situation contemporaine du Droit naturel conduit ensuite notre auteur à examiner la possibilité de concevoir une théorie unitaire et non politique du Droit naturel. Au cours de l'histoire du Droit naturel, l'opposition entre le Droit naturel classique et moderne s'est avérée être tout simplement une façon d'organiser la réalité en mettant en valeur différents éléments selon les contextes (p. 36).

Faisant obstacle au projet de notre auteur d'une théorie unitaire est la nature ésotérique du Droit naturel, qui le rend difficilement compréhensible. D'abord, il est méthode, mais il doit par la suite faire l'objet d'une application concrète ; il doit s'inscrire au-delà du normatif en empruntant une signification précise. En tant que méthodologie, il doit nous permettre de sonder les principes fondamentaux du droit, s'apparenter, en quelque sorte, à une métaconstitution (p. 41). Cependant, il n'est pas un code, mais ce qui ultimement le légitime. Il ne se réduit pas à un texte écrit comme c'est le cas du droit positif mais doit plutôt être considéré comme une dialectique qui s'articule entre les pôles opposés du purement normatif et de l'entièrement factuel. Cet exercice a pour objet la compréhension de la nature des choses et, surtout, la nature de l'Être humain (p. 42). Cela doit nous conduire à quelques vérités simples qui nous permettent de légitimer le pouvoir et le droit.

Ferreira da Cunha en arrive ainsi au legs politique du iusnaturalisme. Derechef, il reconnaît qu'une approche pluraliste de l'ontologie du Droit — dans son mode d'être et d'un point de vue formel — ne fait pas l'unanimité des théoriciens. En effet, n'importe quel retour sur l'histoire démontre que son ontologie a été manipulée par l'autoritarisme politique à ses propres fins, dans un effort de légitimation. Cependant, même certaines formes du positivisme juridique reconnaissent que le droit positif doit composer avec d'autres réalités ayant une supériorité aux normes en vigueur, justifiant ainsi qu'on lui désobéisse (p. 46). On peut compter le développement des Droits de la personne avec ses mécanismes de protection national et international comme une importante victoire morale et historique du Droit naturel au niveau, philosophique, politique et juridique. Le Droit naturel s'est transformé en droit constitutionnel, en droits de la personne et en libertés civiles. Le droit positif a joué un rôle important dans cette transformation ; en concrétisant le Droit naturel, il a pu faire obstacle de façon décisive à l'abus du pouvoir autoritaire ou populaire en le délégitimant (p. 47).

Il s'ensuit qu'une des conséquences du iusnaturalisme est de rendre possible la reconnaissance des principes juridiques comme des règles de droit supérieur aux règles positives ordinaires. En tant que tel, il est une activité pédagogique portant sur la Justice au-delà du formalisme du positivisme. Son legs est le combat pour la liberté, la justice et l'équité, et les Droits de la personne (p. 50). Cette justice se fonde sur la Dignité de la Personne humaine, sur sa nature et sa condition, et la politique y fait partie intégrante et rend possible la réalisation de la Justice par la mise en œuvre de politiques et de

programmes sociaux pour palier la pauvreté, entre autres choses (p. 53). C'est par un effort de volonté que nous parvenons à cette Justice.

C'est ainsi que Ferreira da Cunha croit surmonter la dichotomie classique entre le juspositivisme et le iusnaturalisme. Or cette approche nous permet, dit-il, de surmonter d'autres divisions. Nous ne sommes pas réduits à un choix qui accorde la primauté soit au législateur et à la règle, soit au juge et à l'équité. Il y a plutôt un mouvement entre l'un et l'autre dans la réalisation de la Justice. Pour la même raison, la rationalité juridique ne se réduit pas à une pensée systématique ou pensée problématique ; elles en sont différents modes et une dialectique entre l'une et l'autre caractérise son orientation méthodologique (p. 56). En fin de compte, c'est la fidélité à la Justice qui doit l'emporter ; il importe alors que la Justice se trouve (p. 60).

Le positivisme juridique identifie une pluralité de situations concrètes qui contredisent la thèse du Droit naturel à l'effet que celui-ci ne s'applique pas et est sans effet. Afin de permettre au Droit naturel de répondre à ces critiques, Ferreira da Cunha le conçoit pluriel et contingent tout en lui conservant sa nécessité et son universalité. Ce Droit naturel donne expression à la Justice ou en est l'expression. Il se meut à travers l'histoire et entretient d'étroits rapports avec la Justice à travers le vécu quotidien du droit positif. C'est donc sur le terrain que se manifeste la justification de la nécessité et de la contingence du Droit naturel ; en se réalisant, il atteint son essence formelle universelle ainsi que sa nature matérielle particulière.

Ferreira da Cunha croit avoir identifié le point charnière où se rejoignent l'universel et le particulier, l'immutabilité et la mouvance, la nécessité et la contingence, l'absolu et le relatif, le pluralisme et le monisme, rendant ainsi possible la cohabitation du iusnaturalisme et du juspositivisme. Or il nous semble que notre auteur doit aller plus loin dans sa démarche pour établir le constat de telles réconciliations. Il doit démontrer l'évolution du processus qui en permet l'atteinte. Nous croyons qu'un élément de réponse réside au sein des différents modes de raisonnement auxquels nous avons recours lorsque nous utilisons le Droit naturel pour décrire l'univers juridique et le positivisme juridique pour décrire son fonctionnement quotidien, tel que le laisse entendre Ferreira da Cunha. À son explication, nous ajouterions l'appel à la raison pure ou théorique à laquelle nous recourons dans le premier cas, de même qu'à la raison pratique, eu égard au second. La première se penche sur les structures formelles et universelles du droit, la seconde sur sa matière accidentelle et particulière. Il faut toutefois souligner que l'une et l'autre ne sont que des catégories orthogonales de la même raison, celle-ci opérant à l'intérieur de cadres différents.

Cependant, avant de décrire comment les apories auxquelles conduisent le iusnaturalisme et le juspositivisme sont des produits de ces deux modes de raisonnement, et comment l'on peut surmonter ce dualisme en recourant à la raison elle-même, nous voulons proposer une réponse positiviste à la thèse de Ferreira da Cunha afin de mieux asseoir sa double critique. À titre d'illustration, nous ferons appel au problème de la réconciliation de l'universalisme des droits de la personne et du relativisme culturel²⁹². Cela nous permettra de mieux comprendre comment l'un et l'autre sont le produit de la même raison, quoique fonctionnant à l'intérieur de schèmes de pensée dont les différences entraînent des résultats irréconciliables, telle que les apories auxquelles Ferreira da Cunha fait référence dans *Rethinking Natural Law*.

La remise en question du bienfondé de la *Déclaration de 1789* débuta peu après son adoption. Si, en principe, elle devait protéger l'individu contre le pouvoir de l'État,

²⁹² Voir P. Ferreira da Cunha, «Universalité des droits fondamentaux et pluralité culturelle: une comptabilité pour toujours rhétorique?», dans *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Henri Pallard et Stamatios Tzitzis (dir.), L'Harmattan, Paris, 1997, p. 149-167.

on lui reprochait d'avoir mise en place une conception des droits de la personne qui répondait aux attentes de la bourgeoisie ascendante et qui assurait mieux son assise sur les classes économiquement défavorisées. Cette critique axée sur la subjectivité inhérente à la conception libérale des droits a été reprise par les pays en voie de développement, au vingtième siècle. Les droits de la personne s'inscrivaient alors au sein des valeurs de la société occidentale au détriment de celles des pays nouvellement libérés de la tutelle des pays occidentaux. En opposant ainsi la relativité culturelle à l'universalité des droits fondamentaux, l'État trouvait le moyen de se soustraire à ses obligations. L'État se légitimait alors en faisant appel aux structures sociales traditionnelles.

Selon les positivistes, les droits fondamentaux sont relatifs et leur universalité est le résultat d'un processus d'acquisition culturelle alors que les iusnaturalistes, estiment plutôt qu'ils sont universels en vertu de leur fondement au sein d'une nature humaine commune. Pour les positivistes, le relativisme culturel n'est pas un piège intellectuel, mais la possibilité même d'une reconnaissance de l'existence fragile des droits de la personne qui dépendent des rapports de pouvoir dans une société donnée. Nos droits sont le produit d'une lutte acharnée contre le pouvoir. Ils n'existent que dans une relation de tension à l'encontre de celui-ci, car ils — du moins ceux de la première génération — imposent des limites à l'exercice de l'autorité étatique. L'effondrement de cet équilibre au sein de la relation de pouvoir opposant les individus à l'État peut conduire à un effondrement des droits. En reconnaissant que les droits sont tributaires d'une lutte, on prend acte de la contingence et de la fragilité de leur existence, mesurant, du même coup, l'ampleur de leur importance eu égard au conditionnement de la vie politique. Conscients de leur fragilité, en face de la Modernité, on est saisis de la responsabilité de militer pour les droits de la personne. Le relativisme n'est plus un piège qui conduit à la disparition des droits de la personne, mais la prise de conscience de la nécessité de reprendre quotidiennement la lutte pour leur protection. Sans la conscience du socle fragile de leur origine, nous risquons de les voir disparaître à la suite d'une série de compromis pour assurer la continuité d'un pouvoir politique, estimé fragile mais nécessaire.

Cet appel au relativisme culturel doit lui-même être déconstruit comme Hegel nous appelle à le faire au sein de la dialectique du maître et de l'esclave. L'esclave hégélien transforme son monde par son travail et se réalise dans son travail pour le maître, possibilité de réalisation qui échappe au maître. Le maître est la négation de la subjectivité de l'esclave, et par là même, de sa propre subjectivité. La culture occidentale, par son néocolonialisme, nie la subjectivité des mondes anciennement colonisés. En tant que cultures dominées, ces mondes sont incapables de bien faire entendre la signification des valeurs qui les composent. Le colonialisme et le néocolonialisme sont l'expression de rapports d'inégalités entre deux cultures. Or ces rapports d'inégalités peuvent également se retrouver au sein même d'une communauté dominée — tout comme nous pouvons les retrouver à l'intérieur d'une communauté dominante, par exemple eu égard aux rapports entre les hommes et les femmes dans la société occidentale. Le discours du relativisme culturel peut ainsi être retourné contre lui-même. En déconstruisant les rapports entre les collectivités composant la société dominée, nous pouvons identifier des groupes dominants et des groupes dominés. On retrouve à l'intérieur du discours du relativisme culturel une priorité accordée aux intérêts du groupe dominant. Le relativisme culturel est incapable de justifier cette priorité qu'il accorde à une partie de sa propre société. Ce groupe dominant se comporte de la même façon envers les groupes asservis que la culture occidentale envers la société dominée. Il reproduit ces rapports de pouvoir et ces inégalités à l'intérieur de sa propre société. Le même reproche que le relativisme culturel adresse à l'universalisme des droits de la personne peut alors être retourné contre lui. Il n'est autre qu'une autojustification de son propre pouvoir. Le relativisme des droits de la personne rend possible une meilleure compréhension de la rhétorique de l'opposition aux

droits de la personne de même que de la complexité des éléments du processus de déconstruction discursif pertinent.

Dans le contexte du relativisme culturel, le discours de l'universalisme des droits de la personne n'est pas sans utilité politique. Il peut s'avérer un instrument rhétorique puissant contre l'« injustice » en condamnant l'exercice arbitraire du pouvoir à partir du rapport entre droits fondamentaux et raison humaine. Aucune obligation alors de trouver une justification quelconque pour fonder son opposition au pouvoir. Sur la place publique, il devient difficile de contrer un tel argument. Il ne faut pas sous-estimer l'« enchantement » de la rhétorique des droits de la personne.

À notre avis, afin de répondre pleinement à une telle critique, la thèse de Ferreira da Cunha doit se voir compléter par la reconnaissance des apports différents de la raison « théorique » et de la raison « pratique » à notre perception du droit. Notre auteur ne veut pas cantonner la raison à l'une ou l'autre de ces deux dimensions, car c'est ce refus inexprimé qui rend possible la réconciliation du iusnaturalisme et du iuspositivisme. Ses critiques portent sur les résultats qui ne font valoir qu'une de ces approches au droit. Sa démarche n'est pas synthétique. Elle ne cherche pas à reconnaître la validité de l'une et l'autre approche pour les dépasser dans un mouvement de synthèse ; son approche n'est pas hégélienne. Sa réponse repose sur la reconnaissance des deux formes de la raison, ce qui lui permet de surmonter les apories qu'il a identifiées. C'est en reconnaissant que la conscience du monde est complexe que nous pouvons tendre vers une meilleure connaissance du droit.

L'approche de Ferreira da Cunha repose sur une distinction entre la raison « théorique » et la raison « pratique » qui demeure inexplicitée au sein de son texte. La raison théorique construit les systèmes iusnaturalistes et iuspositivistes en tant qu'entités autonomes et objectives ayant des traits qui leur sont propres, qui nous permettent de les distinguer l'une de l'autre, et qui fondent ou sont à l'origine de leur opposition doctrinale. La raison pratique applique la norme juridique en fonction de l'objet, soit moral soit normatif, qu'on lui a attribué. Les difficultés surgissent lorsque les produits d'une approche sont confrontés à la réalité de l'autre approche. Notre auteur cherche le point commun qui rend possible l'une et l'autre approche.

Les fondements de la raison pure ou théorique sont strictement indépendants du contenu particulier de l'expérience, tandis que ceux de la raison pratique résident dans l'expérience de l'objet qu'elle s'est donnée ; l'une cherche à l'appréhender sans le poser dans un acte de connaissance formelle, l'autre pose son objet afin de décliner ses attributs matériels. Eu égard à l'appréhension du phénomène juridique, la première se penche sur la forme du droit telle que la raison se le donne, et la seconde sur la mise en œuvre du droit dans sa réalité quotidienne. La raison théorique ne rendait compte que d'une partie du concept du droit et il était mal transmis par ses théoriciens ; la raison pratique, ne se penchant que sur les faits juridiques, pouvait ainsi semer le doute sur l'objet juridique en soulevant la possibilité qu'il ait été transmis de façon incomplète, partielle ou partielle.

La raison pure nous renvoie à la forme de la raison, ce qu'elle est sans égard à son contenu ou quel que soit le type de contenu qu'elle envisage. Par exemple, la loi de non-contradiction régit le raisonnement indépendamment de l'objet sur lequel porte le raisonnement ; ainsi, son étude fait partie intégrante d'une réflexion sur la nature de la raison pure. Le résultat d'une telle étude est une connaissance apodictique, absolue et nécessaire de l'objet de réflexion. Lorsqu'on cherche à saisir le droit eu égard sa forme, on fait appel à la raison pure qui en livre les structures nécessaires. Le Droit naturel et le positivisme juridique appréhendent le droit en tant qu'objet pur, indépendamment de l'expérience, l'un posant un idéal moral comme structure essentielle, l'autre, la structure normative comme élément essentiel.

La raison pratique a un contenu spécifique ; la conclusion de son raisonnement porte sur une action. C'est un engagement pratique, car son contenu spécifique porte sur la fin de l'action afin d'assurer la réalisation de son objet. La raison pratique juridique cherchera soit à respecter les contraintes morales à travers lesquelles elle perçoit le droit si elle emprunte une optique fondée sur la présence du iusnaturalisme au sein du droit positif, soit à respecter la structure et le contenu normatif véhiculé par le droit positif dans le cadre d'une approche positiviste au droit.

Sans l'avouer ouvertement, Ferreira da Cunha cherche un terrain commun au sein duquel pourrait cohabiter la raison pure et la raison pratique dans le cadre la connaissance juridique. Ni la moralité ni le normativisme ne peuvent exister l'un sans l'autre ; les descriptions qui négligent soit l'un soit l'autre sont réductionnistes. Or ces deux formes de la raison, théorique et pratique, n'appartiennent pas à des univers différents. Il n'y a pas une raison pure dont l'objet est le monde à travers ses structures essentielles et une raison pratique dont l'objet est le monde à travers l'action quotidienne. Ces catégories sont orthogonales plutôt que disjonctives. Il n'y a qu'une seule raison qui, pour le même objet, peut donner tantôt priorité à sa connaissance formelle, tantôt priorité à sa mise en œuvre pratique. En tant que catégories orthogonales, ces deux formes de la raison oeuvrent sur un terrain commun, et ce terrain commun est la personne, le lieu de la raison pure et de la raison pratique, le seul endroit où elles ne s'opposent pas et où elles ne coexistent pas. C'est pourquoi l'objet de la raison est la Justice ou les Droits de la personne.

Revenant au cygne de Goethe, il n'est pas surprenant que le Droit naturel aille fait l'objet d'une telle mésentente. Le lecteur connaît le rapt de Léda à travers le récit d'un tiers qui raconte l'éveil d'un rêveur. Il en va de même pour le Droit naturel. Selon Ferreira da Cunha, nous sommes témoins de sa présence, mais comme dans un rêve. Il appartient alors à la raison de faire le tri entre l'imaginaire et le réel juridique.

Verdade

Isabel Pereira Leite²⁹³

Paulo é nome de Apóstolo. É o nome do Apóstolo da Verdade – Paulo de Tarso.
A analogia logo surge, porque associar Paulo Ferreira da Cunha e Verdade é
deveras natural.



A autora

Numa altura em que dizer a verdade é proeza rara, o Paulo di-la. Mais: o Paulo
escreve-a, regista-a, faz dela letra de consciência.

A verdade é muito menos cheia de prosápia do que a inverdade que, quase
sempre por ser mais fácil, escancara as portas à mentira. A mentira, que é também

²⁹³. Bibliotecária. Faculdade de Letras da Universidade do Porto.

ignorância voluntária, é terreno de areias movediças em direcção ao qual, sem prestar atenção, quantas e quantas vezes nos dirigimos, apesar dos avisos e dos sinais de alerta.

Precisamos de quem nos sacuda, nos faça levantar da cómoda rotina de alheamento em que vamos caindo. Por omissão intencional, afastamo-nos da indignação que pode fazer a diferença, seja quando e onde for.

“*Indignez-vous!*” escrevia, em 2010, Stéphane Hessel. A indiferença é a pior das atitudes; é um erro crasso que nos torna coniventes em males menores, que rapidamente se transformam em males maiores.



IPL falando na iniciativa “Livres como Livros” em que PFC participou

No palco que todos pisamos, o pano sobe para que a representação possa acontecer. Quando, porém, cai o pano e soam os aplausos, passamos da *mise-en-scène* para a realidade com uma facilidade assustadora. E continuamos em palco.

Quem é que vai no encalço da Verdade, tendo percebido que foi a primeira a abandoná-lo? Quem é que tem a coragem de descer do palco e tomar tempo para pensar, com lucidez, que há que ir atrás dela porque sempre foi, é e será o único caminho possível para que o Ser Humano se afirme plenamente?

A lucidez de quem procura a Verdade está presente em tudo quanto sempre li e ouvi do Paulo. É uma demanda constante, corajosa, que resulta desse inconformismo, dessa indignação que é, na realidade, um incessante questionar.

Que em algumas décadas, de permeio entre dois séculos, o Paulo tenha vindo a consignar o saber de milénios numa missão – a de nos levar a entender que “*todo o*

mundo é composto de mudança, tomando sempre novas qualidades” (Camões), é algo que resulta do que lhe está no âmago. Aliás, daí lhe parte toda a retórica.

Sem receios, sem temores, o Paulo não desiste desse fantástico desafio que consiste em perceber que a indignação perante o desconcerto do mundo não anula o maravilhamento com a obra dos criadores que, de algum modo, todos somos. Necessário é descobrir algum equilíbrio que permita (re)encontrar a Verdade de que andamos muito mais alheados do que pensamos.

No final dos anos 80, tive o grato prazer de conhecer a Luísa e o Paulo na Faculdade de Letras da Universidade do Porto. Encontrámo-nos, entre estantes de livros, na Biblioteca onde ainda hoje trabalho, e que ainda hoje ambos frequentam.

Sou Bibliotecária. Presunção à parte, tomo para mim o que Thomas Jefferson dizia: *“I cannot live without books.”*. Mas, mais do que qualquer pessoa que conheço, o Paulo está absolutamente convicto de que sem livros, o mundo não era nada. Tal convicção tem um incomensurável significado. E é por isso que, no Paulo, a Palavra-Verdade está presente. O Paulo tem o dom da palavra e faz dele letra de vida.

O Paulo não escreve tutoriais detalhados, cheios de alíneas, instruções e indicações de uso. Nem manuais de boas práticas repletos de “nãos”. Nada disso! Transmite-nos, simplesmente, o que pensa sobre o mundo a que chamamos nosso.

Em cada livro, em cada artigo que escreve, em cada ensaio, em cada testemunho encontramos definida uma argumentação clara, profunda, plena de lucidez e, simultaneamente, de respeito pela diferença; uma argumentação sustentada na sua *praxis*, portanto coerente e carregada de verdade.

Não faço ideia exacta de quantos títulos se integram na bibliografia completa do Paulo, tantas centenas são eles, mas escolho, aqui, um, publicado em 2017 pela Empório de Direito (Florianópolis) – “Tributo a César”.



O Paulo juntou nesta obra textos que são como pautas musicais que enunciam a Sinfonia da Vida. O Paulo é, também, um contador de histórias.

“A única ambição do contador é mostrar-se necessário. Como um camponês ou um padeiro. Nem mais, nem menos. Porque as histórias que conta revelam certos aspectos do espírito que não são perceptíveis de outro modo. Poderosíssimas civilizações colocaram-no no centro das encruzilhadas, por vezes no próprio centro do palácio e a sua santa padroeira é, evidentemente, uma mulher, a mui ilustre Xeerazade, que jogava a cabeça em cada relato, que encantava zelosamente a noite e se calava, sonhadora, à chegada da aurora. Aqui está a importância de uma narração bem feita. Ela brinca com a vida, com a morte. Talvez até [...] não passemos de uma história com um princípio e um fim. Mas, neste caso, quem a conta?”, questiona-se Jean-Claude Carrière, na sua “Tertúlia de Mentirosos” (Teorema, 2000: p. 15).

No Paulo e nas suas personagens reside uma das hipóteses. Por isso, vale a pena convocá-las de novo e, confiando na benevolência de quem as criou, introduzi-las noutras “aventuras”.

A Biblioteca e a Tese

De teses estão as bibliotecas universitárias cheias. Cheias, mas cheias no sentido que quem já não pode mais ver teses na frente atribuiria ao termo, estão as pessoas que se envolvem com elas.

Casos de amores de perdição ou de salvação, de amores matreiros, interesseiros, vadios, doentes, mas também cúmplices, leais, próximos, perenes.

Um caso de amor entre um leitor e uma Biblioteca é coisa séria, mas entre um leitor e uma tese é bom que seja coisa a prazo, como é preferível que aconteça entre a tese e o seu autor. Isto, para bem da Biblioteca, dos autores e dos leitores – em suma, para o bem comum.

Não sendo assim, as “*antigas e novas andanças do demónio*” encarregar-se-ão de desenvolver oportunas teorias sobre os incontornáveis benefícios da reciclagem: de tese passa a livro, para logo a seguir ser dividida em artigos publicados em várias línguas e apresentada em comunicações de 20 minutos, aqui, ali e acolá.

Tanto a cirurgia estética, como a reconstrutiva, duas manas que têm muito em comum, passam, de vez em quando, pelas bibliotecas. Interessam-se por teses que precisem de uma intervenção. Oferecem os seus serviços às que lá se encontram há mais tempo, mas, quase sempre, são as mais recentes que necessitam de um *lifting*.

Está claro que entre as bibliotecas pessoais e as bibliotecas universitárias a comparação nem se deve fazer. Nas verdadeiras bibliotecas pessoais não costuma haver muitas teses nas prateleiras; a ordem perfeita, se é que existe, também não costuma nelas reinar. Normalmente, são uma espécie de *alter ego* do seu possuidor. Os outros, aqueles outros que jamais teriam bibliotecas pessoais, descubram-lhes bizarras e acham que o espaço que ocupam é sempre demasiado.

E depois, há as viúvas, como a tal viúva do mestre, que, se finalmente conservam ainda alguma obra da herança, sabiamente escolhem as mais esclarecedoras sobre finanças e mecenato para terem à mão – *on ne sait jamais...*

E depois, há os filhos que fazem o que Camilo dizia que os seus fariam um dia. Confessa ele a Martins Sarmiento, numa carta que lhe escreve, que está absolutamente convencido de que seus filhos, ignorantísimos, mal ele feche os olhos, venderão os cerca de 4000 volumes da sua biblioteca às mercearias.

E depois; e depois; e depois...

O Perdedor

Há que perder com elegância, com *savoir faire*, porque, se assim acontecer, fica-se a ganhar. Senão, vejamos:

O Professor, ao pressionar levemente uma tecla, fez desaparecer a pauta acabadinha de preencher no módulo de avaliação do insuperável sistema da universidade – Meu Deus! Perdeu toda essa informação, mas ganhou cabelos brancos o que, a partir de determinada altura, torna distinto quem os possui.

O Professor encontrou a cantina fechada, quando se lembrou de que não tinha almoçado – Meu Deus! Perdeu uma dose de massa à jardineira, mas acabou, deliciado, num bom restaurante ali perto, diante de uma bela açorda de marisco, a convite de um caloroso colega com quem já não estava há muito.

O Professor, que ficou a atender alunos até às 10 horas da noite, esmurrou desastrosamente o carro, ao manobrar para sair do parque de estacionamento da faculdade – Meu Deus! O carro ficou bem danificado, mas o seguro contra todos os riscos que, para já não ter que ouvir mais a sua gestora de conta, possuía, transformou-lhe um carro já cheio de riscos e mossas num carro imaculado.

Conclusão: Lavoisier tinha razão – “*Na natureza nada se perde, nada se cria; tudo se transforma.*”

O Frequentador e a Executante

“*À Mulher de César não basta ser; tem de parecer*”. Será?

Se a Mulher de César for uma triste, insegura e apagada figura, terá de se revelar ainda mais triste, insegura e apagada aos olhos do mundo. Provavelmente, nessa altura, ser-lhe-á diagnosticada uma seriíssima depressão, e César, para o bem de todos, interná-la-á no estrangeiro, longe dos olhares curiosos. Mais tarde, com justa causa, pedirá a anulação do casamento.

A sua segunda Mulher, efusiva, alegre, muito opinativa, terá de se revelar ainda mais efusiva, alegre e opinativa. O mais certo é que se conclua que é um verdadeiro caso de perigoso devaneio. César, por ser melhor para todos, procederá com a madrasta dos filhos como procedeu com a mãe deles.

Ou então, à Mulher de César basta ser quem é. Ponto. É quem César escolheu, e o escolheu a ele. Sobreviverá e continuará a ser a primeira dama. É claro que pode sempre haver um golpe palaciano, mas isso é já outra história...

Quem agrada a toda a gente, sem exceção, engole em seco frequentemente, o que só pode perturbar o seu próprio bem-estar. Não é possível agradar a gregos e a troianos sem sacrificar pedaços do seu eu mais íntimo. Normalmente, pedaços cada vez maiores, e em silêncio, sem nenhuma música de fundo. Numa ou noutra ocasião, talvez Stockhausen, que, não sendo consensual, encaixa perfeitamente nesta divagação.

Os Hieróglifos

Numa casa perto daquela onde vivia Nuninho, havia um menino que, aos três anos, já sabia ler na perfeição.

Todas as noites a Mãe lhe lia uma história. Invariavelmente a mesma, porque ele assim o pedia, e era melhor não o contrariar. Seguia as linhas com o dedo indicador, enquanto o filho olhava fixamente. Houve uma ocasião em que, já cansada, se perdeu na

trama. Imediatamente uma vozinha se fez ouvir: “Não, não, não, não é assim” e logo a seguir as palavras foram ditas tal como estavam escritas.

“Ó espanto! Ó portento! O meu filho sabe ler! Venham todos ver!” A prova dos nove foi marcada para a noite seguinte, em plena sala. A curiosidade era imensa. O pequenito esteve à altura das expectativas. De facto, até as ultrapassou largamente, porque, quando a luz falhou de repente, a sua vozinha, sem hesitação alguma, continuou a ouvir-se, palavras e pausas no momento certo de virar a página. Era capaz de ler no escuro! Melhor era impossível!

Quando a luz voltou, a Avó, que trazia um livrinho novo, pediu-lhe que lesse a primeira página, mas ele, de olhar muito vivo, respondeu: “Quero um leite quente com chocolate, que agora não leio mais nada.” Era já um portento com alguns “vícios”.

À medida que os anos foram passando, o leite quente com chocolate foi sendo substituído por Vinho do Porto, por whisky, por aguardente velha, até que um dia, depois de mais uma garrafa de Armagnac, o portentoso Doutor foi encontrado sem sentidos no seu gabinete ministerial. Aos trinta e tal anos, acabou-se-lhe a carreira política.

Nunca chegou a perceber que cada coisa tem o seu tempo...

O Jornalista e o Conferencista

O arquitecto Aga-Pan-To, prémio Pritzker de 2021 (temos o dom da premonição...) acaba de se sentar numa cadeira metálica de 3 pernas que, propositadamente, por ser a vedeta do último salão de design de Milão, ali foi colocada.

O jornalista que o vai entrevistar, depois da conferência na qual foi aplaudido de pé durante 13 minutos seguidos, aguarda-o na sala de vidro do 99º andar do edifício que acabou de ser inaugurado. Não sabendo onde se sentar, porque não há mais cadeiras à vista, permanece em pé, à direita do arquitecto.

Aga-Pan-To está sentado de lado, porque sabe que é o único processo de se manter equilibrado. Convida o jornalista a sentar-se na cadeira invisível, que é ainda um protótipo que, seguramente, muito dará que falar.

E a conversa começa. O tópico principal é o jardim suspenso de agapantos brancos, mesmo ali, no alto do edifício. O jornalista quer saber a razão da escolha. Aga-Pan-To, com um ar um tanto agastado, responde “Myself. What else?”

Mas o jornalista não desarma e pergunta-lhe se os longos caules dos agapantos não serão demasiado frágeis perante as intempéries, a uma altura daquelas. O arquitecto retorque “Absolutely! Look at me!” e, no mesmo instante, cai da cadeira abaixo.

Solicito, o jornalista ajuda-o a recompor-se. Nesse preciso momento, olhando lá para fora, apercebe-se de que os agapantos se riem às gargalhadas.

Está visto que tudo isto se passa durante uma noite mal dormida – é que o jornalista, a braços com um processo instaurado por um político que ele visou num artigo que escreveu sobre os atropelos ao PDM da cidade, está é preocupado com o que se há-de seguir.

Fotografia a preto-e-branco

Era uma vez uma rapariga que escrevia postais. Também escrevia cartas. Por vezes, os postais eram pintados por ela, com pincéis de aguarela. O papel em que escrevia dependia muito de cada ocasião. Como sabia tirar fotografias lindíssimas, chegava a escrever no verso daquelas que oferecia. Eram frases, poemas, pequenos textos com uma letra que desenhava como se tivesse todo o tempo do mundo à sua disposição.

Não havia obediência alguma entre ela e as palavras. Fluíam, simplesmente, “*como a água que corre*” (Yourcenar). O mundo que a habitava, feito do mundo em que ela habitava, era como que um Ser extraordinário que pulsava ao compasso das horas, mais ou menos apressadas, mais ou menos lentas.

Esse Ser tinha o dom da palavra. E tinha, também, o dom da generosidade, o dom do maravilhamento constante com o que nos rodeia, dom raríssimo e muito difícil de encontrar em alguém, e o dom da coragem, também esse pouco comum.

Assim, ouvindo com a máxima atenção as palavras ditas, que podiam ser conhecidas de todos ou só de muito poucos, a rapariga tentava perceber o Ser que tinha dentro de si, procurando adivinhar-lhe os silêncios.

Os silêncios são palavras que murmuramos para nós, num tom inaudível, ou, se calhar, nem tanto, porque há quem seja capaz de as ouvir. O Ser que morava nela sabia muito bem que *ut flatus venti* passam os dias. Por isso mesmo, fez com que a rapariga se tornasse professora de retórica. Para fazer chegar a quem lhe prestasse atenção, embrulhadas em delicado celofane de infinitas cores, palavras do universo inteiro.

O Juíz, o Ouro e o Ladrão Honesto

Quando eu era pequena, ouvi falar, pela primeira vez, numa tal galinha dos ovos de ouro. Fazia parte da história de um homem que se dizia pobre por não ter ouro. Tinha o que comer, o que vestir, um tecto, saúde e trabalho, mas não era feliz porque não tinha ouro. Que fatalidade!

Como em todas as histórias, havia também um duende. Os duendes costumam ser engraçados. Têm, normalmente, um apurado sentido da justiça e intervêm nas vidas das personagens, usando como que artes mágicas e processos engenhosos.

Os duendes têm amigos que podem, por exemplo, ser insectos, como o Grilo Falante, companheiro de Pinóquio. Falam muito à consciência, esperando, assim, abrir os olhos dos que se deixam dormir horas e horas a fio.

Voltando ao tal pobre homem pobre, que, num acto de esperteza saloia, ditado pela ganância, acabou por matar a galinha dos ovos de ouro, a história conta que os dois ou três ovos de ouro que a prodigiosa galinha tinha posto, perfeitos e reluzentes, o deixaram, e à Mulher, num sino. Mas o que não conta, e hoje sabemos, é que tendo vendido dois deles, decidiram conservar o primeiro.

Mandaram, então, fazer um cofre onde o guardaram. Porém, um belo dia, o cofre desapareceu. Houve choro e ranger de dentes e muita pobreza de espírito à mistura. As acusações, disparadas a torto e a direito, originaram intermináveis processos nos tribunais. Ainda hoje, passados dois séculos, continuam todos desavindos.

Mas, na semana passada, li uma notícia fantástica num jornal dos anos 80. Uma respeitável avozinha tinha-se apresentado no posto da guarda com uma velha caixa de latão, que continha algo que não era da neta, mas de uma outra criança qualquer. Era um ovo engalanado, cheio de enfeites e arrebiques. Parecia coisa de Barbies. Pobrezinha, mas honesta, queria entregá-lo a quem provasse ser o seu legítimo possuidor. Do alheio não queria ela nada em sua casa. De louvar, nos dias de hoje. Assim terminava a notícia.

O cofre permaneceu num armário. O tempo foi passando, e com ele se sucederam as reformas definidas pelo Ministério da Defesa. Muito se reformou, mas o armário lá ficou, até que um dia, numa visita ao posto, o recém-empossado ministro, reparando no cofre, quis abri-lo.

Abriu-o. Fechou-o e disse: “Não faz sentido que isto continue aqui”. Pegou nele e foi, em ânsias, para casa. Por quê? Porque era, simplesmente, um Ovo Fabergé!

Salomão e Saphyra

Esmeralda e Safira eram duas irmãs unidíssimas, casadas com dois irmãos exemplares. Os filhos, um pouco menos unidos e menos exemplares, frequentavam o mesmo colégio. Eram crianças divertidas, inquietas, amigas da brincadeira e, como tal, volta e meia metiam-se em trabalhos. Dessa vez, a aventura terminou com um valente galo na testa e um joelho esfolado.

De castigo, foram mandados para casa. Em casa, ficaram sem consolas e sem sobremesa. Nada do outro mundo, até porque o que aqui interessa é o que aconteceu a seguir.

Afinal, como é que as coisas se tinham passado? Quem é que tinha querido primeiro trepar à árvore? Há sempre um que começa e outro que vai atrás. Também é verdade que qualquer mãe tem orgulho num filho *leader*. Um *leader* é um *leader*, mesmo que seja na asneira, mas assumir as culpas dos outros é que não. Safira achou que deviam conversar. Ligou à irmã e combinaram um café, lá em casa, a seguir ao jantar.

Beijos, palmadas nas costas e sorrisos. O café é servido em belas chávenas de porcelana antiga. Esmeralda diz “Ah, estas chávenas! Tu ficaste com meia dúzia e eu com a outra meia. São lindas. E estas colherinhas, com o monograma da nossa bisavó – as minhas também estão a precisar de um arejo. Já sei: jantar lá em casa no sábado. Alinham?”

Foi assim que começou a conversa.

Acabou, porém, com livros a voar pelo ar, *bibelots* partidos, gritos e promessas de ajustes de contas que vinham já do século passado. E revelações extraordinárias: Safira a acusar Esmeralda de ter ficado com o nome que lhe era destinado e Esmeralda a dizer que era ela quem devia ter nascido primeiro...

E por que razão? Em boa verdade, se a pergunta, agora, fosse feita a cada um dos quatro, a resposta não seria senão um longo silêncio. As próprias crianças continuavam a ser as melhores amigas. E, no entanto, tudo tinha começado por causa delas.

Havia, ainda, lá em casa sinais daquela noite. Por exemplo, na biblioteca. Na primeira prateleira, “Caminho Como uma Casa em Chamas”, de António Lobo Antunes, estava muito maltratado. Fora o primeiro a voar pelo ar e a atingir o irmão mais novo, que pegara, ao acaso, num outro – “Alabardas, Alabardas, Espingardas, Espingardas”, de José Saramago, que bateu em cheio no nariz do mais velho e ficou em pedaços. Ainda na sala, Safira tinha agredido a irmã com uma belíssima edição do Antigo Testamento. Esmeralda, por sua vez, batera-lhe na cabeça com o Novo Testamento. Não vale a pena entrar em mais detalhes, mas, nessa noite, foram vários os livros que atravessaram a sala e a biblioteca a alta velocidade.

A partir desse dia, só voltaram a ver-se em tribunal. O magistrado incumbido do caso era o Dr. Salomão, juiz conhecido pelas sentenças esclarecidas que proferia. Desta vez, decretou que, em 48 horas, aprendessem, para recitarem de cor, o “Cântico dos Cânticos”.

Yasmina Reza, vizinha de Safira, continua a ser aclamada pela peça que escreveu, em 2006, à qual chamou “Le Dieu du Carnage”. Está-se mesmo a ver de onde lhe veio a inspiração...

Os Sábios, as Raposas e o Decoro

Corriam, já mais no fim, os anos 60. Boa aluna da 4ª classe, obrigada a fazer exame escrito e oral numa escola oficial, por frequentar o ensino particular, lá se sentou ela em frente às examinadoras. Na sala, a assistência expectante.

Tinha-lhe dito a professora do colégio, que a preparara para aquele dia, bem como à turma inteira, ao longo de quatro anos, que era melhor estar atenta às “armadilhas”, sobretudo na prova oral, porque nem sempre o que parece é. O que soasse a coisa demasiado fácil exigia reflexão. Portanto, atenção!

Por isso mesmo, quando lhe perguntaram, a certa altura, qual era o feminino de lobo, ela parou para pensar. Até ali, tinha sido tudo demasiado fácil. O interrogatório estava a chegar ao fim. E a tal “armadilha”, afinal? Aqui está ela, pensou, franzindo o sobrolho. E respondeu, de chofre “O feminino de lobo é raposa.”

Gargalhada geral. A examinadora incrédula: “É o quê?!” E então ela explica: “Eu sei que o feminino de lobo é loba, mas estou à espera de uma armadilha desde que começou a prova, e então achei que raposa era a melhor resposta.”

Valeu-lhe o sentido de humor do triunvirato de examinadoras e a brilhante prova escrita que havia feito. Transitou para o ciclo preparatório com 19 valores. E valeu-lhe, também, o sentido de humor de seus Pais, que até ao fim da vida lembravam este episódio, sempre com um sorriso cúmplice.

Mandaria o decoro que tivesse havido lugar a, pelo menos, uma repreensão valente, mas não foi o que aconteceu. Pela vida fora, ela foi conhecendo novas e velhas raposas. As novas raposas distinguem-se à légua. São como lobinhos, à moda do Comendador Pinho, conhecido de Fradique Mendes, absolutamente previsíveis na sua rotina intelectual. Já as velhas raposas, ao contrário, têm muito que se lhes diga.

Percebem bem o que é o decoro, palavra caída em desuso, por fazer parte de um vocabulário que já só os mais velhos utilizam. Mas elas são velhas raposas, pelo que sabem apreciar o que se passa à sua volta para, no momento certo, aparecerem bem-postas e bem-falantes.

Hoje, em 2020, as velhas raposas, porque escasseiam e se comportam com grande subtilidade, identificam-se sem dificuldade. As regras da sã convivência são ditadas por lobinhos e raposas novas, muito novas. Quando uma raposa velha, depois de todos se terem sentado à mesa, coloca o guardanapo sobre os joelhos e, agradecendo a quem a veio servir, olha discretamente para o prato e diz para os seus botões “Quando sair daqui, vou mas é comer em termos”, podemos afirmar, sem o risco de errar, que se trata de um genuíno *bon vivant*.

A Bruxa e os Veladores

Um dos autores que mais me encanta ler é Norton Juster, arquitecto, professor e escritor norte-americano, que, em 1961, publicou “The Phantom Tollbooth” para nos dar a conhecer Milo, um rapazinho entediado com a vida. Jules Feiffer, seu amigo, ilustra-a magnificamente. A obra nunca foi editada em Portugal, mas, em 1999, Jório Dauster, conhecido diplomata e tradutor brasileiro, tradu-la e chama-lhe “Tudo Depende de Como Você Vê as Coisas”. A Companhia das Letras edita-a.

Diversos são os lugares referidos nesta história: Mais Além, o Reino e o Mar da Sabedoria, Expectativas, Dicionópolis e Digitópolis, cidades rivais, as Montanhas da Ignorância, o Vale Silencioso, a Ilha das Conclusões Apressadas, a Floresta da Visão, os Contrafortes da Confusão, a Terra da Calmaria, Contexto, Ponto de Vista, Realidade, Ilusão, enfim... Todos eles têm peculiaridades muito próprias. Milo, o pequeno herói de

Juster, descobrirá isso mesmo, com a preciosa ajuda de dois companheiros de viagem: Toque, o Cãonómetro e Mausquito, bem diferentes um do outro, ou talvez nem tanto...

Mas há outras personagens fantásticas: o Rei Azaz, o Nunca Resumido, o Rei Matemágico, as Princesas Doce Rima e Razão Pura, os Conselheiros do Reino da Sabedoria – o Duque da Definição, o Ministro do Significado, o Conde da Conotação, o Barão da Essência e o Subsecretário da Compreensão, constantes na repetição – e a Bruxa Nem Tanto Macabra, são algumas dessas inesquecíveis figuras.

A Bruxa Nem Tanto Macabra (*Faintly Macabre*, no original), Tia-Avó dos dois monarcas e Vassoura Oficial (*Official Which*) do Reino da Sabedoria, colaborara afincadamente para que o bom senso desaparecesse, ao varrer do reino as palavras que entendia desnecessárias. Doce Rima e Razão Pura são deportadas e as desavenças entre Azaz e Matemágico põem o Reino em perigo. O bom senso tinha deixado de existir. Tudo ficara sem sentido, encravado entre palavras e números.

Mas será esta mesma Bruxa quem elucidará Milo sobre o destino das duas princesas que ele deverá resgatar, o que não deixa de ser importante. Aliás, é só um tanto ou quanto macabra, já que se entreteve a varrer uma parte do reino sem medir as consequências, pondo em causa a sua própria sobrevivência.

No caminho que percorre, Milo encontra a Guarda-Sons, que lhe explica que “*as formas de silêncio são tão numerosas quanto as formas de som*”, o problema é que ninguém lhes presta atenção. O maravilhoso silêncio nos minutos que precedem o nascer do sol e a calma que se segue a uma tempestade são inigualáveis. Por isso é que ela está encarregada de guardar o Vale Silencioso.

Do mesmo modo, o maestro Croma, o Grande, que dirige uma curiosa orquestra que não toca a partir de pautas musicais, mas sim a partir de todas as cores que há no mundo, já que a música é feita de cores, proporciona a Milo um fantástico concerto ao pôr do sol. É uma orquestra para “*ser vista com olhos de ouvir*”. Existe desde o princípio do mundo.

Como Milo perceberá, Guarda-Sons e Croma, o Grande são dois imprescindíveis elementos cuja missão é velar pelo equilíbrio daquela terra, uma terra muito semelhante a esta nossa Terra.

Divãs, Táxis e Inconfidências

No Escondidinho, afamado restaurante da Baixa do Porto, às vezes acontecia cruzarem-se parentes e amigos. Naquele dia, a meio da semana, não eram muitos os convivas. Um casal discreto, a um canto, sob uma luz ténue, ele de frente e ela de costas para a sala, é abordado, já depois do jantar, por alguém que tinha chegado há pouco.

O diálogo é este:

- Ora, meu caro primo, como está?

Levantando-se, polidamente, o cavalheiro responde

- Então, primo, longe de o ver aqui. Passou bem?

Cumprimentam-se com a cerimónia da praxe.

- E a minha prima? Vejo que está recuperada. Folgo muito.

E beija-lhe a mão, que ela rapidamente recolhe.

- Então, os primos estão pelo Porto?

- É verdade. E já estamos de saída.

- Pois muito bem. Fico satisfeito por os ter encontrado. As minhas lembranças aos primos X, Y e Z. E bom regresso a Braga.

O recém-chegado instala-se numa mesa. Daí a uns minutos juntam-se-lhe dois outros comensais. Os três são médicos que, uma vez por mês, naquele dia, ali vão jantar, depois de saírem dos seus consultórios. O primeiro comenta que acabou de encontrar uns primos que já não via há muito. Alguém lhe dissera que tinham tido mais um filho há pouco tempo. Ela parecia estar muito bem. Completamente recuperada.

Este episódio, mais do que banal, nada teria de especial, não fossem os desenvolvimentos a que deu origem.

No dia seguinte, ao princípio da tarde, eis que se apresenta o primo no consultório. Intrigado, o primo médico recebe-o.

- Mas que agradável surpresa! E que bons ventos o trazem ao Porto novamente? E a minha prima? Veio também?

O primo, pouco à vontade, fixa os olhos num quadro na parede, como que em busca de inspiração. Depois, com um ar muito comprometido, diz:

- Bem, na verdade, primo, em relação ao nosso encontro de ontem: a M. ainda está frágil, e ontem foi mesmo um jantar imprevisto. Nem estava combinado.

- Pois, primo. Com certeza. De qualquer modo, gostei de os ter encontrado. E achei a prima muito bem. Aliás, até comentei isso mesmo com os meus colegas.

Regressou o primo a Braga, um tanto ou quanto atarantado, não sem antes ter deixado uma garrafa de um belíssimo Porto Velho, da sua garrafeira, no consultório do primo.

Uns bons dias depois, os dois colegas com quem o primo médico tinha estado no Escondidinho, ligam-lhe quase sucessivamente.

- Ó pá, nem chego bem a perceber, mas recebi uma garrafa de Vinho do Porto, excelente, por sinal. Foi coisa daquele teu primo que encontraste no Escondidinho, quando lá fomos no outro dia. Queria a morada para lhe mandar um cartão a agradecer.

Entre um e outro, foi mais ou menos isto. Portanto, cada um recebeu uma garrafa.

Avancemos, no tempo, umas boas semanas.

O primo médico atende, no consultório, uma senhora interessante, de bela figura. É a segunda vez que lá vai, depois de uns meses largos. No final da consulta, ao despedir-se, diz ela o seguinte:

- Em relação àquele jantar, Senhor Doutor, foi mesmo um azar. Nós até nem costumávamos ir ao Escondidinho. Enfim. Já tudo acabou.

Só nessa altura se fez luz! Afinal, havia outra...

E por aqui ficaríamos, se não tivesse acontecido o que parece impossível. Nesse mesmo dia, num táxi que o levava do consultório à Casa de Saúde da Boavista, o primo médico ouve, boquiaberto, este comentário:

-Ainda há meia hora vim aqui mesmo buscar uma senhora, por sinal muito elegante. Coitada, fartou-se de chorar o caminho todo...

Décadas volvidas, esta história verídica continua a fazer parte dos anais da família. E até lhe foi dado um título: “Escondido no Escondidinho”.

Tributo a César

“*Coisa fina é a Finança: guarda a mina e enche a pança*”: não sei se muita gente conhece esta expressão, pelo que dissecá-la poderá ser útil, para que seja mais fácil encontrar-lhe o(s) sentido(s) e ajuizar da sua pertinência.

Ora vejamos alguns significados que poderemos atribuir a cada um dos seus termos:

Coisa – objecto ou ser inanimado; acontecimento; mistério; causa; algo/alguém sem importância

Fina – delicada; elegante; delgada; preciosa; excelente; astuta; esperta; matreira

É – 3ª pessoa do singular do presente do indicativo do verbo ser, como verbo copulativo, transitivo, intransitivo ou auxiliar (é um verbo muito versátil)

Finança – fazenda; “alta finança”: relativa à banca, aos grandes movimentos financeiros; “estudos financeiros”: ciência estudada, por exemplo, no Ensino Superior (normalmente o termo é usado no plural)

Guarda – sentinela; vigia; parte de uma fechadura; folha que reveste interiormente a capa de um livro; muro; “o que guarda”: o que arrecada; 3ª pessoa do singular do presente do indicativo do verbo guardar

Mina – nascente de água; jazida de minério; engenho explosivo; negócio lucrativo; preciosidade

Enche – “isto já enche”: já farta; sacia; cresce; 3ª pessoa do singular do presente do indicativo do verbo encher, que tem múltiplas aplicações

Pança – ventre; barriga cheia; parte maior do estômago dos ruminantes; atributo do escudeiro de D. Quixote

Não sei de onde vem a expressão, mas significaria que, normalmente, quem recebe o tributo faz crescer o seu próprio tesouro, sem ter que fazer seja o que for.

Presumo que seja coisa da aldeia, onde o saber é mais arguto. Eventualmente, até, do tempo em que havia proprietários de terras e quintas, e rendeiros e caseiros a trabalhá-las. O tributo, fundamentalmente em produtos da terra e animais, mas também em dinheiro, como resultado da venda destes, era meticulosamente entregue a quem estava estipulado ser devido.

Mas, fora desse contexto muito específico, será que qualquer outra interpretação que possa ser feita se afasta muito desse sentido?

Dois exemplos:

Ser inanimado matreiro é a banca: sentinela [do] engenho explosivo enche o estômago dos ruminantes.

Mistério astuto é o movimento financeiro: arrecada o negócio lucrativo e sacia a barriga.

Ao que parece, a expressão assume um sentido de actualidade deveras notável. Sempre ouvi dizer que a sabedoria popular é de fiar...

Os Magarefes, o Soneto Inglês e o Cavaleiro Andante

Entre Cervantes e Machado vão uns séculos. Todavia, o que antes era, hoje também o é. Drummond di-lo, especialmente bem, na sua “Receita de Ano Novo”:

[...]
*Para ganhar um Ano Novo
que mereça este nome,
você, meu caro, tem de merecê-lo,
tem de fazê-lo novo, eu sei que não é fácil,
mas tente, experimente, consciente.
É dentro de você que o Ano Novo
cochila e espera desde sempre.*

Tomemos um fidalgo provinciano, imbuído de ideais cavaleirescos e pleno de ideias fantásticas que, *malgré lui*, não se coadunam com a realidade de uma Espanha que já os esqueceu, e cuidemos-lhe da retórica no “Discurso de la Edad Dorada”.

No tempo em que a igualdade existia entre os homens, a paz, a concórdia e a amizade eram possíveis. Não havia fraude, dolo, malícia. Não havia leis, nem juízes, porque não havia o que julgar nem quem tivesse de o ser. Como há que restaurar esse tempo, urgem os cavaleiros-andantes. D. Quixote será um deles e com eles defenderá as donzelas, amparará as viúvas, socorrerá os órfãos e os desvalidos.

Entendendo ser possível pôr em prática semelhante desígnio, doravante D. Quixote enfrentará as forças inimigas do bem, e lutará contra qualquer gigante, mesmo que não passe de um moinho de vento...

Até pode a imaginação toldar-lhe a razão, como a cada passo o avisa Sancho, mas de que vale o senso comum, quando se trata da convicção profunda de um idealista?

Nunca assim Cavaleiros de Triste Figura fizeram tanta falta como hoje, num mundo de ambiguidades gigantescas, com tão pouco senso e imaginação.

Talvez seja, mesmo, uma questão de honra.

Ainda vamos a tempo de honrar o livre-arbítrio que assiste a todas as sãs criaturas. Urge é que cada um o faça, respondendo a Drummond, sem nunca esquecer Antonio Machado: “*Caminante son tus huellas el camino y nada más; caminante no hay camino, se hace camino al andar.*”

De repente, eis que Karen Blixen espreita, do alto de uma estante. Se calhar leu-me os pensamentos. É que o banquete que os Magarefes prepararam para o Fidalgo fez soar campainhas na minha memória – “A Festa de Babette”, mais precisamente, vem à baila.

Babette consegue acordar a aldeia, fazendo-a viver os sentidos, não sem ter de lidar com alguma resistência, porque é sempre inevitável. Usa de inteligência, imaginação, generosidade, paciência, tolerância e subtileza. Haverá melhores condimentos?

A Vida é um processo alquímico constante, uma transformação, que se deve realizar a partir do que cada um aporta de mais precioso. Assim se encontrará o “elixir da vida eterna”, o qual pode muito bem ser, única e simplesmente, a Verdade.

O Mestre



Eis um galgo desenhado por um doutor. O Dr. Caius, mais precisamente. E desenhado a partir da descrição que dele faz uma Madre Abadessa! Pelo menos, assim consta da legenda.

A descrição baseia-se no famoso Livro de Saint Albans, dado ao prelo em 1486. O livro é uma compilação de vários tratados versando interesses muito do gosto da nobreza de então. Nesta sua primeira versão, é dito o seguinte: “*Explicit Dam Julyans Barnes in her boke on huntyng*”. Na seguinte edição, já de 1496, é feita referência a um outro tratado nele contido, este sobre pesca à linha. Há quem lhe atribua a mesma autoria.

Interessada por falcoaria, caça, pesca, e também muito por heráldica, Juliana de Berners, dama da nobreza inglesa, terá nascido c. de 1388, numa família de West Horsley, no Surrey. Seu pai terá sido próximo de Ricardo II. Veio esta dama a ser Madre Superiora da Abadia de Sopwell, muito perto do convento beneditino de St. Albans, no Hertfordshire.

Descrita como bela e espirituosa, teve, com certeza, oportunidade de se dedicar a actividades ao ar livre, o que era comum entre as damas desse tempo. É já no contexto da vida monástica que vem a escrever os tratados que alguns lhe atribuem.

O tratado sobre caça, a par de outros que, eventualmente, terá escrito, está entre os primeiros do seu género, facto deveras notável. Nele demonstra, a nobre dama, preocupações ambientais e ligadas à ética desportiva, revelando-se, assim, como alguém muito à frente do seu tempo.

Interessantíssimo é o mistério que a envolve. Andrew Herd, renomado investigador que se tem dedicado à história do desporto, mais especificamente à história da pesca, é o primeiro a dizer, relativamente a Juliana de Berners, que apesar de não estar convencido da sua existência, também não há provas da sua inexistência.

O certo, porém, é que ainda hoje, sobretudo aliado às artes da pesca à linha, o seu nome é referido nos quatro cantos do mundo.

Quanto ao Dr. Caius acima mencionado, salvo melhor opinião, deve ser John Caius (1510-1573), médico inglês que não só presidiu ao Colégio dos Físicos de Londres, como foi também físico da corte, servindo três monarcas, ao longo do s. XVI.

Voltando ao desenho em causa, a descrição de Juliana de Berners – “*A head like a snake, a neck like a drake, a tail like a rat*” – é esclarecedora. A perícia de John Caius, um pioneiro naturalista, que muito se interessou pela zoologia, ciência que, naquela

altura, nem existia como tal, é indesmentível. Olhando o desenho, o que logo identificamos é um galgo.

Não deixa de ser verdade estarmos, aqui, perante vários mistérios. Curiosamente, tudo começa com um galgo. A partir dele, logo duas questões se põem: se este desenho se baseia na descrição de uma pessoa que não existe, como é que podemos acreditar que o que vemos, de facto, existe? Terá o Dr. Caius imaginado a engenhosa dama, ou, na verdade, acreditava que ela existiu e que era a ela que os créditos eram devidos?

Ah, pois! Quem és tu? Quem sou eu? Um galgo, senhor, apenas um galgo...

Jean-Louis Mounoury, em “O Riso do Sonâmbulo” (Teorema, 2002: p.205), escreve a dada altura:

“Saber contra o que se não pode fazer nada e aceitar isso como o seu próprio destino, eis a virtude suprema”, diz Tchuang-Tseu. Mas sabedoria não quer dizer saber, porque se trata acima de tudo desse saber e não de uma “ciência”. Esse saber permite ser humilde, apela mais à preocupação das coisas minúsculas ou à solução de problemas do quotidiano do que aos grandes desígnios heroicos e às estradas reais; e, por isso, o sábio pode apresentar-se exteriormente como um ser dos mais “vulgares”, mesmo mais vulgar do que aqueles que desejam ser o que não são, mas como diz Pierre Dac numa zombaria que serve bem ao sábio: “Não importa quem pode ser um outro qualquer.” Mas é muito mais fácil ser “importante”.”

Vem, agora, a propósito lembrar um texto que, há tempos, surgiu num conhecido jornal desta cidade:

Doutor Passos Bontempo: in memoriam

O grande feito do Doutor Passos Bontempo, tetraneto de João Domingos Bontempo, de quem porventura alguém possa ter ouvido falar, foi ter conseguido demonstrar a importância do “tempo ascensional” sobre tudo o mais. O seu exemplo, que suplanta, de longe, o do seu antepassado, a quem apenas interessavam os tempos musicais, está hoje no cerne das mais afamadas teorias da felicidade: entendia ele que perder um minuto que fosse, distraidamente, em todo e qualquer percurso ascensional (o único louvável) é um acto de traição à vida. Esta só faz sentido se definida sem recuos, inexoravelmente no sentido do astro-rei.

Em toda a sua conduta, focada e assertiva, nos revelou, sem um único desvio, quão importante é perceber o sentido exacto de cada coisa, sem interpretações subjectivas, congeminações abusivas, divagações escusadas. Todas estas, aliás, impedem que se seja pontual, condição “sine qua non” para o sucesso. Por isso, hoje não há quem não conheça

bem o seu nome e não louve a brilhante ideia de o atribuir à mais recente avenida da cidade.

Na rotunda onde esta principia, foi ontem colocado um busto do Doutor Passos Bontempo. Hoje será inaugurada a avenida, estando agendada para amanhã uma homenagem, a partir da leitura previamente gravada de excertos do seu diário, para impedir qualquer vicissitude imprevista. Os eventos terão lugar às 19.30h, para não atrapalhar as rotinas e o normal fluxo do trânsito.

De lembrar que o acima referido antepassado do Doutor Passos Bontempo tem o seu nome numa rua em Custóias, próxima do conhecido estabelecimento prisional e da A4. Se João Domingos Bontempo não tivesse perdido tanto tempo de um lado para o outro, dividido entre afazeres de parco realce, teria seguramente o nome numa rua da nossa cidade. Porém, dado às artes, sobretudo à música, a mais abstracta de todas as actividades humanas, que atenção poderia ter granjeado?

O Doutor Passos Bontempo surge, inicialmente, por via de “E Foram Muito Felizes”, obra que, com o maior prazer, reli agora. O Paulo publicou-a na Caixotim, em 2002.

Eis que se fala da Felicidade!

Quem é que acredita que se possa ser muito feliz? Viver muito feliz? Convictamente afirmo que, simplesmente, não me parece possível. No entanto, entregar-se à construção da felicidade possível está ao alcance de cada um. Existe uma felicidade possível, não numa linha contínua (esta assemelhar-se-ia à que aparece nos monitores, quando o coração deixa de bater), mas em momentos que pautam os dias que vivemos. Momentos que podem ser mais, ou menos, longos. Entre a ignorância passiva, a ignorância atrevida e a ignorância esclarecida, hão-de estar esses momentos. Na absoluta ignorância de nós mesmos e do que nos rodeia está a falta de senso e o oposto à felicidade.

E aqui jaz a questão: Felicidade e Verdade serão incompatíveis? Será que quanto mais ignorantes formos, maior é a probabilidade de podermos usufruir de longos momentos de uma Felicidade que, assim, deriva da inexistência da Verdade nas nossas vidas? Ou, pelo contrário, fora dessa ignorância, apreendendo a Verdade, diga-se a realidade de um mundo à deriva, a probabilidade de podermos usufruir apenas de breves momentos de uma Felicidade alicerçada no conhecimento da Verdade aumenta?

Há, evidentemente, argumentos incontornáveis, como, por exemplo, os que continuam em cima da mesa desde que Erasmo elogiou a loucura. A Loucura merece todo o encómio da razão e do espírito. Continuam a ser-lhe devidos os maiores aplausos. Deusa e pedra angular, tanto da vida imortal, como da vida mortal, a Loucura é responsável pelo bem-estar e pelo bem pensar, dignos parentes da Felicidade.

Entre uma coisa e outra, talvez, tão só talvez, resida essa sensação de plenitude chamada Felicidade. Todavia, há algo que sei, de fonte segura, ser o caminho mais certo para a atingir. É o caminho do desprendimento. Difícil, cheio de armadilhas, mas em direcção à Luz. Entre áridos desertos e densas florestas, mas também entre belos oásis e lagos tranquilos, serpenteia esse caminho.

“E Foram Muito Felizes” leva-nos, na companhia de mitos e quotidianos, a somar interrogações várias que nos fazem, sempre com um refinadíssimo sentido de humor, o tal proverbial espírito do Paulo, pensar sobre a condição humana. Contudo, a questão

permanece: será que podemos ser felizes por instantes, por momentos, por períodos de maior ou menor duração, equivalentes à tranquilidade e serenidade que formos construindo?

Tudo isto é tão íntimo, tão do âmago, do imo de cada um, que melhor será deixar as questões no ar... Não convém, no entanto, esquecer que somos nós mesmos quem, à maneira de Ulisses, tudo deve fazer para escapar desses dois horrendos monstros femininos – Cila e Caribdes – vencendo com coragem a passagem do terrível estreito de Messina, para, por fim, aportar a Ítaca.

Em boa verdade, qual é a real distância entre Tróia e Ítaca? Todos temos as nossas ítacas, sendo cada vida uma odisseia, de preferência com menos agruras, até porque todo o conquistador merece o seu repouso...

O repouso não será, *hélas*, de longa dura. Nunca o poderia ser. O Padre António Vieira bem o diz. Na parte III do seu “Sermão de Santo António aos Peixes” alerta-nos para os perigos que corremos, embarcando em determinadas naus, como, por exemplo, na nau “Sensualidade”:

“Quantos, na nau “Sensualidade”, que sempre navega com sarração, sem sol de dia nem estrela de noite, enganados do canto das sereias, e deixando-se levar da corrente, se iam perder cegamente ou em Cila ou em Caribdes, onde não aparecesse navio nem navegante, se a rémora da língua de António os não contivesse, até que esclarecesse a luz, e se pusessem em via? Esta é a língua, peixes, do vosso grande pregador, que também foi rémora vossa, enquanto o ouvistes, e porque agora está muda (posto que ainda se conserva inteira), se vêem e choram na terra tantos naufrágios.” (Sermão de Santo António aos Peixes (...). Lisboa, 1940: p. 20)

“Navegar é preciso; viver não é preciso” – a perícia é necessária para levar a nau a bom porto, já que tal requer saber e experiência; viver, porém, requer bem mais do que isto, porque o saber e a experiência não chegam. A vida é um infundável manancial de imponderáveis. Atrevo-me a dizer, concluindo, que nisto mesmo reside a sua aliciante subtileza.

Ocorre-me, nesta altura, uma entrevista que ouvi recentemente.

Refiro-me a Claudie Haigneré, a primeira mulher a ver a Terra do espaço. Cosmonauta francesa, embarcou na sua primeira expedição em 1996.

O seu extraordinário testemunho, a partir de um olhar à distância, que lhe revelou a nossa frágil e vulnerável condição, tem sido, desde então, sucessivamente registado.

Fala mais alto o respeito perante o infinito; o respeito absoluto perante a Vida – a única que conhecemos. A atmosfera, que separa a Terra do cosmos, é uma camada finíssima, fragilíssima, que protege a nossa casa do escuro hostil à sua volta e nos permite viver. Como é que é possível?



Cartaz de iniciativa com PFC moderada pela autora

Como é que um simples planeta condensa uma humanidade que assim se revela tão exposta, tão desprotegida? E como é que o milagre da Vida acontece, no meio de todo este infinito? Como é que é possível que a Vida se afirme?

O que é esta ordem que nos ultrapassa? Como é que continuamos aqui? Nós somos “*si petites choses*”... - são grandes interrogações num único e imenso “*pourquoi?*”.

Perante essa avassaladora tomada de consciência da nossa condição, Claudie Haigneré diz que o respeito, um respeito sem fim, lhe surge naturalmente para com “*cette chose d’impalpable, de mystérieux, de fascinant qui est l’Humanité.*” “*Soyons humbles, respectueux*”, conclui.

É neste tom de maravilhamento e de mistério que vale a pena continuar a pugnar pela Verdade.

A terminar, uma breve explicação se impõe: ao pensar num título para este texto de homenagem a Paulo Ferreira da Cunha, muitas dúvidas me surgiram. Podia, por exemplo, ter partido do seu próprio “Tributo a César”. Seria um tributo ao Paulo. Porém, abandonei a ideia, precisamente porque me lembrei dos Evangelhos e de uma resposta de Jesus que, inquirido a propósito do que a César seria devido como imposto, responde “*Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*”, desconcertando os fariseus que o abordavam.

A Deus, a Verdade e apenas a Verdade. Aos poderes deste mundo, o respeito que legitimamente merecem. Assim deve ser. Esta frágil humanidade, exercendo o seu livre arbítrio, há-de saber honrar os seus deveres terrenos, sim, mas o maior tributo, esse é para com a Verdade.

Notas sobre a liberdade religiosa ao ensejo de um diálogo trans(oceânico) em intercurso jurisprudencial

Jayme Weingartner Neto²⁹⁴

Ingo Wolfgang Sarlet²⁹⁵

1. Considerações preliminares

O exercício docente e a carreira acadêmica têm lá suas agruras, ainda mais em tempos quase inacreditáveis de hostilidade à ciência e, mais amplamente, à razão. Mas há, por outro lado, encontros afortunados, diálogos produtivos, exames de alto nível, convívio respeitoso e fraternal entre os pares. Vivenciamos, os autores do presente texto e nosso homenageado o Professor Doutor e Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça Paulo Ferreira da Cunha (certo que em posições díspares, pois a tradição universitária segue um certo fascínio, um pouco mágico, pelo triângulo que colocou o arguido [Jayme], sob disfarçada proteção do orientador [Ingo], ao crivo do examinador) um destes momentos na arguição à tese doutoral “A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo” levada a cabo pelo homenageado com brilho, erudição, rigor e sensibilidade estética memoráveis, lá no longínquo ocaso do verão meridional brasileiro de 2006 (quase nos idos de março), na sua mais austral capital, Porto Alegre. O prestígio que o Professor Paulo Ferreira da Cunha emprestou ao ato público somou-se ao ritmo encantatório do seu discurso, ao denso conteúdo de suas intervenções e à resoluta e fidalga disposição dialógica.

De modo que, quase quinze anos mais tarde, a fortuna permite o reencontro e achamos significativo que se desse no mesmo eixo, objeto de reflexão comum, pesem as trajetórias próprias de cada um dos sujeitos envolvidos nas perspectivas críticas da ciência jurídica. Daí nos ocorreu, partindo de uma suma dogmática da liberdade religiosa em sentido amplo no quadro da Constituição Federal de 1988, realçar alguns casos que bateram à porta do Supremo Tribunal Federal, nomeadamente o ensino religioso nas escolas públicas, o proselitismo religioso em rádios comunitárias, do sacrifício de animais em rituais religiosos, e o dever de acomodação à luz dos dias de guarda religiosos e dos concursos públicos.

²⁹⁴ Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Unilasalle-RS, Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião (CEDIRE), Doutor em Direito do Estado (PUCRS) e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra), Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil, Diretor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.

²⁹⁵ Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista.

O mero enunciar da casuística dá conta da relevância e da atualidade do tema. Logo percebemos, do lado de cá do Atlântico, e gostaríamos de partilhar com o homenageado, se bem que o sabe, mercê de uma voragem enciclopédica com que acompanha nossas vicissitudes, o quanto a problemática da liberdade religiosa ganhou os espaços da vida brasileira, pública e privada, o que se reflete muito acentuadamente no Supremo Tribunal Federal, considerado um raio temporal relativamente estreito.



Jayme W.N.



Ingo W. S.

Com efeito, quando, nos primeiros anos do século que já vai para a terceira década, nos debruçamos sobre a liberdade religiosa, porque, antecipava o orientador, era de demanda crescente e que carecia de maior reflexão e sistematização, de fato era parca a literatura realmente especializada e modesto o arco jurisprudencial; contavam-se, nos dedos de uma mão, os processos de controle concentrado de constitucionalidade que, desde a Constituição Federal, haviam desafiado a atenção da Suprema Corte. O quadro

agora é outro, de crescente e alentada doutrina, e de certa exuberância no STF. Os últimos dez, doze anos têm sido pródigos em reverberações jurisdicionais, sobretudo de cinco anos para cá. Portanto, a pragmática aí está, os tópicos problemáticos sucedendo-se, ao alcance da doutrina e da academia, na busca da maior coerência e segurança possíveis para, ancorados nos dispositivos textuais da Constituição, densificarmos o feixe de posições jusfundamentais apto a harmonizar a maximização da inclusividade (acolher as confissões e práticas minoritárias) com a tolerância ao fundamentalismo-crença e o bloqueio ao fundamentalismo-militante, que foi nossa discussão comum na tal banca de doutorado.

E isso tudo, agora, num substrato de mobilidade das crenças religiosas e de intensa disputa por fiéis – um horizonte no qual, vale o slogan, “o pastor sobe e o padre desce”, as religiões afro-brasileiras lutam contra uma construída invisibilidade e poder político da religião concretiza-se em poderosa bancada parlamentar. Nada de novo sob o sol, bem vistas as coisas.

O fenômeno religioso, ao longo da história humana, outra das especialidades do homenageado,²⁹⁶ sempre revelou ser poderoso vetor de coesão social. Por outro lado, também muitas vezes foi manejado para a opressão e a discriminação, especialmente em relação aos “infieis” ou não crentes. Daí que a experiência constitucional procure regrá-lo, seja ao garantir a livre opção e exercício da liberdade de religião e de culto, pelo menos em Estados Democráticos de Direito, mas ao mesmo tempo estabelecer determinados limites. Além disso, percebe-se que a dimensão espiritual é constitutiva da dignidade humana (também no aspecto *identitário*), bem por isso imprescindível para assegurar a autodeterminação pessoal, na condição de uma tutela individual de concretização da *dignidade*, expressão de dimensão existencial pessoal nuclear. Por tudo isso, o direito constitucional do Estado Democrático de Direito ocupa-se desta fundamental liberdade pública, a fim de compatibilizar a mais ampla e livre (con)vivência religiosa com os valores constitucionais basilares, em especial da igual dignidade e liberdade, do pluralismo intercultural, da tolerância e da justiça social.

Diante desse programa normativo, deve-se operar com um *conceito amplo* de liberdade religiosa e de religião (um âmbito normativo alargado), que aposte no maior grau de *inclusividade* (abertura para religiões minoritárias e inconventionais) compatível com a igual liberdade e dignidade dos cidadãos, anteparos ao *fundamentalismo-militante*, que discrimina e quer se impor aos não crentes.²⁹⁷ A obra referida na nota engalana-se com portentosa apresentação do homenageado intitulada “Religião, Liberdades e Direito”.

Embora o Brasil não responda, atualmente, a processos perante a Corte Interamericana de Justiça, nem se tenha notícia de reclamações no âmbito do Comitê de Direitos Humanos, o país experimentou, recentemente, incremento no quadro das

²⁹⁶ Veja-se a monumental obra CUNHA, Paulo Ferreira da, e outros. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. Coimbra: Almedina, 2010. Referindo-se à ausência de Deus e do Cristianismo no Preâmbulo da Constituição Europeia, lançava conselho de sabedoria: “Não vai a presença nominal de Deus baptizar um texto que é sobretudo laico. E quanto ao Cristianismo (...) nem seria preciso rever nada e nada acrescentar: porque não competindo a uma Constituição de uma organização laica meter-se em teologias ou paralelogramas de forças religiosas, e apenas sendo justa e jurídico-politicamente de relevante enquadramento uma referência a raízes e fundamentais legados históricos culturais, afinal o texto contempla o que tem de contemplar.” (p. 265).

²⁹⁷ Confira-se, para discussão mais ampla e detalhada, inclusive de aspectos históricos, com farta indicação bibliográfica, WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. O conceito de fundamentalismo religioso e a distinção entre fundamentalismo-crença e fundamentalismo-militante encontra-se às pp. 50-4 e uma perspectiva de tratamento seletivo entre eles às pp. 247-51. Para a Apresentação de Paulo Ferreira da Cunha, vide pp. 17-21.

hostilidades sociais em face da questão religiosa. Nesse sentido, embora tal aspecto não seja esse o nosso enfoque, vale lembrar que o Brasil ratificou os principais tratados internacionais que dizem respeito ao tema, tratados que se integram ao direito interno com estatura supralegal (de acordo com a orientação atual do Supremo Tribunal Federal (STF), e que, portanto, informam a própria concretização legislativa e aplicação jurisdicional no domínio da liberdade religiosa.

A rigor, no que tange a restrições e embaraços governamentais, o quadro legal-institucional situa-se, numa comparação com 198 países realizada pelo Pew Research Center numa série entre 2007 e 2013, em nível baixo. Todavia, no quadro das hostilidades sociais, praticadas entre indivíduos, organizações ou grupos privados (que podem ir de conflitos armados a assédios e intimidações, vandalismos e injúrias), o Brasil classifica-se em nível alto e o viés é de incremento do risco, nada obstante tal indicador (soma de níveis alto e muito alto), na média mundial, tenha caído de 33% (2012) para 27% (2013).²⁹⁸



Doutorado de Jayme W.N.

No plano normativo, seja como for, a Constituição Federal de 1988 (CF), vista de modo sistemático, pode-se considerar atenta ao fenômeno religioso, que vai separado do Estado, por sua vez não confessional, constituindo-se uma Constituição cooperativa, solidária e tolerante em relação às vivências religiosas.

Com tais premissas, o presente texto, depois de breve enquadramento dogmático da liberdade religiosa no quadro jurídico-constitucional brasileiro, seleciona relevantes decisões do STF, algumas ainda pendentes, para dar conta tanto do estado da arte da matéria, que é uma das predileções do homenageado. E a escolha jurisprudencial talvez revele, ainda, uma derradeira afinidade, pois os envolvidos na referida banca de doutoramento acabaram, todos, reencontrando-se no exercício jurisdicional, cada um por caminhos diversos, o mais fulgurante, certamente, o do Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

²⁹⁸ Ainda assim, dentre os 25 países mais populosos do mundo, levando em consideração ambos os indicadores, o Brasil, junto com República Democrática do Congo, Japão, Filipinas e África do Sul, encontra-se no limiar inferior, ao passo que Egito, Indonésia, Paquistão, Rússia e Turquia lideram o preocupante ranking. Cf. PewResearchCenter.. Religion & Public life (www.pewforum.org/2015/02/26/religious-hostilities/ acesso em 13 de maio de 2020).

2. O enquadramento e configuração dogmático da liberdade religiosa na arquitetura constitucional brasileira

Como se sabe, mas aqui a título de pressuposto necessário para o desenvolvimento posterior do texto, a CF consagra um direito geral à liberdade religiosa. No texto constitucional, deve-se partir dos artigos 5º, incisos VI, VII e VIII; 19, inc. I; 143, §§ 1º e 2º; 150, inc. VI, “b”; 210, § 1º [*o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*]; 213, *caput*, e inc. II; e 226, § 2º (além da referência, no Preâmbulo: “sob a proteção de Deus”).

Os três dispositivos do artigo 5º consagram, a rigor, dois direitos fundamentais distintos, embora conexos: a liberdade de consciência e a liberdade de religião. A primeira parte do inciso VI assegura genericamente a liberdade de consciência que, adiante, no inciso VIII, densifica-se no direito à objeção (ou escusa) de consciência. Tal liberdade, em suma, traduz-se na autonomia moral-prática do indivíduo, a faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais, seja da própria conduta ou da alheia – na total liberdade de autopercepção, seja em nível racional, mítico-simbólico e até de mistério. Já a *liberdade de religião*, como *direito complexo*, engloba em seu *núcleo essencial*, a *liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião* e desdobra-se em *várias concretizações*: *liberdade de crença* (2ª parte do inciso VI), as liberdades de expressão e informação em matéria religiosa, a *liberdade de culto* (3ª parte do inciso VI) e uma sua especificação, o *direito à assistência religiosa* (inciso VII) e outros direitos fundamentais relacionados, como o de reunião e associação e a privacidade, com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta.

Quanto ao *âmbito normativo*, a liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como *direito subjetivo* (1) e como *vetor objetivo* (2). Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o titular respectivo: *direitos subjetivos individuais* (1.1), que pertencem aos brasileiros e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores e os incapacitados (com particularidades no seu exercício); e *direitos subjetivos das pessoas jurídicas* (1.2), titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: *princípios* (2.1), *deveres de proteção* (2.2) e *garantias institucionais* (2.3).²⁹⁹

No que tange à dimensão objetiva (2), trata-se de um problema estrutural, atinente à organização do Estado, ínsita à formatação político-administrativa do Estado democrático de direito a noção de que as *confissões religiosas devem andar apartadas de seu edifício* – idéia da separação das confissões religiosas do Estado, princípio da separação Igreja/Estado, consagrado no inciso I do artigo 19 da Constituição. A doutrina brasileira costuma tratar do tema sob o manto da liberdade de organização religiosa, identificando o princípio da separação (também da neutralidade e/ou da não confessionalidade), referindo-se, esparsamente, à cooperação

Nessa perspectiva hermenêutica e com tais premissas dogmáticas,³⁰⁰ segue a análise dos precedentes escolhidos da jurisprudência do STF.

²⁹⁹ A dogmática constitucional vai tratada em SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 533 e ss. Confirma-se *Catálogo de Posições Jusfundamentais* (CPJ, mais de oitenta) que densifica o conteúdo e o alcance da liberdade religiosa. Para discussão ampla e detalhada, inclusive de aspectos históricos, com farta indicação bibliográfica, WEINGARTNER NETO (2007).

³⁰⁰ Uma perspectiva jurisprudencial sistemática, com olhos também em decisões mais antigas do STF, encontra-se em WEINGARTNER NETO, “Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In. SARMENTO, Daniel/SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e*

3. Apresentação e breve análise dos principais casos submetidos ao STF

3.1. Dever de acomodação, dias de guarda religiosos e concursos públicos

No julgamento da STA 389 AgR (2009), *ao rejeitar agravo regimental interposto contra decisão (de Desembargador do TRF da 3ª Região), que suspendera “determinação de que fosse oportunizada a autores de ação ordinária oriunda de Minas Gerais – alunos secundaristas que professam a fé judaica – a participação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), em dia compatível com exercício da fé por eles professada (que seria fixado pelas autoridades responsáveis pela realização das provas e teria o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas por todos os demais estudantes), a Corte manteve o fundamento da decisão impugnada (risco à ordem pública, em termos de ordem jurídico-administrativa).*³⁰¹

Nesse caso, o Tribunal afirmou indubitável que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o *dever de neutralidade em face do fenômeno religioso*, proibido que privilegie certa confissão em detrimento das demais – o que *não significa “indiferença estatal, sendo necessário que o Estado, em determinadas situações, adote comportamentos positivos, a fim de evitar barreiras ou sobrecargas que venham a inviabilizar ou dificultar algumas opções em matéria de fé”*.

Ressaltou-se não ser inconstitucional, dessa forma, que o Estado venha a se relacionar com as confissões religiosas, tendo em vista, inclusive, os benefícios sociais que elas são capazes de gerar, não se admitindo, entretanto, que assuma certa concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso ou lhe conceda privilégios em detrimento de outros. Portanto, *dever-se-ia promover a livre competição no “mercado de idéias religiosas”*.

Tais ações positivas, contudo, apenas são legítimas se preordenadas à manutenção do livre fluxo de idéias religiosas e se comprovadamente não houver outro meio menos gravoso de se alcançar esse desiderato, devendo-se ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios e favorecimentos.

Afirmou-se, ainda, que a designação de *dia alternativo* para a realização das provas do ENEM pelo grupo religioso em questão, apesar de poder ser, *em princípio, considerada uma medida de “acomodação”, apta a afastar as mencionadas sobrecargas indesejáveis*, não estaria em consonância com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para esse grupo. Observou-se, no ponto, que *o Ministério da Educação oferta*

crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, pp. 481/530. Comentários mais recentes e detalhados sobre a liberdade de religião, na ótica constitucional, inclusive com referência a constituições estrangeiras e direito internacional, em WEINGARTNER NETO, Comentários ao artigo 5º, incisos VI a VIII e artigo 19, incisos I a III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

³⁰¹ Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2 Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat. 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido. (STA 389 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2009, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00165 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 125-135).

*aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazê-las após o pôr-do-sol, medida que já vem sendo aplicada, há algum tempo, em relação aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como “dia de guarda” o sábado. Não obstante, salientando não se estar insensível ao argumento de que medida adotada pelo MEC poderia prejudicar os candidatos praticantes da citada profissão religiosa — os quais *teriam de ser confinados*, para apenas ao fim do dia iniciar as suas provas —, considerou-se que tal medida revelar-se-ia, diante dos problemas decorrentes da *designação de dia alternativo*, mais condizente com o dever do Estado de neutralidade em face do fenômeno religioso, bem como com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica.*

O Min. Gilmar Mendes, por fim, consignou *não se cuidar de posicionamento definitivo* desta Corte sobre a matéria, pois havia ações diretas de inconstitucionalidade pendentes de julgamento, nas quais seria possível se aprofundar sobre o tema, de modo a definir, com maior acuidade, o âmbito de proteção e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VIII). Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, restabelecendo a decisão do TRF da 3ª Região que determinara fosse observada a cláusula final do inciso VIII do art. 5º da CF, a revelar que se deveria sempre sinalizar com uma prestação alternativa, no caso, a designação do exame para um dia útil.

Trata-se de mais um caso envolvendo o problema das provas e concursos, sendo, de longe, o julgado em que mais adentrou a Suprema Corte na configuração material do problema específico, fornecendo, ainda, substanciais subsídios para avançar na determinação do âmbito de proteção e alcance do direito fundamental à liberdade religiosa. Reconheceu o Tribunal, na dimensão objetiva, o princípio da não confessionalidade, que não significa indiferença nem afasta comportamentos positivos do Estado (que identifiquei como princípios da cooperação e da solidariedade e que podem chegar ao dever de aperfeiçoamento já citado. Parece que o STF reconhece a constitucionalidade da “acomodação” da religião pelo poder público – no escopo de evitar sobrecargas para as minorias – e que, no caso concreto, foi razoavelmente alcançado (o dever de acomodação razoável) pelo Ministério da Educação (apesar do inconveniente do confinamento). Assim, na leitura se faz da decisão, afirmou-se “a priori” o direito subjetivo à dispensa do trabalho e de aulas/provas por motivo religioso, que só se tornará posição definitiva quando ponderado com as demais circunstâncias (acomodação razoável da situação pela Administração, não violação da isonomia com adeptos de outras religiões e, mesmo, em relação a não crentes etc.). A partir de 2019, o Art. 7º-A da Lei nº 9.394/96, com a redação dada pelo Lei Federal nº 13.796/2019 prevê a escusa de consciência para o caso de ausência religiosamente motivada em dias de prova ou de aula.³⁰²

De outro banda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3901 - PA (2007), que indaga se “Provas e concursos públicos ou seleções de vestibulares devem apresentar horários alternativos para sabatistas e outros?” continua sem deslinde. Entretanto, no Recurso Extraordinário (RE) nº 611.874 interposto pela União, o STF

³⁰² “Ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, é assegurado, no **exercício da liberdade de consciência e de crença**, o **direito** de, mediante prévio e motivado requerimento, **ausentar-se de prova ou de aula** marcada para **dia** em que, **segundo os preceitos de sua religião**, seja **vedado o exercício de tais atividades**, devendo-se-lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos para o aluno, uma das seguintes **prestações alternativas**, nos termos do inciso VIII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal” (Art. 7º-A, *caput*, da Lei nº 9.394/2006).

reconheceu, em 2011, a repercussão geral da questão e avaliará a possibilidade de alteração de data e horário em concurso público para candidato adventista.³⁰³

Ainda atinente ao dever razoável de acomodação, o feriado de Zumbi encerra grande polêmica (a data seria 20 de novembro e é comemorada em vários estados e centenas de municípios Brasil afora, mas rechaçada por alguns tribunais estaduais, inclusive o do Rio Grande do Sul), com ressonâncias possíveis na linha da religiosidade afro-brasileira, o que permanece em aberto e com resoluções muito díspares nos diversos entes federados. Fica, pelo menos, a lembrança de que o Estado também há de ponderar a tradição cultural (apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais) e considerar a “fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”, a par de proteger as culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (CF 88, art. 251, § 1º e 2º).

Alguma redução de complexidade operou o legislador. Em nível federal, a Lei nº 10.607/2002 estabeleceu que são feriados nacionais: 1º/01, 21/4, 1º/5, 7/9, 02/11, 15/11 e 25/12.³⁰⁴ A Lei nº 6.802/80 estabeleceu que “é declarado feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil”. No que tange ao “culto público e oficial”, por afronta ao princípio da não confessionalidade, considera-se quase óbvio que a norma não foi recepcionada pela CF 88. Já a Lei nº 9.093/95,³⁰⁵ estabeleceu, no art. 1º, como feriados civis: I – os declarados em lei federal; II – a data magna do Estado fixada em lei estadual; III – os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal. No seu art. 2º determinou que “são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluído a Sexta-Feira da Paixão”.

Necessário, portanto, compatibilizar a fixação dos feriados religiosos com a determinação constitucional de respeito à diversidade religiosa de cultos, crenças e liturgias, a permitir o livre exercício de crença e religião.

3.2. Sacrifício ritual de animais

No âmbito do Recurso Extraordinário nº 494.601 (2006), *questiona-se dispositivo, no âmbito de Código Estadual de proteção aos animais, que permite o sacrifício ritual de animais, por considerá-lo livre exercício dos cultos e liturgias de matriz africana.*³⁰⁶

No Rio Grande do Sul, em virtude da edição de *Código Estadual de Proteção aos Animais*, controverteu-se a questão, no que pode ser considerado um *leading case*. A Lei Estadual nº 11.915, de 21/5/2003, na tutela dos animais, visa a “compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental”. Em seu art. 2º, estabeleceu as vedações gerais, proibindo condutas ofensivas ao bem jurídico tutelado. No art. 16, tratou do abate de animais.

³⁰³ Correlacionado, em 2018 o STF também reconheceu repercussão geral no RG-ARE 1.099.099-SP. O Supremo Tribunal Federal irá decidir se o administrador público deve estabelecer obrigação alternativa para servidor em estágio probatório que estiver impossibilitado de cumprir determinados deveres funcionais por motivos religiosos. O recurso extraordinário foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que manteve sentença em mandado de segurança impetrado por uma professora adventista que foi reprovada no estágio probatório por descumprir o dever de assiduidade. Segundo os autos, ela não aceitou ministrar aulas às sextas-feiras após o pôr do sol e teria faltado 90 vezes injustificadamente em razão de suas convicções religiosas.

³⁰⁴ Dando nova redação ao art. 1º da Lei nº 662/49 e revogando a Lei nº 1.266/50. Dois, dos sete feriados elencados, são visivelmente religiosos (02/11 e 25/12).

³⁰⁵ Com a redação dada pela Lei nº 9.335/96.

³⁰⁶ STF, RE 494.601, Rel. Min. Marco Aurélio, distribuída em 29/9/2006.

Seguiu-se acirrada polêmica, com amplo noticiário nos meios de comunicação social, alegando as *comunidades religiosas afro-brasileiras* que estavam sendo *discriminadas* ou *constrangidas*, em face do sacrifício ritual de animais, ameaçadas pelo poder de polícia e temerosas de sanção penal.³⁰⁷ Dicotomizaram-se as posições, de um lado os “ambientalistas” (ao menos, algumas correntes e setores) e, de outro, os “religiosos”, representados por associações e movimentos, aos quais se somaram ativistas do movimento negro; os primeiros pugnavam pela aplicação estrita do Código de Proteção aos Animais; os segundos pretendiam ressaltar que suas práticas religiosas continuavam lícitas. Nesse contexto, adveio a Lei Estadual nº 12.131, de 22/7/2004, que acrescentou parágrafo único ao citado artigo 2º da Lei nº 11.915/2003 (Código Estadual de Proteção aos Animais). Literalmente: “*Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana*”.³⁰⁸

Ao entendimento de que a Lei Estadual nº 12.131/2004 era formal e materialmente inconstitucional, por ter tratado indevidamente de matéria penal (competência legislativa privativa da União) e ter desrespeitado o princípio isonômico, ao excepcionar apenas os cultos de matriz africana, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 22/10/2004, promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.³⁰⁹ No primeiro caso, alega-se que o art. 32 da Lei nº 9.605/98 (Lei Federal dos Crimes Ambientais) dispõe ser crime praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (no art. 37, o mesmo diploma legal federal estabelece causas de justificação, permitindo o abate de animais em caso de estado de necessidade, fome, v.g.; para proteger lavouras, pomares e rebanhos; e por ser o animal nocivo – vale dizer, *não excepciona o sacrifício religioso*).³¹⁰ Quanto ao aspecto material, a peça vestibular rebelou-se contra a violação da isonomia, em face do favorecimento às religiões afro-brasileiras, sendo o privilégio específico incompatível com a natureza laica do Estado (art. 19, I, da Constituição).³¹¹

³⁰⁷ Descobriu-se recentemente, arguindo uma dissertação de mestrado (Michel Ferrari Borges dos Santos, UNOESC, Chapecó, SC, abril de 2020), que o projeto original do Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul pretendia vedar explicitamente o sacrifício ritual de animais, ao referir “cerimônias religiosas” e “feitiços” no âmbito das condutas proibidas – Projeto de Lei nº 447/1991.

³⁰⁸ O Decreto nº 43.252, 22/7/2004, regulamentou o indigitado artigo 2º. Considerou que os animais são merecedores de atenção especial por parte do Poder Público “e que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício de cultos religiosos” e dispôs: *Para o exercício de cultos religiosos, cuja liturgia provém de religiões de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem utilização de recursos de crueldade para a sua morte* (art. 2º).

³⁰⁹ ADI nº 70010129690.

³¹⁰ A inicial consigna, e bem: “*É de advertir, porém, que a supressão do dispositivo impugnado não inviabilizará as práticas de cultos africanos, pois, apesar de vedada a crueldade contra animais, sempre será possível aferir, em cada caso concreto, a prevalência, ou não, do direito fundamental à liberdade religiosa*”. Sinala, também, que já havia a proibição de submeter animais a crueldade, ao menos desde o art. 64 da Lei das Contravenções Penais. E, “mesmo sem exceção expressa a tal regra, já se podia entender que os sacrifícios rituais ali não se enquadravam (...) O dispositivo atacado, mesmo que tivesse sido veiculado por lei federal, afigura-se, assim, até mesmo desnecessário, porquanto jamais a liberdade de religião, constitucionalmente garantida, poderia ser afetada decisivamente em seu núcleo essencial por norma protetiva de animais. E isso porque parece evidente que, no caso, o direito de liberdade goza de primazia qualificada (*preferred position* do direito norte-americano) relativamente à proteção ambiental. Em sendo assim, impedir o sacrifício ritual de animais implica, para esses cultos, a perda da própria identidade da sua expressão cultural.”

³¹¹ Nesse caso, “o *discrimen* em favor das religiões afro-brasileiras revela-se arbitrário, por carente de justificação jusfundamental. Cuida-se de tentativa de compatibilização de interesses políticos – ambientalistas e religiosos – que levou o Parlamento estadual a uma decisão equivocada, privilegiadora de apenas uma expressão cultural, deixando à margem inúmeras outras, também titulares do amparo constitucional (art. 5º, VI)”. No corpo da fundamentação, a petição cita o entendimento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, que inclui o sacrifício de animais em ritos religiosos nas hipóteses de *conflito aparente entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural* (arts. 215 e 216, CF 88). Para dirimir a “aparente litigiosidade”, utiliza-se

No deslinde da causa, fracionou-se o Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria julgando improcedente a ação e afirmando a constitucionalidade do dispositivo inquinado, ao explicitar não infringir o Código Estadual o *sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldades* – mesmo porque “não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática”.³¹² Merece análise a fundamentação, a iniciar pelo voto do relator, que prevaleceu. Sob ponto de vista formal, não se usurpou competência da União em matéria penal, já que o preceito inquinado (parágrafo único) “tão-só pré-exclui dos atos arrolados no próprio dispositivo [art. 2º] as práticas religiosas”, de modo algum pretendendo eliminar o crime capitulado no art. 32 da Lei nº 9.605/98. Quanto à isonomia, em face da existência de outras religiões que se ocupam de sacrifício ritual, mostra-se a disposição “apenas insuficiente e suscetível de generalização”. Ainda, “nada exclui a incidência de normas penais em casos concretos e específicos, preenchidos os respectivos pressupostos”.³¹³

Nem no art. 64 da Lei das Contravenções Penais, nem do citado art. 32 da Lei nº 9.605/98, prossegue o relator, acomoda-se o “sacrifício ritual de animais”. Citou, ainda, para servir como *diretriz geral*, precedente da Suprema Corte norte-americana (*Church of Lukumi Balalu Aye v. City of Hialeah*), em que leis locais, que proibiam expressamente o sacrifício de animais (prática religiosa ligada à “Santería”, trazida por negros cubanos), foram invalidadas, pois “as autoridades locais deviam respeitar a tolerância religiosa”.³¹⁴

Tendo embargos de declaração desacolhidos, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da CF

do *princípio do desenvolvimento sustentável*, de análise específica caso a caso, sem prevalência automática. Pondera a inicial que “não há como deixar-se de, em cada caso concreto, verificar se os limites de compatibilização entre manifestação cultural e proteção à fauna foram observados”. E sugere alguns parâmetros: “ritos exóticos sem significação cultural, abate de animais em vias de extinção, utilização de meio desnecessário à atividade, provocação de sofrimento exagerado aos animais” deslegitimariam a expressão cultural e poderiam caracterizar infração penal. Repete, ao cabo, que o dispositivo tido por inconstitucional apresenta-se manifestamente *inócuo*, pois “não afasta a necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais em choque em cada situação concreta”, apenas externou *preferência pela manifestação cultural*, decorrente da “posição preferente da liberdade religiosa no catálogo de direitos fundamentais”.

³¹²Adin nº 70010129690, Tribunal Pleno, Rel. Des. Araken de Assis, 18/4/2005. “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao “Código Estadual de Proteção aos Animais” o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS.” (citado doravante como “Acórdão”). À unanimidade, rejeitaram preliminar de incompetência da Corte. A constitucionalidade afirmou-se por 15 votos contra 10 (1 vencido parcialmente e 10 integralmente, com 4 alterações de voto na última sessão). Entidades religiosas de matriz africana e ativistas do Movimento Negro postularam intervenção, indeferida. A Mesa da Assembléia Legislativa do Estado alegou a preliminar e, no mérito, sustentou que os rituais afro-brasileiros “pressupõem o sacrifício de animais domésticos em suas liturgias”, criados em cativeiro para este fim específico, o que não afronta a Lei nº 9.605/98.

³¹³ Acórdão, pp. 4 e 5. “Bastaria, a meu ver, um único praticante de religião que reclame o sacrifício de animais para que a liberdade de culto, essencial a uma sociedade que se pretenda democrática e pluralista, já atue em seu benefício. Dir-se-á que nenhum direito fundamental se revela absoluto. Sim, mas o confronto acabou de ser revolido através do princípio da proporcionalidade. Ao invés, dar-se-ia proteção absoluta ao meio ambiente natural proibindo, *tout court*, o sacrifício ritual” (Des. Rel.).

³¹⁴ “Então, não vejo como presumir que a morte de um animal, a exemplo de um galo, num culto religioso seja uma “crueldade” diferente daquela praticada (e louvada pelas autoridades econômicas com grandiosa geração de moedas fortes para o bem do Brasil) pelos matadouros de aves. Existindo algum excesso eventual, talvez se configure, nas peculiaridades do caso concreto, a já mencionada contravenção; porém, em tese nenhuma norma de ordem pública, ou outro direito fundamental, restringe a prática explicitada no texto controvertido” (Acórdão, pp. 7-9).

88.³¹⁵ No STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ensejou o Recurso Extraordinário em comento. Em 03/3/2007, o Procurador-Geral da República ofereceu parecer, “pelo conhecimento e desprovimento do recurso ou pelo provimento parcial deste para expungir da norma questionada a expressão ‘de matriz africana’, permanecendo o dispositivo com a seguinte redação: não se enquadra nesta vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões”.

Com relação ao caso, formulam-se, agora, algumas observações:³¹⁶

Parece, à partida, *inviável* que o precedente citado da Suprema Corte norte-americana (*Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*) possa servir de *diretriz geral*. De fato, neste caso, julgado em 1993, a Suprema Corte invalidou, com base na *Free Exercise Clause* (e não na *Establishment Clause* [que se aproximaria do art. 19, I, CF 88] e menos ainda em face de alguma espécie de “tolerância religiosa”), legislação municipal que proibia o sacrifício de animais, *na medida em que era aplicada a uma particular seita religiosa*, pois os juízes, à unanimidade, entenderam que a normativa fora aprovada com o *único propósito* de “excluir a seita religiosa da cidade”. Todavia, evitaram estabelecer se “membros de uma seita religiosa que utiliza sacrifício de animais ritualmente, estariam inteiramente ao abrigo da cláusula de livre exercício”, de maneira a excepcionar a lei proibitiva, caso esta fosse “uma lei de aplicação geral religiosamente neutra”.³¹⁷

Convém reiterar. No caso citado, os juízes da Suprema Corte *não enfrentaram a questão* de saber se “uma lei religiosamente neutra, que banisse todos os sacrifícios de animais, teria que permitir exceções para as hipóteses de sacrifício de animais em rituais religiosos”. Em face do propósito de suprimir determinada seita religiosa, os juízes foram unânimes quanto à inconstitucionalidade, mas a maioria deles não viu razão para questionar o princípio de que uma lei religiosamente neutra, de aplicação geral, deveria atingir também as pessoas com crenças religiosas dissonantes. Assim, a legislação de Hialeah, na medida que tinha como alvo a comunidade religiosa “Church of the Lukumi Babalu Aye” (que professava a *Santería* e, por isso, estava sendo discriminada – o regramento local excetuava virtualmente todas as formas de sacrifício animal, exceto àquelas utilizadas pela religião em tela), e não conseguindo a Municipalidade demonstrar qualquer interesse prevaemente que justificasse a proscrição somente do sacrifício de animais em rituais religiosos, foi invalidada. Porém, Novak e Rotunda figuram a hipótese (mais próxima do caso em comento, no nosso entender) de uma *lei religiosamente neutra*, que fosse uniformemente *aplicável a todas as pessoas*, proibindo o sacrifício de animais.

³¹⁵ Petição de 06/10/2005. Em síntese, reiterando os argumentos de invasão da competência da União, por cuidar de matéria penal, bem como o da violação ao princípio isonômico e ao caráter laico do Estado brasileiro, por privilegiar apenas religiões de matriz africana. Prequestionou a incidência dos arts. 5º, *caput*, 19, I, e 22, I, da CF 88.

³¹⁶ Para referências mais detalhadas, inclusive indicação de doutrina norte-americana e decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a par de doutrina brasileiro na linha da sociologia das religiões vide WEINGARTNER NETO, Jayme. Entre anjos e macacos, a prática humana de sacrifício ritual de animais. In: Carlos Alberto Molinaro e outros (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 331-59 – especialmente pp. 350 e ss. (diretrizes para resolução do caso no STF).

³¹⁷ Em vez disso, os juízes consideraram que a legislação municipal visava a proibir somente o sacrifício ritual de animais praticado pela religião *Santería* (o momento em que foi votada e outros fatos, tudo demonstrava que a legislação só fora adotada quando a Municipalidade soubera que membros da *Santería* estavam por estabelecer um lugar de culto na Cidade). Vale dizer, a lei em questão tinha um *evidente propósito inconstitucional*, de obstaculizar a liberdade religiosa. A lei que não passasse no teste de “neutralidade religiosa” e “aplicabilidade geral” deveria ser objeto de um “estrito escrutínio judicial” e só seria constitucional se “realmente necessária para atender a relevante interesse governamental”. *A Suprema Corte tem indicado que uma lei religiosamente neutra deve ser seguida por todas as pessoas, inclusive por aquelas cujas crenças religiosas determinem-lhes a desobediência*. Entretanto, em alguns poucos casos (v.g., para obtenção do auxílio desemprego), a Corte tem aberto exceções.

A lei não tenciona suprimir atos religiosamente motivados, antes tem o propósito de promover tanto a saúde pública quanto prevenir a “crueldade no tratamento dos animais”. Perguntam: se membros de uma seita religiosa, em violação da lei, sacrificassem animais em ritos religiosos, poderiam ser punidos pela ilicitude? “A Corte, no caso *Church of the Lukumi*, não enfrentou a questão”. O entendimento da Corte no caso *Smith II* (supracitado) indicaria que “a seita religiosa não teria o direito constitucional a uma exceção legal”.³¹⁸

A concordância prática é mais conseguida no acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (Caso do Açougueiro turco de Essen, Sentença 104/337, 2002), preferencial para servir de *guide line*. A Corte alemã, clara e didaticamente, estabeleceu, em concreto, o conflito entre o devido respeito à liberdade religiosa e o interesse da comunidade, mediado pelo legislador, na proteção dos animais – e chamou, para a tutela recíproca, o princípio da proporcionalidade;³¹⁹

É preciso, considerando as tensões do caso concreto, *avançar na análise das posições jurídicas que colidem*. Do lado do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, podem-se chamar, *prima facie*, pelo menos (e ficando apenas no plano subjetivo): liberdade de atuação segundo a própria crença; liberdade de praticar os atos do culto da religião professada e, direito de auto compreensão e auto definição das confissões religiosas, no que tange à identidade e ao caráter próprio da confissão professada; liberdade de exercício dos atos de culto, sem interferência do Estado ou de terceiros). Da banda do direito fundamental ao meio ambiente (assim considerado, em que pese a localização heterotópica, forte na abertura material do catálogo propiciada pelo § 2º do art. 5º, CF 88), é de lembrar o direito genérico ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225, CF 88) e, especificamente, a proteção da fauna, nos termos do inc. VII do mesmo artigo (vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade). Seria de esclarecer, então: quais são os animais sacrificados? Aves? Gatos e Cachorros? Bodes? O citado Decreto nº 43.252/04 refere “animais destinados à alimentação humana” – qual a importância deste vetor? O rito sacrificial é exótico, extremamente raro? Ou, pelo contrário, partilhado por significativa parcela de crentes, ainda que minoritária? O que se faz com os animais? Como são sacrificados? Evita-se o sofrimento exagerado? Seria impossível fornecer alguns exemplos de “recursos de crueldade”? De onde provêm os animais que serão sacrificados, como são mantidos em cativeiro e qual a destinação dos cadáveres? Ressente-se, enfim, de maiores informações, que possibilitariam uma concordância prática mais acurada;

Ainda que, em termos metódicos, o teste de proporcionalidade pudesse ser favorável ao regramento ambiental, dever-se-ia prosseguir e *verificar se o núcleo essencial da liberdade religiosa das confissões afro-brasileiras não restaria atingido*, a indicar a conveniência de um aporte de sociologia das religiões. Parece, numa primeira vista de olhos, que sim. Entre as religiões não cristãs que se desenvolveram no Brasil, um

³¹⁸ “The court in the *church of the Lukumi Babalu Aye* case did not reach this question. The Court’s ruling in *Smith II* would indicate that the religious sect would not have a constitutional right to an exemption from the law” (NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, pp. 1297). Vale lembrar o caso *Bunn v. North Carolina* (1949), em que a Suprema Corte do Estado da Carolina do Norte sustentou a aplicação de lei que proibia o manuseio de cobras venenosas a uma igreja determinada. Tratava-se de ordenação local (Cidade de Durham) que visava à saúde, segurança e ao bem-estar públicos e os juízes consideraram que a “segurança pública é superior à prática religiosa”. Benjamin Massey e C. H. Bunn, da Igreja “Tabernáculo Zion”, foram flagrados (com intervalo de uma semana), por policiais locais, engajados em serviços religiosos no meio de homens, mulheres e crianças, ao brandirem do púlpito as cobras venenosas, à vista da congregação – ninguém foi ferido em nenhuma das ocasiões (conforme “The RJ&L Religious Liberty Archive”, citado como: 229 N.C 734, 51 S.E.2d 179).

³¹⁹ WEINGARTNER NETO, Entre anjos e macacos, pp. 338-42.

grupo se destaca pela *posição de relevância estrutural* no quadro geral da cultura brasileira: as religiões afro-brasileiras, assim chamados os respectivos cultos pela origem, trazidos que foram pelos escravos traficados da África.³²⁰ Mire-se o *candomblé*, descrito como uma “religião mágica e ritual”, em que se busca, “mediante a manipulação de forças sagradas, a invocação das potências divinas e os sacrifícios oferecidos às diferentes divindades, os chamados orixás”.³²¹ Representa o melhor exemplo de *politeísmo explícito* que se tem no Brasil. Pois diferente de outras grandes religiões, de vinco ético ou moral, a *ênfase do candomblé é ritual* – “(...) e a distinção entre o bem e o mal depende basicamente da relação entre cada seguidor e seu deus pessoal, o orixá (...) Pois cada orixá está relacionado a uma série de tabus específicos”. Cada orixá conta com símbolos particulares, “sem falar dos animais sacrificiais próprios de cada orixá”.³²² Neste contexto, é muito provável que proibir o sacrifício ritual, *tout court*, signifique *erodir o conteúdo essencial da religião professada por significativa parcela de brasileiros*, o que se afigura, à vista desarmada, inconstitucional;

No que toca à inconstitucionalidade material, por discriminação contra as outras religiões que eventualmente utilizam de forma ritual o sacrifício de animais, sugere-se (apoiados no princípio da interpretação da lei conforme a Constituição e na noção de aplicação direta do princípio da igualdade), na linha da proposta de Jónatas (*supra*), a figura da *extensão das conquistas das confissões majoritárias* (no caso, de um grupo religioso mais articulado politicamente) *aos grupos minoritários*, que de fato não parecem ter, na vida social e cultural brasileira (o que explicaria a ausência de referência expressa), o mesmo peso que joga a favor das religiões afro-brasileiras – *princípio fundamental de alargar para as minorias o tratamento jurídico dispensado à confissão religiosa mais favorecida*.

Acena-se, então, com a *intervenção regulatória estatal* - Estado juiz e administrador - *na correção das falhas de mercado*, concretizando, proteção dos indivíduos, na defesa da liberdade religiosa individual do crente potencialmente discriminado; coordenando as diversas liberdades religiosas coletivas; garantia institucional da liberdade religiosa individual; as igrejas, também minoritárias, como instituições; garantia do princípio da igualdade “sem lei, contra a lei e em vez da lei” [Canotilho]; e diversidade e pluralismo religioso) – nestas tarefas, é de se atender aos *princípios* e não ao desigual peso político das diferentes confissões religiosas, daí que o patamar de tutela mais favorável obtido, não se opondo obstáculo intransponível, é de estender-se automaticamente às minorias;

Tergiversam os comentários, ora aventando um “conflito aparente”, ora admitindo uma colisão. Na nossa ótica, o quadro normativo posto pelo legislador (seja estadual, seja federal), não se aplica, *a priori*, ao *sacrifício ritual de animais* (não faz parte do programa das normas ambientais vedá-lo, nem se encontra no respectivo âmbito normativo a proibição das situações decorrentes do exercício religioso). Todavia, conflito, ao menos potencial, há. E *não entre um meio ambiente expansivo*, açambarcando o natural e o cultural (mesmo porque, nessa linha, tudo seria dissolvido, a começar pelo direito, num grande caldo cultural), inclusive pela *incorreta assimilação das posições subjetivas decorrentes do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo*, com

³²⁰ Até meados do século XX, “funcionavam exclusivamente como ritos de preservação do estoque cultural dos diferentes grupos étnicos negros que compunham a população dos antigos escravos e seus descendentes”; ainda hoje são reconhecidas como “*religiões negras*, autênticas expressões culturais da *negritude*” (PIERUCCI, Antônio Flávio. As religiões no Brasil, apêndice. In: GAARDER, Jostein, HELLERN, Victor; NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. pp. 311-2).

³²¹ PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, p. 312 (o primeiro grifo nosso). Como, aliás, faziam os guerreiros de Aquiles na *Íliada*, um dos mitos fundadores da cultura ocidental.

³²² PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, pp. 313-5. Já a umbanda, mais híbrida e menos africana, “evita os sacrifícios de sangue” (p. 319).

sua especificidade e prioridade, pleno de conteúdo em dignidade, no tal “meio ambiente cultural” (arts. 215 e 216, CF 88), a lançar mão do “princípio do desenvolvimento sustentável” para orientar a ponderação (que não se atina que papel jogaria aqui). Trata-se, a rigor, de superinterpretação ambientalista, que sucumbe à análise sistemática. A *tensão concreta*, já se referiu (*supra*, observação 3^a), trava-se *entre a liberdade religiosa e a tutela do meio ambiente (fauna)*. A *cultura*, que está no Capítulo III da Ordem Social da CF 88 (enquanto o *meio ambiente* aparece no Capítulo VI da mesma Ordem Social), é conceito jurídico dotado de autonomia, e, no caso, *joga a favor da prevalência do sacrifício ritual dos animais* pelas religiões afro-brasileiras – em face do componente cultural, o Estado protegerá (*reforço de tutela*) as manifestações (também religiosas) das culturas afro-brasileiras (art. 215, § 1º, CF 88), o que pode ser igualmente cogitado na consideração da contribuição religiosa ao patrimônio cultural brasileiro, diante dos traços portadores de referência à identidade e à memória de um dos grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF);

A discussão também se beneficia da agregação do princípio da *tolerância*, já que os crentes das religiões afro-brasileiras manifestaram concretos receios de discriminação, e da *função estatal de criar condições* para que as confissões religiosas desempenhem suas missões, o que explicaria o recurso a um preceito quase simbólico, mas sinalizador de diversidade e pluralismo.

Finalmente, o STF, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que também admitiam a constitucionalidade da lei, dando-lhe interpretação conforme. Fixou-se, na ocasião, a seguinte tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.³²³

3.3. Vedação de proselitismo em rádios comunitárias

No âmbito da ADI 2.566 (2002), *ao indeferir medida cautelar contra lei federal reguladora da atividade das rádios comunitárias*, o Tribunal, *reafirmando que não há direitos absolutos, ilimitados ou ilimitáveis*, considerou, inicialmente, *válida vedação genérica ao proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária, referindo expressamente a pregação religiosa, certo que cabe ao intérprete dos fatos concretos verificar se ocorreu ou não o proselitismo abusivo proibido*.³²⁴

O Min. Rel. apontou que, literalmente, o dispositivo inquinado “foi mais longe do que precisava ir, ao coibir, ao vedar, o proselitismo de qualquer natureza” – por outro lado, acresceu a seguir, “não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis”, daí a fórmula de remeter à interpretação do caso concreto, para verificar-se se ocorreu *proselitismo desvirtuado de suas finalidades*. Pela então minoria, o Min. Celso de Mello sustentou que, se não é direito absoluto (eventuais abusos ficarão sujeitos a controle jurisdicional “a posteriori”), não deve o Estado impedir a livre expressão e divulgação de idéias – o pluralismo de idéias como fundamento da República, pelo que “a prática do proselitismo representa elemento de concretização do direito à livre difusão de idéias (...) sendo irrelevante, sob tal aspecto, que se trate de proselitismo de natureza religiosa.”.

³²³ Vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participaram da fixação da tese os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.03.2019.

³²⁴ STF, ADI 2.566, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 22/05/2002, DJ de 27/02/2004.

A corte, aqui, já antecipava dificuldades dogmáticas que, mais recentemente, desaguarão na ADPF nº 130, de um lado – a Lei de Imprensa de 1967 não foi recepcionada, em bloco, consignando a ementa: “Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica” –; e, de outro, a Reclamação nº 9.428.³²⁵

Passados quatorze anos do provimento liminar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2018, julgou, por maioria, inconstitucional a proibição a proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária. Segundo os ministros, a norma constitui censura prévia e ofende ao princípio constitucional da liberdade de expressão. Prevaleceu o entendimento do ministro Edson Fachin, que proferiu o primeiro voto divergente. Segundo ele, a norma impugnada pelo partido político, ao impedir a livre manifestação do pensamento, padece de “ostensiva inconstitucionalidade”. Destacou, ainda, que a jurisprudência do STF tem enfatizado a primazia do princípio da liberdade de expressão, sendo inadmissível que o Estado exerça controle prévio sobre o que é veiculado por meios de comunicação.

Lembramos, ao passar pelo proselitismo religioso em rádios comunitárias, que o discurso expressivo religioso já foi ampliado pelo STF (RHC 134.682, 2016, 1ª Turma) e restringido a seguir (RHC 146.303, 2018, 2ª Turma), ponto que dialoga com a Tese 2 fixada adiante na ADO 26 (MI 4.733, 2019).

3.4. Ensino religioso em escolas públicas

Na ADI 4.439 (2010), prevaleceu o entendimento de que *O Poder Público, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), deverá atuar na regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, § 1º, autorizando na rede pública, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação.*³²⁶

³²⁵ STF, ADPF 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 30/4/2009; STF, Rcl. 9.428/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Pelluso, julgada em 10/12/2009, publicada no Informativo STF nº 571 (07 a 11/12/2009): *verbis*: Em síntese, o relator frisou não ser possível extrair do acórdão da ADPF 130/DF, sequer a título de motivo determinante, uma posição vigorosa e unívoca da Corte que implicasse, em algum sentido, juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade, como a intimidade, a honra e a imagem, por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa. Acrescentou que essa afirmação não significaria que toda e qualquer interdição ou inibição judicial a exercício de liberdade de expressão fosse constitucionalmente admissível, mas apenas sublinharia não se encontrar, na leitura de todos os votos que compuseram o acórdão paradigma, quer no dispositivo, quer nos fundamentos, pronúncia coletiva de vedação absoluta à tutela jurisdicional de direitos da personalidade segundo as circunstâncias de casos concretos, e que, como tal, seria a única hipótese idônea para autorizar o conhecimento do mérito da reclamação.

³²⁶ ADI nº 4.439, DF, Rel. Min. Roberto Barroso. Iniciado em 30/8/2017, o julgamento prosseguir um 31/8, 21/9 e concluiu-se em 27/9/2017. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFENSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. (...). 4. **A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º,**

O ponto de partida constitucional é o § 1º do art. 210 da CF 88,³²⁷ inserido no Título VII da Constituição (da *ordem social*), no seu Capítulo III, Seção I (da *educação*) – orienta-se pelos princípios estabelecidos no art. 206 e especifica o disposto no *caput* do art. 210 (serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais).

Na sua tarefa de conformação democrática e redução de complexidade, o legislador infraconstitucional regulou a matéria por meio da Lei nº 9.394, de 20/12/96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Ao tratar do *ensino fundamental* (segunda etapa da educação básica), previa seu artigo 33 a *oferta de ensino religioso*, programado inicialmente (na redação original da LDB) *sem ônus* para os cofres públicos e em duas modalidades: (a) *confessional*, conforme opção religiosa do aluno/responsável, a cargo das respectivas igrejas/confissões; (b) *interconfessional*, mediante acordo entre as diversas entidades religiosas.³²⁸ Na sequência, a Lei nº 9.475, de 23/07/97, promoveu a primeira alteração da LDB e conferiu nova redação ao artigo 33, assegurando o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil e vedando qualquer forma de proselitismo. Remete-se, agora, aos *sistemas de ensino*, a *regulamentação* do conteúdo do ensino religioso e das normas para habilitação e admissão dos professores.³²⁹

Pouco mais de dez anos depois da alteração da LDB, novo dado legislativo perturba o cenário. Celebrou-se, em 13 de novembro de 2008, *Acordo* (Concordata) entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao *Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil*. O texto, composto por 20 artigos, foi aprovado pelo Decreto

autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), de ensino confessional das diversas crenças. 5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu **direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.** 6. O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a **voluntariedade da matrícula** para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente **impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina;** bem como **proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.** 7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. (ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

³²⁷ Art. 210, § 1º - *O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.*

³²⁸ Art. 33 (redação original da LDB): *O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter: I – confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; II – interconfessional resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.*

³²⁹ Art. 33 (redação dada pela Lei nº 9.475, de 23/07/97): *O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.* § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto nº 7.107/2010.

O ensino religioso mereceu especial atenção. A República Federativa do Brasil parte, no art. 11, do direito de liberdade religiosa (complexo), da diversidade cultural e da pluralidade confessional, para informar que respeita a *importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa*. Tal ensino, *católico e de outras confissões*, de matrícula facultativa, *constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental* – assegurado expressamente o *respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil*, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, *sem qualquer forma de discriminação*.

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.439 (2010), a Procuradoria-Geral da República postulava interpretação conforme da LDB e do Acordo com a Santa Sé para assentar que *o ensino religioso em escolas públicas só pode ser não-confessional, proibida a admissão de professores que representem confissões religiosas; subsidiariamente, pugna pela inconstitucionalidade parcial da norma concordatária, para suprimir do texto do artigo 11, § 1º, a expressão “católico e de outras confissões religiosas”*.

O Ministério Público pretendia que o STF realizasse interpretação conforme a Constituição do art. 33, *caput*, e dos §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96, bem como atacava a norma concordatária referida. A liminar foi indeferida em 03/8/2010. Desde então, uma série de entidades foram admitidas a ingressar nos autos na qualidade de *amicus curiae* (Confederação Nacional de Bispos do Brasil, Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso, Associação Nacional de Educação Católica do Brasil, Conferência dos Religiosos do Brasil, Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro, Comitê Latino-Americano e do Caribe para os Direitos da Mulher, Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos, dentre outras). Em 15/6/2015 houve audiência pública, quando 31 entidades religiosas ou ligadas à educação ou interessadas no tema, além de especialistas, foram ouvidos. A maioria dos participantes defendeu a impossibilidade prática de conciliar os modelos confessional e interconfessional de ensino com a laicidade do Estado (32, dentre os 31, defenderam a procedência da ação), diversamente da CNBB.

A ação buscava assentar que o ensino religioso em escolas públicas deveria ter natureza não confessional, proibindo-se a admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, o que seria a única forma de compatibilizar o ensino religioso com o caráter laico do Estado brasileiro. O conteúdo da disciplina, no modelo proposto, seria uma espécie de história e sociologia das religiões e também das posições não-religiosas, sem qualquer tomada de partido pelos educadores, que devem ser professores da rede pública e não pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas. A inicial, portanto, rechaça o modelo confessional e o interconfessional (ou ecumênico, que promoveria valores consensuais das religiões “dominantes” e poderia ser ministrado por representantes das comunidades religiosas ou por professores da rede pública).

O voto do Relator assenta duas premissas: (a) o princípio constitucional da laicidade (CF, art. 19, I) apresenta-se com três conteúdos: (i) separação formal entre Estado e Igrejas; (ii) neutralidade estatal em matéria religiosa; e (iii) garantia da liberdade religiosa; (b) o ensino religioso nas escolas públicas, em tese, pode ser ministrado em três modelos: (i) confessional, que tem como objeto a promoção de uma ou mais confissões religiosas; (ii) interconfessional, que corresponde ao ensino de valores e práticas religiosas com base em elementos comuns entre os credos dominantes na sociedade; e (iii) não confessional, que é desvinculado de religiões específicas.

Argumenta que “Somente o modelo não confessional de ensino religioso nas escolas públicas é capaz de se compatibilizar com o princípio da laicidade estatal. Nessa modalidade, a disciplina consiste na exposição, neutra e objetiva, das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões (incluindo posições não religiosas), e é ministrada por professores regulares da rede pública de ensino, e não por pessoas vinculadas às confissões religiosas.”. Conclui pela procedência do pedido, com a tese: “O ensino religioso ministrado em escolas públicas deve ser de matrícula efetivamente facultativa e ter caráter não confessional, vedada a admissão de professores na qualidade de representantes das religiões para ministrá-lo”.³³⁰

O Relator consigna que secularismo não implica despreço à religião ou à religiosidade e que a modernidade e as transformações dos últimos 500 anos não levaram ao ocaso das religiões. Posto que o Estado deve assegurar a liberdade religiosa e conservar a neutralidade em relação às diferentes religiões, está em jogo a educação religiosa das crianças e adolescentes brasileiros. Urge “estabelecer qual a melhor forma de prepará-los, com valores e informações, para que possam fazer as suas próprias escolhas na vida”. Conciliar laicidade estatal e ensino religioso afasta possa o Estado optar pela modalidade confessional ou interconfessional, incompatíveis com a exigência de separação formal entre Estado e religiões, pois permitir que alunos recebam instrução religiosa dentro das escolas públicas torna “inevitável a identificação institucional”, mormente se os professores forem representantes ou credenciados pelas igrejas e remunerados pelo Estado. Também quebra a neutralidade, pois não há como acomodar as mais de 140 denominações religiosas que compõem a pluralidade brasileira, o que favoreceria as majoritárias. Anota que crianças e adolescentes são especialmente influenciáveis por professores e colegas, pelo que carecem do dever de proteção do Estado.

Assim, só o ensino não confessional, plural, objetivo e neutro harmoniza-se com a laicidade. E mesmo nesse, teoricamente compatível, não há como ignorar as complexidades práticas de “trazer a religião para dentro da sala de aula”, a primeira delas pela ausência de diretrizes curriculares nacionais, o que dificulta a prevenção do proselitismo e torna o quadro confuso.³³¹ O segundo problema é o custeio da disciplina pelo Poder Público, indicando o sistema do Rio de Janeiro como violador da laicidade dos princípios que regem os concursos públicos, fazendo o cargo de professor depender do credenciamento pelas confissões. Finalmente, para implantar o modelo não confessional é conveniente que o Ministério da Educação defina parâmetros curriculares nacionais e garanta a facultatividade do ensino religioso.³³²

³³⁰ A Min. Rosa Weber acompanhou o Relator (“Religião e fé dizem respeito ao domínio privado e não com o público. Neutro há de ser o Estado”), como também o Min. Luiz Fux (questionou se é razoável a escola pública ser um espaço para se transmitir lições de fé a crianças e adolescentes; “A educação pública religiosa, universalista e não confessional é a única apta a promover gerações tolerantes que possam viver em harmonia com diferentes crenças na sociedade plural, ética e religiosa”). O Min. Marco Aurélio foi na mesma linha, ao considerar que o ensino confessional em escolas públicas prejudica a situação de equilíbrio, entre Estado e religião, preconizada pelo princípio da laicidade. O Min. Celso de Mello assentou a não confessionalidade no cotejo entre a atual CF e o que prescrevia a Constituição de 1946, assim como na função contramajoritária do STF na defesa das minorias religiosas ou não, tudo para manter o Estado em posição de estrita neutralidade axiológica

³³¹ Atualmente, 4 estados adotam o modelo confessional (Acre, Bahia, Ceará e Rio de Janeiro); a maioria (20 mais o Distrito Federal) trabalha com ensino interconfessional; apenas São Paulo adotou o “ensino sobre religiões”. Ademais, variam os conteúdos, a forma de matrícula, a aferição dos resultados e os requisitos para admissão dos professores. O Relator endossa opinião da professora Débora Diniz na audiência pública, de sujeitar o ensino religioso ao regime nacional de avaliação da qualidade do material didático pelo Ministério da Educação, para garantir a não confessionalidade.

³³² Recomenda o Relator: o cargo público de professor não pode depender de ato de vontade de qualquer confissão religiosa; a matrícula não pode ser automática; os não optantes devem ter alternativas pedagógicas

O Min. Alexandre de Moraes inaugurou a divergência, que acabou prevalecendo, ampliando a discussão para o campo da liberdade de expressão, sob a luz da tolerância e da diversidade de opiniões, inclusive em sala de aula. Estranha que tal programa, a valer para todas as demais manifestações de pensamento, vire “censura prévia à livre manifestação de concepções religiosas em sala de aula, mesmo em disciplinas com matrícula facultativa, transformando o ensino religioso em uma disciplina neutra com conteúdo imposto pelo Estado em desrespeito à liberdade religiosa”, o que limita o legítimo direito subjetivo constitucional do aluno (ou pai/responsável) que já possui religião em matricular-se no ensino religioso de sua própria confissão, a restringir a liberdade religiosa de 92% da população brasileira que tem uma determinada crença religiosa (Censo IBGE, 2010). Nota que a implantação do ensino religioso é texto constituinte originário e que a matrícula facultativa protege os 8% (que não professam fé religiosa) e os demais que não tenham interesse em matricular-se. Paradoxal: “grupos que auxiliaram as minorias a conquistar legítima e corretamente o direito de liberdade de expressão de suas ideias e convicções, inclusive em salas de aula e dentro de currículos de matérias de matrícula obrigatória, pretendem impor forte censura prévia às opiniões religiosas diversas, ao pleitearem um conteúdo neutro e meramente descritivo de religiões, em uma impensável ‘doutrina religiosa oficial’, criada artificialmente pelo Poder Público, mesmo que em disciplinas de matrícula facultativa”.

Assim resume sua posição pela improcedência da ação: *O Poder Público, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), deverá atuar na regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando na rede pública, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação. Dessa maneira, será permitido aos alunos, que expressa e voluntariamente se matricularem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa, por integrantes da mesma, devidamente credenciados a partir de chamamento público e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público.*

O Ministro realça a singularidade da previsão constitucional do ensino religioso baseado nos dogmas da fé como direito subjetivo individual e não um dever imposto pelo Poder Público. Cita: “A neutralidade não existe no ensino religioso de qualquer confissão que se baseia, fundamentalmente, em dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, conforme decisão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 19 de outubro de 1971” (1 BvR 387/65. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Konrad Adenauer Stiftung. Coletânea original: Jürgen Schwabe). E não se trata de proselitismo, “que tem por objetivo a conversão de determinada pessoa para que adira a uma religião, pois o requisito constitucional primordial é a matrícula facultativa do aluno que já professa a crença objeto da disciplina”.

A divergência recusa que a Corte “substitua a legítima escolha que o legislador constituinte originário fez pelo ensino religioso de matrícula facultativa pelo ensino de filosofia, história ou ciência das religiões”, vedado ao poder público, ao disciplinar o conteúdo do ensino religioso, adotar qualquer das duas vertentes de *dirigismo estatal*, seja ao privilegiar uma única crença, seja elaborando um conteúdo único e oficial, suma de aspectos descritivos, históricos e filosóficos, a mutilar os diversos dogmas e obrigar

para atingir a carga horária mínima anual; o ensino deve ocorrer em aula específica (vedada a transversalidade); os alunos podem desligar-se a qualquer tempo.

alunos de determinada fé a ter contato com dogmas alheios. Em prol da igualdade, aposta em regras administrativas gerais que permitam parcerias voluntárias (Lei 13.204/2015) sem transferência de recursos, regime de mútua cooperação com todas as confissões religiosas, como já ocorre, por exemplo, com a assistência religiosa nos presídios.

O Ministro Edson Fachin também divergiu, ainda que amparado noutros fundamentos. Registrou que o voto do Relator está de acordo com os precedentes do STF e dos órgãos internacionais de direitos humanos, citando o Comentário Geral nº 22/1993 do Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU e decisões da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se o apelo [do filósofo John Rawls] à “razão comum” pode fundar a separação Igreja/Estado, a retirar a motivação religiosa (por definição, privada) do espaço público, todavia, “é preciso advertir que a definição desses limites deve levar em conta o exato conteúdo do direito à liberdade religiosa, como expresso na própria Carta Política”.

Neste contexto, o art. 5º, VI, da CF é integrado pelo disposto nos artigos 12 do Pacto de São José da Costa Rica (liberdade de professar e divulgar sua religião, individual ou coletivamente, tanto em público quanto em privado) e 18 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (o ensino como dimensão da liberdade de professar a religião). Daí a dimensão pública da liberdade religiosa, sendo que o pluralismo democrático não prescinde de “convicções religiosas particulares”. Afirma: “É incorreto, assim, afirmar que a dimensão religiosa coincide apenas com a espacialidade privada. Isso não significa, porém, que o espaço público possa ser fundado por razões religiosas. (...) A separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo”. Cita Habermas, a “ética da cidadania democrática”, com ônus recíproco para religiosos e não-religiosos de considerarem todas as contribuições feitas ao debate público. O Ministro conecta pluralismo ao aprendizado a partir da diferença, sendo a própria neutralidade do Estado sujeita ao diálogo e o processo de aprendizagem visto como parte integrante do direito à educação. Portanto, a “escola deve espelhar o pluralismo da sociedade brasileira. Ela deve ser um microcosmo da participação de todas as religiões e também daqueles que livremente optaram por não ter nenhuma.”. E mais, insere-se na garantia da gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI) a possibilidade dos entes federados deliberarem sobre a forma como será ministrado o ensino religioso.

Conclui: “não há como deixar de reconhecer que, conquanto possa ser confessional, o ensino religioso não pode ser obrigatório (art. 210, § 1º, da CRFB). Além disso, porque se fundamenta na própria pluralidade democrática, não pode o ensino, confessional, interconfessional ou não confessional, tornar-se proselitista ou desrespeitar a diversidade cultural religiosa do Brasil, o que abrange também as religiões confessionais que se afirmem apenas pelos usos, costumes e tradições”. E tal interpretação não diverge do citado Comentário Geral 22, pois o “ensino confessional somente é incompatível com o Pacto, se não forem garantidas as dispensas ou ‘alternativas que harmonizem o ensino com os desejos de pais e guardiães’. Nos estritos limites do texto constitucional, a facultatividade e a ênfase no respeito à pluralidade não excluem, portanto, a possibilidade de outras modalidades de ensino religioso.”³³³

³³³ Os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski também foram pela improcedência da ação, cabendo o desempate, no mesmo sentido da improcedência, à Presidente da Corte, Ministra Carmen Lúcia. Dias Toffoli afirmou que houve expressa e consciente autorização do legislador constituinte pelo modelo histórico de ensino confessional, cuja facultatividade torna-o compatível com o a laicidade do Estado, ao resguardar a individualidade da pessoa e sua liberdade de crença. As dificuldades de implementação prática (riscos para minorias) não podem resultar em aniquilamento do direito para todos, vedado em lei o proselitismo e prevista consulta à sociedade civil, em harmonia com a descentralização do

O debate prossegue na esfera pública. Argumenta-se que o Estado não pode apoiar a religiosidade em detrimento da não-religiosidade. Todavia, a Constituição Federal foi quem decidiu, axiologicamente, que haverá ensino religioso, de matrícula facultativa (a preservar a liberdade e autonomia dos demais), nas escolas públicas.

Com tal premissa, nos parece mais harmônico com a *Federação*, em que se estrutura a *República* brasileira, a remessa da regulação conteúdo/professores aos *sistemas de ensino* no âmbito dos *entes federados*. A vedação do proselitismo tem sido aceita tradicionalmente no direito comparado, quando decorre de intervenção legislativa e considerando a salvaguarda do processo educativo e do próprio autodesenvolvimento da personalidade dos educandos, em formação. Os votos do Relator e do Min. Alexandre parecem desvelar pretensão normativa *implícita*, paradoxalmente de sinais inversos: ou o ensino religioso deve ser confessional ou não confessional, sem espaço para a concretização, na forma da LDB, aos sistemas de ensino. Preferível o voto do Min. Fachin, preservados os espaços de conformação legislativa.

Nosso homenageado já alertava para a necessidade de sensibilidade múltipla e de sopesar as situações e os valores em cada caso: “Nem sempre a oferta de mil e um credos *à la carte* para uma aula de religião será a melhor forma. Ou o ensino de todas (e de nenhuma) por um professor de uma, ou, mais normalmente, por um sociólogo, um historiador, ou outro cientista social tão religiosamente assépticos como ignorantes da profundidade do fenômeno”.³³⁴

Há possibilidade de efeitos perversos? Sim, que podem ser prevenidos e devem ser combatidos, em concreto. É de recusar uma pré-compreensão negativa em relação à própria decisão constitucional (*não levar a sério o suficiente o ensino religioso nas escolas públicas*); urge romper *incompreensão basilar*, como se o ensino religioso, pese o preceito constitucional, não fizesse parte do ensino fundamental

Concorda-se que seria desproporcional o exercício da faculdade de recusa para a criança ou adolescente. Entretanto, com base neste ônus não demonstrado empiricamente (a soar mais como argumento retórico, superável com matrícula específica e comissiva), não se considera desproporcional a alternativa imposta a crianças e adolescente que desejem usufruir do direito constitucional de ensino religioso interconfessional, que se veriam, *tout court*, privadas da possibilidade.

Em suma, a decisão do STF levou em consideração o maior espectro de interesses e valores envolvidos. Parece que a redução inicial de complexidade operada pelo legislador infraconstitucional oferece um patamar razoável para as devidas concretizações no sistema educacional dos diversos entes federativos envolvidos.

Fundamental, ao cabo, que o estabelecido pelo Poder Constituinte originário e regulado, no espaço de conformação democrática, pelo Poder Legislativo, desde que não viole os valores constitucionais aglutinantes (iguais em liberdade e dignidade, pelos quais o Poder Judiciário há de velar), seja respeitado por todos os atores institucionais e cidadãos em geral, não se prestando, a via judicial, para reversão de decisões majoritárias, mormente em questões altamente sensíveis e moralmente controversas, por indução de ativismos que não encontram ressonância suficiente no livre mercado de ideias.

sistema de ensino (CF, art. 211) e o princípio da gestão democrática (CF, art. 206, VI). Citando precedentes da Corte Européia de Direitos Humanos, o Min. Ricardo Lewandowski ressaltou que a facultatividade é salvaguarda bastante para o respeito ao pluralismo democrático e à liberdade de crença (pelo que é de assegurar o direito ao desligamento a qualquer tempo e não devem ser atribuídas notas), sendo que a separação entre Estado e Igreja não constitui muralha que separa cosmovisões incomunicáveis; e o fato de haver confissão majoritária (decorrente da formação histórica do país) não implica proselitismo religioso ou violação da igualdade.

³³⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 151.

4. Considerações finais

O quadro delineado revela que, do ponto de vista da realidade fática, a liberdade religiosa no Brasil não se encontra, de todo, fora de risco em virtude das crescentes (e preocupantes) tensões e hostilidades sociais, gerando um incremento da intolerância religiosa e dos embates sociais, institucionais e jurídicos nesse domínio, uma polarização (também noutros quadrantes) que há muito tempo não se conhecia no cenário nacional. Tal a razão, ao menos em boa parte, da notória “judicialização” do fenômeno, gerando, ao longo dos anos, especialmente desde a promulgação da CF e acentuadamente nos últimos anos, um leque diferenciado de decisões pelo STF, desafiando a Corte a se pronunciar numa seara altamente sensível do ponto de vista social, visto que afetam concepções morais e espirituais e dizem respeito à própria liberdade de consciência.

É possível arriscar, ainda, a afirmação de que o caráter devidamente generoso da Constituição Federal para com o fenômeno religioso, caracterizando-se por um Estado Laico do tipo moderado e amistoso à liberdade religiosa, tem encontrado, em termos gerais, receptividade no âmbito da jurisprudência do STF, embora a Corte se mantenha mais contida quando se trata de questões que contendem com a própria ordem pública, como é o caso do proselitismo religioso. O quanto tal linha de orientação irá prevalecer resta em disputa, até pela alteração na composição do STF – o atual Presidente da República, vá saber com que intenção e tom, anunciou, mais de uma vez, a intenção de indicar para a próxima vaga do Tribunal Constitucional, ainda este ano, alguém, *verbis*, “terrivelmente evangélico” –, mas a decisão em relação ao ensino religioso parece prosseguir na configuração de uma laicidade moderada.³³⁵

De todo modo, o que importa destacar é que a liberdade religiosa passou a ocupar um lugar de destaque, instigando cada vez maior reflexão acadêmica e atenção pela sociedade e no campo político, cabendo ao STF quedar atento para assegurar que a liberdade religiosa seja exercida numa ambiência plural e tolerante, a par de harmonizada com os demais direitos fundamentais. A dinâmica acelerada dos dias fez com que, quase ao fechamento do texto, o STF decidisse pela repercussão geral da abrangente questão dos símbolos religiosos em espaços públicos, que certamente forçará maior aprofundamento dos contornos do Estado laico (RG/RE 1249095, em 24/4/2020). Os autores do texto, também, acabamos de manifestar, diante da propagação da COVID-19, que as medidas que limitam e mesmo impedem, temporariamente (na pendência das razões legítimas que as ensejaram), a realização de cultos presenciais coletivos são constitucionalmente legítimas por assegurarem a coordenação mútua das condições de vida, inclusive espiritual, visando a reduzir a morte e a doença, em tempos de pandemia.³³⁶

Fica nosso esforço, então, voltando à banca de doutoramento que nos reuniu os três, para fazer dialogar, em amizade, quando se trata de religião, vivida no íntimo do lar ou em praça pública, o sentimento oceânico com a animalidade terrestre, que essa é a ingente tarefa da construção jurídico-constitucional da liberdade religiosa, como nos ensinou, com sua inextinguível elegância literária, o homenageado.³³⁷

³³⁵ Na formulação plástica do homenageado: “Só a moderação permite perder rigores excessivos sem ganhar laxismos dissolvente” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, Parte II, 4. Religião e direitos humanos, p 136 – referia-se às crenças religiosas, entre vanguardas mais progressivas a aproximar-se do mundo moderno e redutos mais avessos ao alinhamento com a moda).

³³⁶ <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/direitos-fundamentais-tempos-pandemia-iii>, acesso em 13/5/2020.

³³⁷ O então doutorando, nas primeiras linhas da tese, lembrava Freud (O mal-estar na civilização), que se referia ao “sentimento oceânico” fonte da religiosidade para milhões de pessoas. Ao que propôs o homenageado, também pela “magnitude dos problemas que nos assaltam” nesta seara, precisando que havia

5. Referencial bibliográfico

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002;
- ALVES, Rodrigo Vitorino Souza; BORGES, Alexandre Walmott. Church-State relations and religious freedom in Argentina and Brazil: An Introduction. *International Journal of Religious Freedom*, Bonn / Cape Town / Colombo, vol. 6, n. 1/2, 2013, p. 37-49;
- BALDI, Cesar Augusto. “Secularismo, Islã e o ‘muçulmano’: reflexões sobre colonialidade e biopolítica”. *Meritum*. v. 6, n. 2, Belo Horizonte, jul./dez., 2011, pp 139/186.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. “Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 09, n. 36, pp. 106-114, julho-setembro 2001;
- BRUGGER, Winfried. “Da hostilidade passando pelo reconhecimento até a identificação – modelos de estado e igreja e sua relação com a liberdade religiosa”. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 10 – Jan/Mar 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2007; “Charges de Maomé: liberdade de expressão, liberdade religiosa e direitos humanos”, *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 2 (2008). Porto Alegre: FMP, 2007, pp. 205-232;
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. “Religião, liberdade e Direito”, Apresentação, in WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 17-21.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, e outros. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. Coimbra: Almedina, 2010.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A laicidade para além de liberais e comunitaristas*, Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- GOMES, Nadilson. “Direito e religião no Brasil.” *Revista de História do direito e do pensamento político*. n. 01, Lisboa, 2010.
- GRIMM, Dieter. Após as disputas em torno das caricaturas: precisamos de um novo balanço entre liberdade de imprensa e proteção à religião? In: LEITE, George Salomão/SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo, Coimbra: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2009, v. 1, pp. 176-189;
- LEITE, Fábio Carvalho. “O laicismo e outros exageros sobre a primeira república no Brasil”. *Religião e sociedade*. Vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro, 2011;
- LOREA, Roberto Arriada (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; Id., *Estado constitucional e neutralidade religiosa - entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

sido Romain Rolland que sugerira a Freud a imagem, “adaptarmos a dedicatória do médico de Viena ao escritor francês”, na qual consignara: “Ao seu grande amigo oceânico, o animal terrestre S. Freud” – CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, Parte II, 8. A liberdade religiosa entre inclusividade e fundamentalismo, p. 212.

- MACHADO, Jónatas E. M. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira./SORIANO, Aldir Guedes. *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 2000; PONTES DE
- MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: RT, 1967;
- NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995.
- PIERUCCI, Antônio Flávio. As religiões no Brasil, apêndice. In: GAARDER, Jostein, HELLERN, Victor; NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2013.
- SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *A liberdade de organização religiosa e o estado laico brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007;
- SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *A liberdade religiosa e contrato de trabalho – a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói: Impetus, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais em Espécie, Curso de direito constitucional*. Ingo W. Sarlet, Luiz G. Marinoni, Daniel Mitidiero. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 533-48.
- SARLET, Ingo Wolfgang/ WEINGARTNER NETO, Jayme. “O fechamento das igrejas”, <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/direitos-fundamentais-tempos-pandemia-iii>, acesso em 13/5/2020.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;
- SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000;
- WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;
- _____. “Inviolabilidade de consciência, uma raiz preferencial para a liberdade religiosa”, *Revista da Ajuris*, v. 106, p. 83-105, 2007;
- _____. “Religião e expressão: preconceito e ódio sob o prisma jurídico-penal”, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, n. 14, p. 95-118, 2006.
- _____. Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In SARMENTO, Daniel/SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords) *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 481-530.
- _____. Comentários ao artigo 5º, incisos VI a VIII e artigo 19, incisos I a III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

O Paulo Ferreira da Cunha: fragmentos de uma amizade antiga

João Nunes da Costa³³⁸

I – A Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Corria o ano de 1980 quando conheci o Paulo nas velhas Cantinas das Químicas da Universidade de Coimbra. Foi-me apresentado por um seu grande Amigo, colega de curso, o Rui. A amizade e o convívio muito frequente com o Rui, tal como na velha canção do José Afonso “Traz Outro Amigo Também” permitiu juntar-me nas filas de espera, muitas vezes dando “o golpe” e, a seguir, à mesa, conversarmos. Conversar até que a Cantina se despejasse de outros alunos, habitualmente apressados, provavelmente, centrados nos seus estudos, nas frequência e exames.



O autor

O Paulo raramente tinha pressa. Gostava de conversar e ouvir. De ouvir os outros, de saber opiniões diversas. Perguntava com uma curiosidade imensa, retorcendo a ponta da barba e olhar seráfico. Fascinava (e ainda fascina) qualquer um quando avançava com as palavras, medidas, pausadas, carregadas de entusiasmo e conhecimento. Afinal, sabia de tudo mais do que nós. Tinha sempre uma explicação, uma teoria, fosse histórica,

³³⁸ Advogado, com domicílio profissional na Figueira da Foz, pequena cidade à beira mar.

filosófica ou filológica. O que me deixava encantado por ter um amigo novo assim: diferente, culto, ouvinte. Era como ficar preso numa teia densa de conhecimento com cores variadas.

“João Carlos... o que pensas disto? O que é que achas?” e ouvia... atentamente, raramente interrompia. A seguir, debitava, concordando ou não, construindo alicerces a teorias sólidas, outras fantásticas de fascinante. Como é o Paulo! Ouvi-lo era uma delícia! Como é hoje!

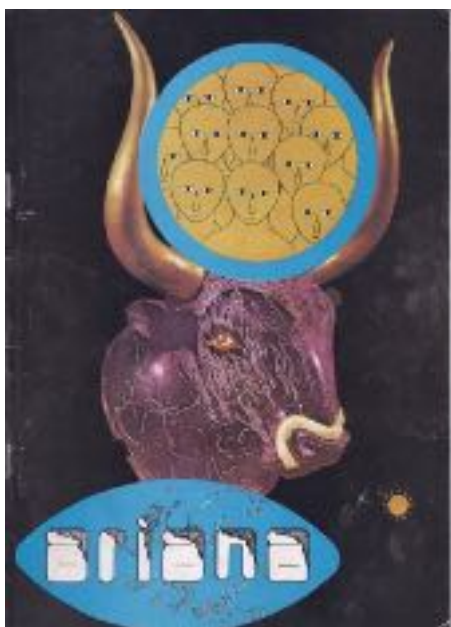
II – “Herr Kunka”: da A Associação Juventude Portugal-Europa à Revista “Ariana”

Entretanto, tive o privilégio de construir uma amizade com o Paulo que seria para a vida. Com origem no Rui, com o António de permeio, colega dos tempos do Liceu. Eles três, do mesmo ano e curso na faculdade.

O início dos anos 80, já saídos dos tumultos revolucionários, permitiu um fervilhar de ideias e o nascimento de muitas associações políticas e culturais. Muitas delas com ligação partidária.

A Associação Juventude Portugal-Europa era diferente, foi diferente. Ideia do Paulo Cunha com o apoio do Dr. Reinaldo de Carvalho, homem de letras e filosofia, dono da Rés Editora, sediada no Porto. Secundada pelo nosso entusiasmo e a liderança óbvia do Paulo.

Era uma associação de jovens, todavia, aberta a todas as idades e de grande amplitude no espectro político democrático da época. Os temas discutidos na JP-E (Juventude Portugal-Europa) eram diversificados, ao sabor das capacidades e saberes de cada um: política, filosofia e literatura.



Revista “Ariana”, dirigida por PFC em que o autor colaborou

Foi na JP-E, com sede na Praça do Marquês de Pombal, no Porto, que foi concebida a ideia de criar uma revista mensal que, de algum modo, fosse a materialização

dos debates internos. E assim nasceu a Revista “Ariana”, com o seu primeiro número datado de Março de 1982: “ousar um Portugal autenticamente português numa europa genuinamente europeia”, era o slogan que ousava publicitar.

Recordo as discussões vivas a propósito da imagem da primeira capa, acabando na opção pela mítica cabeça do Minotauro (cf. imagem) citando a parte final do texto do Editorial: “... e mesmo que Ariana ceda ou que pereça não se teceu um fio em vão: morto é o minotauro, um Teseu livre. E num horizonte, que em Portugal se chama uma manhã de nevoeiro, aguarda outra Ariana uma saída nova”.

Sucederam-se vários eventos no âmbito da JP-E. Um deles, teve lugar na cidade de Gaia, por ocasião da ligação com uma associação congénere de jovens alemães.

Apresentações várias, todas sob o prisma da construção europeia que incluísse o novo Portugal democrático.

A comunicação com os colegas alemães fazia-se, naturalmente, em inglês, idioma mais acessível a todos. Como é natural, pronunciar o nome de qualquer um de nós, incluindo o “Paulo Cunha”, tarefa difícil para os colegas alemães. Ora, nesse encontro luso-alemão, mesmo com a boa vontade e simpatia dos colegas alemães, o Paulo, passou a ser tratado por “Herr Kunka” (Senhor Cunha), tratamento simpático e amigo que perdurou algum tempo além do evento.

III – Depois da faculdade, a amizade não se perde nem com a distância, nem com o tempo

Passaram os anos da Faculdade de Direito, a vida pessoal e profissional afastou-nos, mas nunca perdi de vista a carreira do Paulo. Era frequente encontrar nas livrarias as suas publicações. Muitas.



Imagem da capa da tese de mestrado, “Mito e Constitucionalismo”

Anos mais tarde, infelizmente poucas vezes, tivemos a oportunidade de nos reencontrar e trocar abraços. Que a verdadeira amizade não se perde nem com a distância, nem com o tempo. Fica, como ficou.

O rasto de intervenções públicas do Paulo em vários domínios, particularmente os relacionados com o Direito, é verdadeiramente notável, passando pela reflexão política, pela filosofia, pela poesia e até pelo desenho e pintura.

Faz este ano quarenta anos que conheço o Paulo Ferreira da Cunha, com o privilégio de me ser permitido escrever estes pequenos fragmentos de memórias que, se pudesse, as escreveria a ouro como ele merece.

O Paulo Ferreira da Cunha, o Amigo Paulo, é, inquestionavelmente, um dos melhores da sua, da nossa geração! Assim se lhe faça Justiça que ele é um cidadão do Mundo e personalidade comprometida com o Direito Justo, o *Ius Rectum*. Vénia!

A possibilidade de uma cidadania global: Paulo Ferreira da Cunha, cultor da utopia de um mundo unido

José Eduardo Franco³³⁹

“A utopia é um jogo dos possíveis, a antiutopia repousa por vezes sobre a marcha da utopia para inverter os seus conteúdos e, por vezes, as suas finalidades.”

Didier Masseau

“Raras vezes nos milénios que a história humana conta o problema do uno e do múltiplo ao nível das nações e dos estados terá sido mais agudo. Raras vezes a sua harmonização terá sido mais complexa e mais difícil. Raras vezes o jogo da simples coexistência terá sido mais precário. Duas forças antagónicas, centrípeta e centrífuga, solicitaram os povos na década que agora finda: o mundialismo e o etnocentrismo. Entre as duas se foi conservando um certo equilíbrio trazido pelo seu próprio antagonismo e por outros fatores.”

Padre Manuel Antunes, SJ

Génese moderna da aspiração a uma cidadania global

O ser humano é um animal futurante, pois vive com os olhos postos no futuro. A idade das Luzes da razão seria o tempo da maturidade humana, como entendiam os iluministas do século XVIII, em que seríamos libertados das hermenêuticas da realidade com base em mitos, quimeras, superstições, estereótipos. É então nesse século da razão exaltada como rainha que se idealiza o tempo dos cidadãos, que superaria o tempo dos súbditos e dos vassalos.³⁴⁰ Tempo que começou a ser reivindicado através das revoluções que esse século semeou para que se tornasse possível o exercício da cidadania como uma prática de maturidade humana: direitos e deveres, participação com livre iniciativa na construção da cidade, onde todos tenham lugar.

³³⁹ Investigador-Coordenador com equiparação a Professor Catedrático. Diretor da CIDH - Cátedra Infante Dom Henrique para os Estudos Insulares Atlânticos e a Globalização (Universidade Aberta/CLEPUL - Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa).

³⁴⁰Cf. Antoine Lilti, *L'Héritage des Lumières: Ambivalences de la Modernité*, Paris, EHESS/Gallimard/Seuil, 2019.



PFC dedica um livro ao autor

As sociedades liberais assentes em regimes constitucionais que tiveram, modernamente, na constituição americana um modelo pioneiro tentaram concretizar essa utopia da cidadania, mas circunscrita e garantida nos limites das fronteiras dos Estados-Nação, que então se afirmaram em concorrência feroz uns em relação aos outros.

A cidadania nacional é a cidadania para os que nascem no mesmo solo, com garantias que excluem os estrangeiros, os provenientes de pertenças não enquadradas no direito nacional. Constrói-se então, nesta fase da história da humanidade cidadã do planeta Terra, uma cidadania compartimentada, no quadro de um mundo organizado em territórios fechados pelas fronteiras do seu direito próprio, altamente excludente do que lhe é estranho. Este é o tempo em que ainda vivemos, o da cidadania aos quadradinhos, em que cada porção da humanidade vive no seu quadrado com direitos diferenciados (à saúde, à educação, ao acesso aos bens alimentares essenciais, etc.) e altamente desiguais no que se refere ao atendimento dos requisitos para garantir as condições fundamentais de salvaguarda da dignidade humana de cada indivíduo.

Com efeito, tem-se procurado, nos últimos dois séculos, promover a constitucionalização de todos os Estados - e com mais incidência depois da II Guerra Mundial com a criação da ONU e por referência à segunda grande proclamação, depois de 1789, dos Direitos Humanos, firmada em 1948. Esta afirmação de uma carta de direitos universais para salvaguarda da dignidade de todo o ser humano sem distinção de raças, cores e géneros decorreu, de facto, da experiência traumática global da segunda tragédia global que representou uma nova guerra mundial, em versão repetida e ampliada da I Grande Guerra. As constituições das nações do mundo, mesmo daquela maioria de Estados que se define como uma democracia, estão longe de, na soma de todas elas, permitir estabelecer as bases de uma cidadania global. De facto, nos últimos 500 anos, construímos a era da globalização, pelo processo das viagens marítimas de descobrimento dos caminhos dos *mares nunca de antes navegados*, em que Portugal foi pioneiro, cumprindo a tarefa exigente de dar “a conhecer o mundo ao mesmo mundo”³⁴¹, nas palavras do Padre António Vieira. Então, o mundo ultrapassou a sua longuíssima fase histórica de mundo compartimentado, fechado em vasos não comunicantes de culturas e civilizações. Se o mundo se abriu ao conhecimento do outro e ao intercâmbio global, cerrou fronteiras quanto ao reconhecimento de direitos universais mínimos para todos os seres humanos que passaram a circular, rompendo as fronteiras das sociedades que se

³⁴¹ Esta realização portuguesa ao serviço do progresso da história universal da humanidade é enfatizada pelo Padre António Vieira como uma epopeia gnosiológica na sua *História do Futuro*. Portugal é apresentado como o iluminador global do conhecimento do mundo no passado recente, e esse feito distintivo e inédito faz parte, segundo o mesmo Vieira, de uma etapa para uma realização maior, que é ser o protagonista do maior futuro da humanidade.

organizaram e separaram em Estados-fortaleza. O mundo abriu-se espantosamente, mas, paradoxalmente, reforçou uma forma de fechamento das fronteiras em termos do reconhecimento da igualdade mínima de todos os seres humanos na satisfação das condições da dignidade individual.



Utopismo do TCI. Conferência em Macau

É neste tempo, charneira da grande abertura global do mundo ao próprio mundo, em que a humanidade pode ser contemplada na sua unidade e diversidade, que surge e prolifera o pensamento utópico moderno. Este pensamento, que pode ser caracterizado e tipificado de maneira diversa, apresenta um denominador comum, que consiste na demanda de modelos alternativos de sociedade, como resposta à percepção dramática de uma sociedade em crise e com mudanças perturbadoras, resultantes, precisamente, da desagregação da velha unidade medieval de fundo teológico. Vieira exprime bem esta preocupação fundante do pensamento utópico a partir do observatório ibérico das relações planetárias que se globalizavam, mas que, ao mesmo tempo, espalhavam a guerra, a opressão dos mais fracos pelos mais fortes no âmbito da expansão do colonialismo imperialista europeu a uma escala nunca vista.

Por isso, o Padre António Vieira proclama, na sua *História do Futuro*, que os descobrimentos modernos feitos por vontade política são o prelúdio de novos e maiores descobrimentos para levar a efeito o ideal que os primeiros não realizaram. Estes novos descobrimentos são necessários para cumprir a aspiração, presente em todas as culturas, de uma humanidade unida e edificada sob o signo da paz, da concórdia e da fraternidade. Assim, declara os descobrimentos, que fizeram o mundo globalizado, imperfeitos, conferindo a Portugal, através da conceção da utopia do Quinto Império, a missão de contribuir para completar a obra iniciada com uma perspectiva nova: “Portentosas foram antigamente aquelas façanhas, ó portugueses, com que descobristes novos mares e novas terras, e destes a conhecer o mundo ao mesmo mundo. Assim como lêis então aquelas vossas histórias, lede agora esta minha, que também é toda vossa. Vós descobristes ao mundo o que ele era, e eu vos descubro a vós o que heis de ser. Em nada é segundo e menor este meu descobrimento, senão maior em tudo: maior gama, maior cabo, maior esperança, maior império. Naqueles ditosos tempos (mas menos ditosos do que os futuros) nenhuma coisa se lia no mundo senão as navegações e conquistas de portugueses. E esta *História* será o silêncio de todas as histórias. Os inimigos liam nelas suas ruínas, os émulos suas invejas, e só Portugal suas glórias. Tal é a história, portugueses, que vos presento, e por isso na língua vossa.”³⁴²

Em Vieira encontramos a base e o sentido geracional de um pensamento utópico original e de amplitude universal de matriz portuguesa, que se tornará fecundo e conhecerá adaptações e metamorfoses até aos dias de hoje. Esse sentido fundamental

³⁴² Padre António Vieira, *Obra Completa*, dir. José Eduardo Franco e Pedro Calafate, Tomo III, Vol. I: *História do Futuro*, Lisboa, Círculo de Leitores, 2014, p. 74.

consiste em atender ao desejo universal de estabelecer as bases de uma nova ordem mundial que garanta aquilo a que hoje poderíamos chamar uma cidadania global mínima, para fazer emergir um tempo estável de paz e prosperidade material e espiritual sobre a Terra.



O autor entre Luís Moutinho de um lado, e Sofia Araújo e Duarte Klut, do outro

A utopia como projeto de regeneração da humanidade

Tem havido algum debate, em Portugal, em torno do conceito de utopia, no sentido de saber se há ou não utopias na cultura portuguesa, ou se esta gerou ou não um pensamento utópico distintivo. Alguns ilustres historiadores da cultura tenderam, recentemente, a negar a existência de utopias em Portugal, entendendo a ideia de utopia em sentido muito estrito.³⁴³

Convém, pois, clarificar, logo à partida, que entendemos o conceito de utopia em sentido lato, permitindo alargar o campo semântico restrito da sua compreensão denotativa, a partir da sua raiz etimológica como mero não lugar.

O termo “utopia”, e o conceito a este associado, não tem tido sempre traduções e leituras consensuais. Por isso, importa, desde já, delimitar aquilo que pretendemos expressar com o uso deste vocábulo. A palavra “utopia”, etimologicamente derivada dos étimos gregos “ou-tópos” (não lugar), significa “aquilo que não tem lugar” e está relacionada com a palavra “ucronia”, também derivada dos étimos helénicos “ou-krónos” (não tempo) e que seria aquilo que não tem tempo.³⁴⁴ Todavia, podemos fazer uma tradução mais aberta e considerar a utopia como um lugar ainda não existente, mas que pode ser alcançado, materializado num tempo que pode vir a existir.

Por outro lado, a utopia, com o enriquecimento semântico que lhe foi sendo associado ao longo da sua evolução conceptual e aplicação linguística, pode ser entendida como aquilo que resulta da imaginação e da vontade de perfetibilidade em virtude do descontentamento decorrente de uma certa perceção da decadência das relações morais das sociedades. A utopia expressa a faculdade humana de se transportar do presente para o passado mais remoto ou para o futuro mais longínquo, como bem escreveu o Padre Manuel Antunes: “A mentalidade utópica é, praticamente, tão antiga como a humanidade. Produto da imaginação e do desejo, da revolta e do inconformismo, da capacidade de emigrar do presente para o passado mais remoto ou o futuro mais longínquo, bem como da função racionalizadora que assiste ao homem como ser social, a Utopia é das constantes cíclicas da sua história. Mas constitui fruto sazonado principalmente das

³⁴³ V.g. João Medina, “Não há utopias portuguesas”, in *Revista de História das Ideias*, Vol. 2, 1978-1979, pp. 163-170.

³⁴⁴ Embora o seu conteúdo conceptual não fosse estranho à cultura clássica, o termo conceptualizado de “utopia” é tardio, datado de 1516, e forjado por Thomas Morus na sua obra *De Optimo Reipublicae Statu, deque Nova Insula Utopia*. Desde então, a palavra tem sido enriquecida de novos sentidos como, por exemplo, o sentido de “bom lugar” ou “lugar ideal” (eutopia). Daqui deriva a sua polivalência semântica.

épocas de *crise* e das épocas de *crítica*. Das épocas de crise porque é então que a imaginação arde e tende a evadir-se, porque é então que a razão busca soluções ‘racionais’ para uma realidade em transe desordenado quando não em caos delirante; das épocas de crítica porque é então que as instituições ‘pesam’ e a estabilidade ‘cansa’, porque é então, sobretudo, que o desejo de palingénese se revela num contacto de plenitude com a natureza e as fontes da vida para além dos sofismas da civilização, das carências que ela abre e dos sofrimentos que ela provoca. Isso mesmo o confirma a longa e acidentada história da Utopia na cultura ocidental desde os Gregos e Hebreus aos nossos dias.”³⁴⁵

A literatura utópica fundada na Época Moderna gerou um pensamento fecundo que estrutura a própria ideia de Modernidade, ou seja, do tempo novo que esta inaugurou. A utopia transporta sempre uma semente de mudança, mais ou menos radical, podendo mesmo ser fermento de revoluções, no plano coletivo, ou, pelo menos, de metanoias, no plano mais individual. Não será excessivo considerar que a utopia é uma das produções, com fortes raízes medievais, mais mobilizadoras e fecundas do pensamento moderno, no sentido da projeção de futuros possíveis para a vida em sociedade, em ordem à construção de uma humanidade melhor.

A utopia apela à função regeneradora e racionalizadora que “assiste o homem como ser social”. A faculdade de idealizar um futuro diferente, mais perfeito, é uma das constantes cíclicas da história da vida do Homem em sociedade. Dimana de uma vontade de construir um projeto extrínseco à realidade social em crise e institui-se como paradigma, tendo em vista a paz e a felicidade, apresentando-se, assim, como uma reação à fragmentação do ordenamento da sociedade. De facto, a utopia constitui, segundo Manuel Antunes, “o fruto sazonado”, principalmente das épocas de crise e dos tempos de crítica. A utopia coaduna-se com a emergência da transformação individual e coletiva que o Homem experimenta, com a exigência de esperar inscrita na sua natureza, com a capacidade de extrapolar a realidade e de criar mundos novos pela ação conjunta da imaginação e da razão, no impulso de se projetar na dimensão do possível. Deste modo, a utopia relaciona-se com a ideologia, com a escatologia, com a mitologia, com a profecia e com a prospetiva.³⁴⁶



PFC numa conferência

Contudo, a utopia diferencia-se destas correntes em dois aspetos fundamentais: na vontade de rutura com o presente e na acentuação da categoria da possibilidade frente à

³⁴⁵ Padre Manuel Antunes, SJ, *Obra Completa*, coord. geral de José Eduardo Franco, Tomo I, Vol. IV: *História da Cultura*, coord. de Luís Filipe Barreto, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 403.

³⁴⁶ Jean Servier, *Histoire de l'Utopie*, Paris, Gallimard, 1967.

categoria da necessidade. Daqui advém o seu poder, de contingências incontroláveis e imprevisíveis: pode desembocar no totalitarismo imanentista mais extremo ou deixar aberta uma fresta para a transcendência; pode contribuir para a libertação de condições injustas ou engendrar estruturas mais injustas ainda; pode ensinar a “douta esperança” ou encerrar o Homem em cadeias do mais trágico dos desesperos.³⁴⁷

Embora seja difícil estabelecer modelos tipológicos, podem ser definidos alguns: utopias míticas, se nelas prevalecer o mito; utopias racionais, se nelas predominar o elemento lógico; utopias políticas, ético-filosóficas ou religiosas, segundo o seu conteúdo respetivo; utopias prospetivas ou retrospectivas, conforme o tempo ideal, situado no futuro ou no passado; e utopias positivas ou negativas (distopias), conforme o objeto, de desejo ou de repúdio.

Com efeito, a utopia corresponde, como bem explica Manuel Antunes, a um modo de reagir ao sentimento de crise, no qual a imaginação arde e tende a evadir-se, porque é no plano do imaginário futuro que a razão busca soluções e *raciocínios para a realidade em transe, desordenada, quando não, em caos delirante*. A utopia é, pois, um elaboração típica das épocas de crise e de crítica, porque é então que as instituições *pensam* e a estabilidade *cansa*, porque é então, sobretudo, que o desejo de palíngenesia se revela num certo contacto de plenitude com a natureza e com as fontes da vida, para além dos impasses do presente estágio civilizacional, das suas carências e dos sofrimentos que provoca. Isso mesmo revela a longa e acidentada história da utopia, na história ocidental, desde os gregos, hebreus e romanos até aos nossos dias.³⁴⁸

Consideramos que o pensamento utópico pode inspirar o aperfeiçoamento humano no sentido do pluralismo, da liberdade e da partilha justa dos recursos disponíveis para a vida humana, na sua diversidade étnica. Ou pode suscitar projetos de segregação e de exclusão. Nesta linha, entendemos que existem dois grandes tipos de utopias, que se agregam em dois conjuntos diferenciados: as utopias exclusivistas e as utopias inclusivistas. Os projetos utópicos como o de Thomas Morus, concretizado na sua Ilha da Utopia, e o de Tommaso de Campanella, consagrado na Cidade do Sol, concebem a possibilidade de uma sociedade ideal, desde que separada através de uma educação e de uma seleção de seres humanos capazes de atender aos requisitos das restritas sociedades perfeitas que imaginaram. Definimos estas e todas as suas sucedâneas como utopias exclusivistas, a que não é alheio o perigo de inspirar projetos eugenistas e segregacionistas, na base da construção de um mundo ideal, eliminador da diferença.

Por seu lado, aos projetos utópicos que admitem os vários segmentos da humanidade, na sua diversidade de raças, cores e religiões, na idealização de um futuro de paz e harmonia sobre a Terra, atribuímos a classificação de utopias inclusivistas, sendo o lugar da sua concretização o planeta no seu todo, ou um espaço aberto que pode suplantar a própria Terra. No plano europeu, temos, entre outros, o exemplo emblemático do pensamento utópico de Kant. Em pleno ambiente europeu de afirmação da viragem histórica do paradigma dos deveres do Homem para os direitos humanos proclamados no quadro da Revolução Francesa, o filósofo alemão Kant concebe a sua famosa utopia irenista na obra icónica intitulada *A Paz Perpétua* (1795). Preocupado em encontrar um caminho para resolver o problema da “realização da paz civil que administre o direito universal”, defende que uma paz perene para a humanidade só se conseguirá com uma constituição e um Estado cosmopolita. Considera que a construção da paz universal é um imperativo que decorre do exercício pleno da razão humana. Ao imperativo categórico associa uma visão prática em ordem ao estabelecimento da paz global e definitiva através de um ordenamento de três níveis jurídicos: direito civil, direitos humanos e direito

³⁴⁷ Padre Manuel Antunes, SJ, *Op. cit.*

³⁴⁸ *Ibidem.*

cosmopolita. O dever ético de construção da paz em harmonia com a razão será possível pela federação de Estados republicanos que acatem o direito universal que possa fundar uma cidadania mundial.

Contribuições do pensamento utópico português

A cultura portuguesa, graças à experiência fornecida pela amplitude das relações globais que a aventura das viagens marítimas proporcionou, desenvolveu um pensamento utópico inclusivista e universalista a partir da elaboração projetiva do Padre António Vieira, patente nas suas obras profético-utópicas mais emblemáticas, nomeadamente a *História do Futuro* e a *Chave dos Profetas*.³⁴⁹ Vieira gerou um pensamento capaz de refletir uma humanidade nova em língua portuguesa, que conheceu uma tradição metamórfica fecunda, continuada, atualizada e reformulada por poetas e filósofos como Fernando Pessoa, Agostinho da Silva e Natália Correia.

O horizonte onírico deste pensamento utópico exprime o fito de reconciliação universal e professa a esperança da possibilidade de um convívio são e pacífico dos homens entre si. O estudioso Raymond Cantel foi um dos primeiros a compreender melhor o significado e o alcance da utopia mundialista do Padre António Vieira, a qual transportava preocupações que acabaram por ocupar amplamente os homens dos séculos XX e XXI, especialmente no que concerne à resolução dos conflitos à escala global e ao respeito por um conjunto mínimo de princípios fundadores dos direitos humanos e da proteção da dignidade da pessoa.

Vieira revelou-se, de facto, um precursor e um arquiteto capaz de desenhar um projeto para atender à necessidade de implantar uma ordem mundial que, hodiernamente, tem sido materializada no projeto das Nações Unidas.³⁵⁰ Foi por isso que Raymond Cantel considerou o seu pensamento como o mais universalista, o mais generoso e o mais avançado do seu tempo, pois a sua utopia envolvia já não apenas uma ilha ou uma cidade, mas a humanidade e a Terra. A partir da experiência e do conhecimento do mundo, que se tinha globalizado pelas viagens de portugueses e espanhóis, a utopia de Vieira, de fundo cristão, mas de horizonte ecuménico, não poderia deixar ninguém de fora. Nunca ninguém foi tão longe e foi tão antecipador das dificuldades que vieram a ser os grandes problemas da globalização, que hoje experimentamos mais plenamente.

Como perspicazmente analisou o vieirista Aníbal Pinto de Castro, as ideias avançadas que configuram o pensamento utópico de Vieira poderiam ser definidas como uma espécie de “manual de cidadania do futuro”³⁵¹, quer para inspirar caminhos de resolução dos desafios que se perfilavam no seu tempo, quer ainda para nós, homens e mulheres do século XXI.³⁵² No fundo, Vieira estabeleceu as bases, a partir de um horizonte teológico e filosófico, para a construção de uma cidadania global *avant la lettre*.

³⁴⁹ Cf. Padre António Vieira, *Obra Completa*, dir. José Eduardo Franco e Pedro Calafate, Tomo III, Vols. I, V e VI, Lisboa, Círculo de Leitores, 2013-2014.

³⁵⁰ Raymond Cantel, *Prophétisme et Messianisme dans l’Oeuvre de Antonio Vieira*, Paris, Ed. Hispano-Americanas, 1963, pp. 145 e ss.

³⁵¹ Aníbal Pinto de Castro, *António Vieira, Uma Síntese do Barroco Luso-Brasileiro*, Lisboa, Correios, 1997, p. 226.

³⁵² Para consulta de estudos atualizados sobre Vieira, ver José Eduardo Franco e Paulo Silva Pereira (dir.), *Revisitar Vieira no Século XXI*, 2 Vols., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2020.

O direito como utopia e a urgência de uma Constituição Global

Na ponta mais avançada da tradição utópica deste pensamento português, que tem em Vieira um fundador brilhante, encontramos presentemente o jurista e filósofo do Direito Paulo Ferreira da Cunha. A sua reflexão original em torno do Direito como utopia e, neste âmbito, do Direito Constitucional como aquele que mais procura tornar-se um instrumento utópico de projeção e construção de sociedades mais perfeitas é uma reflexão que coloca o pensamento jurídico como novo motor do pensamento utópico.³⁵³

É pertinente notar a surpreendente peculiaridade que o pensamento de Paulo Ferreira da Cunha acrescenta à genealogia dos contributos em língua portuguesa no quadro do pensamento utópico inscrito plenamente nas tipologias das utopias inclusivas. Até aqui, a construção do pensamento utópico português tinha sido protagonizada fundamentalmente por teólogos, filósofos e poetas. Em Paulo Ferreira da Cunha, o Direito é colocado no centro da elaboração deste pensamento, e aposta-se no Direito como meio para traduzir e forçar a realização da utopia possível. Realmente, o Direito torna a utopia possível e credível, pois estabelece as condições de possibilidade sociopolítica para a sua concretização. Através daquilo que podemos referir como o “idealismo pragmático” que o Direito traduz, confere-se ao pensamento utópico uma esperança mais realista da sua realização efetiva.

Com Paulo Ferreira da Cunha, a utopia deixa de ser delírio irrealista e transforma-se num caminho a percorrer em comunidade para a sua realização. O poder empreendedor do Direito é assim potenciado no seu casamento com o pensamento utópico para lograr mudanças de fundo nas sociedades humanas sonhadas pelos utopistas do passado.

O pensamento constitucionalista de Paulo Ferreira da Cunha e a reflexão que tem potenciado em ordem à criação de um Tribunal Constitucional Internacional, de fundamento jushumanista e de horizonte universalizante, podem ser inscritos, em nosso entender, naquela que denominamos a grande tradição do pensamento utópico universalista de marca portuguesa e europeia. Esta tradição teve, conforme dissemos anteriormente, como seu mais luminoso fundador o Padre António Vieira, sendo central a sua utopia do Quinto Império, que tem na base uma preocupação profunda relativamente à salvaguarda das garantias de dignidade de todo o humano e à inibição dos conflitos que perturbam a ordem internacional. A ideia de dirimir os obstáculos para a edificação de um mundo unido passava pelo escopo da criação de uma autoridade mundial capaz de estabelecer uma era de paz, concórdia e justiça, que abrangesse a humanidade no seu conjunto. Ora, o ideário de implantação global da paz assente na justiça nunca poderá ser realizado, hoje em dia, sem o respeito por um conjunto fundamental de direitos em que todas as nações se possam rever.

O caminho de criação de um Tribunal Constitucional Internacional, que tivesse a missão de fazer cumprir uma constituição internacional reconhecida pelas nações do mundo, implicaria quer uma reflexão profunda, quer um reconhecimento de que os vários Estados precisariam de aceitar uma autoridade judicial a nível global, capaz de resolver conflitos, sentenciando sobre questões essenciais no quadro da assunção de uma cidadania global, a fim de que os homens e as mulheres tivessem a sua carta de princípios de dignidade humana salvaguardada.

Paulo Ferreira da Cunha, eminente jurista e professor de Direito Constitucional, tem-se revelado, fazendo equipa com figuras de relevância do Direito Internacional, um paladino da fundação teórica da necessidade e exequibilidade da

³⁵³ Ver, entre muitos dos estudos desenvolvidos por Paulo Ferreira da Cunha neste sentido, a sua obra clássica *Constituição, Direito e Utopia: do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996.

elaboração de uma constituição internacional que se tornasse o fundamento de um Tribunal Constitucional Internacional. Este órgão judicial, com jurisdição tendencialmente global, precisaria de reunir consensos entre os diferentes Estados, os quais, numa cimeira internacional, aprovariam um tratado de fundação e a moldura estatutária para o funcionamento desta Corte Constitucional Global, em que a humanidade pudesse reconhecer independência e imparcialidade, para se pronunciar, em sede judicial, sobre questões relacionadas com a salvaguarda da democracia e do respeito pela diferença e pela pluralidade de pensamento, como é o caso de dúvidas sobre realizações de escrutínios eleitorais e decisões judiciais nacionais, a propósito da aplicação dos direitos humanos.



O autor consultando um livro de PFC

Esta última instância de justiça à escala planetária constituiria uma salvaguarda contra as decisões discricionárias de tribunais nacionais, por vezes subjugados por conveniências e interesses possivelmente assentes na velha razão de Estado, que enfermam a aplicação da justiça plena conforme à dignidade de cada homem e de cada mulher. Seria um antídoto contra a assunção de ditaduras e, mesmo em democracia, da ditadura do politicamente correto, que nem sempre corresponde ao humanamente mais adequado. Em tempo de incertezas e de temores sobre a deriva presente do ideal de democracia, que deveria ser um dado adquirido a nível internacional, Paulo Ferreira da Cunha olha para a criação de um Tribunal Constitucional Internacional como um passo importante para ajudar a introduzir mais harmonia numa ordem mundial cada vez mais em risco de desordem e de hecatombe: “Dada a conjuntura internacional, é cada vez mais urgente fazê-lo. Onde togas justas falam, calam-se as armas e o discurso das calculadoras

pesa menos. Os povos querem Justiça, não um futuro hipotecado à lógica fria dos números ou à irracionalidade sangrenta dos extremismos.”³⁵⁴

O empenho e o investimento de Paulo Ferreira da Cunha na teorização deste projeto-ideal, através de textos de reflexão e da promoção de congressos e de conferências internacionais jushumanistas, nomeadamente em Portugal e no Brasil, fazem deste pensador avançado do Direito Internacional um ponto de chegada e de atualização, no século XXI, do pensamento utópico português, na sua vertente mais universalista, ou seja, mais preocupada com o destino da humanidade e com a felicidade de todos os homens e de todas as mulheres sobre a Terra. Este é o caminho para a afirmação progressiva de uma cidadania global em que todos os homens e mulheres se sintam livres e iguais, assim reconhecidos e defendidos na mesma e primeira pátria que é o planeta Terra, a nossa *Oikoumene*, que somos chamados a cuidar, ocupando-nos uns dos outros de forma paritária.

Hodiernamente, no mundo global em que vivemos, ainda continuamos condicionados pela velha forma de “cidadania aos quadradinhos”, que decorre das lógicas da organização do mundo em nações fechadas sobre si próprias. Esta é cada vez menos adequada para enfrentar os problemas globais, como tem demonstrado a presente experiência da pandemia global do Covid-19, que a humanidade toda está a sofrer gravemente. Os novos desafios da globalização³⁵⁵, como as doenças pandémicas e o fenómeno crescente das migrações, apelam à urgência do estabelecimento das bases para uma cidadania global que assegure condições fundamentais para todos os seres humanos em termos de acesso à saúde e outros direitos que garantam os requisitos de dignidade de todos os seres humanos em qualquer parte do planeta Terra. Os efeitos atuais desta pandemia podem constituir uma boa lição para que emergja uma nova perceção política da importância de uma cidadania global em termos, por exemplo, de garantia de direitos iguais no acesso à saúde, pois a saúde de uns será a saúde de muitos outros, espalhados por todos os cantos da Terra.³⁵⁶

Sendo uma das características da globalização o facto de os problemas globais não conhecerem fronteiras, a melhor forma de atacá-los é com respostas globais, que hoje em dia não podem passar pelo fechamento das fronteiras apenas. Esse velho método deixou de ter uma eficácia plena. Desafios como aqueles que estão ligados à saúde, à economia e à educação têm efeitos globais e requerem, cada vez mais, soluções globais. Por isso, o projeto utópico de criação de uma constituição e de um Tribunal Constitucional Internacional poderia ser um passo importante para essa sonhada cidadania global, em que a humanidade pudesse proteger-se e dignificar-se mutuamente contra os desmandos dos egoísmos políticos, que impedem que todos os seres humanos possam desfrutar de condições mínimas de dignidade na sua casa comum que é o planeta Terra.³⁵⁷

³⁵⁴ Paulo Ferreira da Cunha, “Já ouviu falar no TCI?”, in *Público*, 3 de maio de 2017: <https://www.publico.pt/2017/05/03/politica/opiniao/ja-ouviu-falar-no-tci-1770654>.

³⁵⁵ Cf. M. Juergensmeyer *et al.*, *The Oxford Handbook of Global Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

³⁵⁶ Y. N. Harari, “Faltam líderes à humanidade na batalha contra o coronavírus”, in *Visão*, 19 a 25 de março de 2020.

³⁵⁷ Este texto aqui publicado recupera, com novos e significativos desenvolvimentos e adaptações, outro ensaio do autor que já conheceu a luz do prelo.

Melo Freire e Ribeiro dos Santos na obra *Constitution et Mythe* de Paulo Ferreira da Cunha

José Esteves Pereira³⁵⁸

1. Leitor atento da extensa e notável obra de Paulo Ferreira da Cunha, a que acresce a amizade e estima de sempre, participo nesta homenagem oferecendo-lhe modestas considerações que relevam do interesse comum sobre o pensamento jus-político dos fins de Setecentos começando por recordar uma circunstância de alguma cumplicidade editorial. Na altura em que era diretor da *Cultura-Revista de História e Teoria das Ideias* tive o privilégio de publicar, em primeira mão, excertos da sua obra *Constitution et Mythe* tarefa que seria continuada por João Luís Lisboa como responsável editorial da revista. A essa “história” se refere Paulo Ferreira da Cunha, nos agradecimentos do livro publicado, entretanto, no Canadá, pelas Presses de l’Université Laval. Ora, tal “história” tem a ver com a circunstância de que o texto que nos cabia inserir na *Cultura* ultrapassava, em muito, a capacidade editorial de uma publicação semestral. Mas, não obstante a dificuldade, foi possível ir jogando com a utilização de caracteres de menor corpo de modo a que, em sucessivos números do periódico, pudéssemos levar a bom porto a edição de um estudo que, desde logo, compreendi que além de inovador estava, suportado, como sempre, em investigação rigorosa e com o timbre da vivacidade e criatividade discursiva de Paulo Ferreira da Cunha. Constituiu um privilégio para a redação da revista e, por certo, de todo o Centro de História da Cultura, a que o autor pertencia, incluir um trabalho de tal monta. Chegámos mesmo a pensar coligir as partes constitutivas do original de modo a ser editado o texto integral, em forma de separata.

E passo agora, então, a um breve comentário de alguns aspetos da obra que se referencia em título, focalizado, sobretudo, nas posições de Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1738-1798) e de António Ribeiro dos Santos (1745-1818) que se manifestaram na sequência da iniciativa de D. Maria I de nomear, em Março de 1887, uma Junta presidida pelo Visconde de Vila Nova de Cerveira para que se procedesse a uma revisão das disposições das Ordenações que já não eram aplicáveis ou que tinham sido revogadas e, acima de tudo, promover a feitura de legislação fundamental mais adequada aos novos tempos³⁵⁹. No âmbito dos trabalhos que visavam a reforma das Ordenações do Reino viria a destacar-se o texto de reforma do II Livro redigido por Melo Freire, matéria sobre a qual Paulo Ferreira da Cunha se debruçará. Igualmente significativa é a polémica que

³⁵⁸. Universidade Nova de Lisboa/CHAM.

³⁵⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da, *Constitution et Mythe*, Quebec, Presses de l’Université Laval, 2014, p. 146.

veio a decorrer entre o autor e o seu censor António Ribeiro dos Santos. Foi possível, então, assistir a um embate de conceções sobre uma nova *polis* político-jurídica a construir tendo como pano de fundo uma visão ilustrada, embora de diverso sentido. Paulo Ferreira da Cunha refere-se, ainda, a um dos diligentes obreiros do encargo régio Duarte Alexandre Holbeche (ca.1730-1787)³⁶⁰.

2.O enquadramento da obra de Paulo Ferreira da Cunha, moldado no assumir paradigmático do *mito* (e da *utopia*) pode ser entendido, desde logo, num horizonte de realização desejada de um modelo *constitucional*, através da busca de um *logos* jurídico ilustrado presente nos fins do Antigo Regime mas que se projetará para além do primeiro momento do regime liberal-constitucional de 1820. A *Carta Constitucional* de 1826 pode constituir, para uma referência cronológica, o limite *a quo*. A proposta do autor não se detém na mera discursividade de projetos e de conteúdos jurídico-políticos. A busca de caminhos polissémicos de estruturação fundamentadora de quadros normativos está voltada para um entendimento possível de opções que nos permitem compreender muito do nosso imaginário coletivo. Além disso, a adoção de modelos, como o autor adverte, ultrapassa sempre a juridicidade: "Les constitutions n'épuisent pas la réalité, ni même l'ensemble des textes à prendre en considération"³⁶¹.



O autor

³⁶⁰ Idem, pp. 150-152. Acrescentaria ao manuscrito referido pelo autor o Ms. 1113 da Biblioteca da Universidade de Coimbra intitulado *O Novo Código das ordenações de Portugal, compilado pelo Desembargador...Tomo único. Contém alguns títulos das matérias do livro IV das actuaes ordenações do Reyno. A que procede o índice do Plano dos títulos do livro III das Ordenações por diverso compilador.*

³⁶¹ CUNHA, Paulo Ferreira da, *Constitution et Mythe*, Québec, 2014, p. 25.

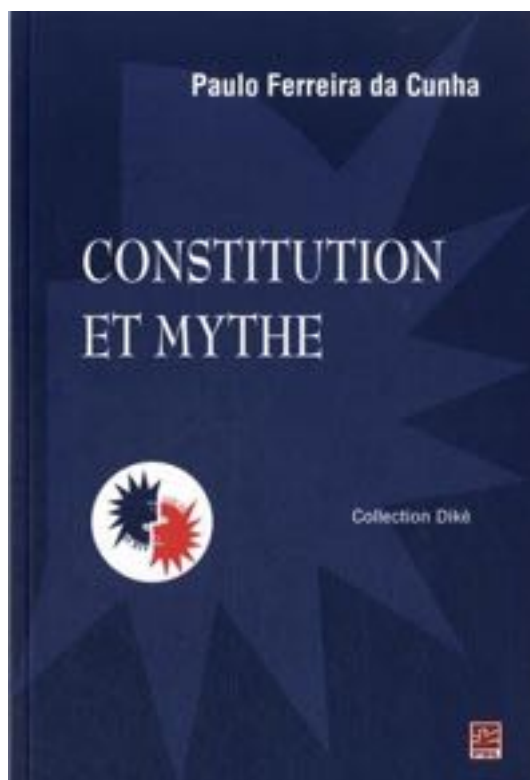
Na leitura de Paulo Ferreira da Cunha sobre Melo Freire começa por ser fulcral a constatação da circunstância, um tanto paradoxal, de uma realização desejada mas que se revelará menos concretizada: "Bref, le projet de Mello Freire commence comme un projet pour être concretisé, et se termine comme une utopie, une espèce de contre-code ou de Ordenações-ombre, auxquelles l'utopisme de son neveu donne une nouvelle vigueur"³⁶². O louvor da obra do lente coimbrão, por parte de seu sobrinho Francisco Freire de Melo (1760-1838), suspenso que fora o labor dos comissionados para reformar as Ordenações remete-nos, de facto, para um tempo perdido porquanto a concretização do *Novo Código de Leis* abortou. Mas, em todo o caso, importa levar em conta que a edição oitocentista, quer do projeto de Melo Freire, quer do contexto das censuras e respostas resultantes da polémica que veio a dar-se entre aquele e Ribeiro dos Santos merecem uma valorização atenta na medida em que nos faculta uma compreensão das origens liberais constitucionais da nossa evolução política e jurídica. Com efeito, quer a publicação do *Novo Código* melofreiriano, quer as *Notas* de censura de António Ribeiro dos Santos renascem na década de 40 de Oitocentos no meio de um processo constitucional complexo de realizações e impasses, de avanços e recuos, alimentando o mito da plenificação constitucional.

3. Pascoal de Melo Freire admitirá a equívoca ideia de cidadão em época em que a figura de vassalo, correntemente usada, poderia ser eventualmente entendida, tendencialmente, de um modo menos diferenciador e hierarquizado permitindo uma antevisão da igualdade do cidadão perante a lei. Mas, em todo o caso, a eventual translação de sentido colidia na argumentação do jurista de direito pátrio com a irrestrita *potestas* do soberano tal como o definira o jusdivinismo pombalino de que, aliás, também o seu censor e adversário, Ribeiro dos Santos comungara no auge da definição josefina de poder³⁶³. Mas Paulo Ferreira da Cunha inscreve a questão num modo mais arquetípico sobre o que estava em jogo:

³⁶² Idem, p. 32.

³⁶³ António Ribeiro dos Santos, em 1770, na sua obra *Sacerdotio et Imperio selectae dissertationes quibus praemittitur dissertatio De Deo, de religione natural. ac revelata, tanquam earum basis et fundamentum*, Olissipone, Ex Typographia Regia, MDCCCLXX, defendia, no momento mais alto do clima regalista e jusdivinista pombalino, concepções ao arpejo de toda e qualquer ideia de pacto, distante mesmo de formulações jusnaturalistas como a de Pufendorf. Na argumentação desenvolvida está presente o problema das relações do poder espiritual e temporal que eram de molde a complementar as considerações de António Pereira de Figueiredo, *A Dedução Cronológica e Analítica* de José de Seabra da Silva era tida como "immortale Opus" no momento em que o jovem canonista já se confrontava com a leitura atenta de De Réal e, na linha de antijesuitismo militante, abominava os monarcómacos. O enquadramento mítico das dissertações ribeirianas, quando andava nos seus 25 anos, não sofrem dúvidas na retórica usada na longa dedicatória a um dos agentes da burguesia acarinhada e beneficiada por Carvalho e Melo, Joaquim Inácio da Cruz. À "calamitosissimis Lusitania" haveria de suceder, necessariamente, a Feliz Lusitania sob os auspícios de D: José: "Summa felicitate Lusitania floret; dum imperat Josephus I" (in ob. cit. supra na presente nota). A avaliação futura da solução pombalina, por parte do canonista, seria bem diferente. Esta obra que não tem sido suficientemente considerada como devia é importante não só para o melhor conhecimento de Ribeiro dos Santos, mas também para a compreensão da mudança de atitudes políticas posteriores a 1777. José de Seabra da Silva (1732-1813), que apoiará, decisivamente, Ribeiro dos Santos no âmbito das acusações que lhe foram movidas em 1789, nomeadamente de ser monarcómaco é um dos casos típicos. É também inequívoca a importância das dissertações ribeirianas para o programa de publicações regalistas. Jusdivinistas e anti jesuitices entre 1767-1772. Espero que, em breve, surja a edição da obra em português para a qual me encontro a preparar uma introdução e aparato crítico.

“Nous detectons ici le mythe de l’Homme nouveau, de l’habitant de la cité nouvelle, du “bon citoyen” robotisé, pleinement heureux dans la société qu’on lui a imposé, parce que parfaitement identifié au plan de l’architecte .Il y a aussi la présence du mythe de l’unité et de l’unanimité, de l’irénisme social et du consensus.Tous ses mythes appartiennent à l’idée de l’utopie”³⁶⁴.



O “novo tempo” e a “nova cidade” de Melo Freire tem, ainda, a particularidade de tanto refletirem a inspiração regalista e jusdivinista dos tempos de D. José quanto, a de nos permitir, também, como que em injunção retrospectiva, avaliar as possibilidades e os obstáculos que se depararam à vontade de poder de teor pombalino.

4.Tendo presente a pormenorizada análise que Ferreira da Cunha dedica aos vários aspetos do projeto de *Novo Código* cuidadosamente redigido por Melo Freire. irei focar-me apenas em alguns pontos acrescentando algumas considerações transversais que a excelente análise do agora homenageado me suscitaram. Desde logo, importa ver o modo como podemos interpretar certa utilização de conceitos como os de *liberdade*, *propriedade* e *segurança* assumidos, porém, na vigência de uma prática de obediência, reverência e fidelidade ao imperante, para nos atermos ao próprio teor de discurso do jurista de Setecentos que Paulo Ferreira da Cunha avalia do seguinte modo:

“La ressemblance des conceptions nous paraît très forte.On voit nettement l’absence de vrais droits politiques , de vrais pouvoirs d’intervention politique des citoyens dans l’orientation de l’État, dans l’élaboration des lois et dans le gouvernement

³⁶⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da, *ob.cit.*, p.53.

de la nation. On consent seulement que le citoyen se dédie à ses affaires privées, pour la garantie de la sécurité de sa personne et de la propriété de ses biens”³⁶⁵.

A utilização relativizada e diminuída dos conceitos de liberdade ou de propriedade parece remeter para um horizonte de realização que só logra sentido pela potencialidade dos pressupostos enunciados. Cumpre dizer que em 1789, data da discussão das propostas reformistas melofreirianas, vigorava no magistério jurídico conimbricense o jusnaturalismo de Karl von Martini (1726-1800) que talvez possa caucionar tudo o que acabamos de expor.. Sobre a incidência de ideias vindas da reforma jurídica pombalina na ideologia liberal, nomeadamente, através das *De Lege naturali Positiones* e das *Positiones de jure civitatatis* do jurisconsulto austríaco, Vicente Ferrer Neto de Paiva(1798-1886), segundo Silva Dias(1916-1994), viria a ser um dos que primeiro o admitira. Defendia, ainda, o meu saudoso mestre que para “adequadamente se julgar o papel de Martini na modelação da “forma mentis “ política dos universitários de Coimbra” (por muito que alguns jovens escolares começassem a contestar a posição do jurisconsulto austríaco) ”é preciso distinguir o que a sua obra representou no momento da partida-a abertura para o liberalismo- e o que representou no momento da chegada-a presença e fundamentação da monarquia absoluta”³⁶⁶. A ambivalência conceptual que resulta, em grande medida, das circunstâncias de um tempo de luz e sombras que caracteriza os fins do Setecentos em Portugal remete, sem dúvida, para atitudes de inquietude e da consciência de necessidade de reformas político-institucionais. Em todo o caso, não era ainda ocasião de ruturas radicais no seio de uma sociedade profundamente tradicional. De algum modo, conexo com esta ambivalência, se podem considerar outros aspetos que inerem tanto o político como o social e vieram a ser objeto de incorporação no projeto reformador de Melo Freire de que Ferreira da Cunha nos dá pormenorizada conta dedicando particular atenção ao tema da *polícia*, referência axial para o entendimento da ação política setecentista na esteira das medidas reformadoras pombalinas. O conceito e prática subjacentes aos desígnios da harmonia e felicidade dos vassallos que uma boa *polícia* comportava arrastaria, também, a aceção da *economia* entendida como promoção das sociedades particulares, bem organizadas, a partir do núcleo familiar. Mas o âmbito da família como sociedade particular não deixava de ser enquadrado nos cuidados devidos à esfera alargada da sociedade civil compreendendo aspetos tanto de natureza espiritual como material, nomeadamente, de teor crematístico. Luís António Verney (1718-1792) já nos fins do reinado de D. João V, abordara o assunto em esboço teórico e pedagógico sobre a boa aplicação da Jurisprudência Civil e Política³⁶⁷ ínsita a uma fundamentação ética que lhe preexiste. De modo mais pragmático, em tempos do *Novo Código*, o Intendente Diogo Inácio Pina Manique (1733-1805)) certamente cumpria a obrigação, com alguns excessos, de vigiar a subsistência, as comodidades e a segurança dos vassallos em termos que não destoariam dos propósitos de o imperante proporcionar o bem dos vassallos como se fossem seus filhos: “Sendo os principaes objectos da polícia a religião, os costumes, e a subsistência, comodidades e segurança dos nossos vassallos, e devendo a todos igualmente, como aos próprios filhos, desejar e procurar todos os bens”³⁶⁸.A intenção paternalista estendia-se, obviamente,-à diligência censória de leitura e de costumes, ao controle mais repressivo de comportamentos marginais ou prejudiciais, no respeito das obrigações que o vassallo ou o cidadão deveria praticar para com Deus, para com os outros e para consigo mesmo. O

³⁶⁵ Idem, p. 62.

³⁶⁶ Idem, p. 58.

³⁶⁷ VERNEY, Luís António, *Verdadeiro Método de Estudar*, Lisboa, Sá da Costa,1950, T. III, p.292.

³⁶⁸ Cit. in CUNHA, Paulo Ferreira da, *ob. cit.*, p. 69.

desenho de sociedade, em que a família constitui a célula fundamental, transparece em muitos escritos do tempo, em aproveitamento da matriz ética aristotélica.

A abordagem da temática “económica” em Melo Freire, de que Ribeiro dos Santos discutirá a carência de conteúdo operacional, merece por parte de Ferreira da Cunha especial atenção. Desde logo importa entender bem a aceção moral do económico no autor do projeto de *Novo Código*, no tempo em que o exercício da Prudência Civil ou Política já estava assumido como domínio próprio das ações úteis³⁶⁹. A objeção que virá a ser encenada por Ribeiro dos Santos, verberando sobre a carência de legislação de teor económico no arrazoado do seu adversário corresponde ao que, já no projeto e prática do pombalismo constituía a introdução na *res oeconomica* dos estudos de Aritmética Política, prenunciando a Economia Política enquanto instrumentos obviamente imprescindível para a intervenção centralizada e eficaz do Estado. Todavia, a posição de Melo Freire mesmo não aparece especificado o lado instrumental da *polícia* e da *economia* não deixa de se inscrever na utopia pombalina, na cidade ideal da *ratio legis*, da “Lei da Boa Razão”, instrumento aferidor a partir da vontade imperante esclarecida. Não sabemos se podia ser o resgate de um passado decaído de que nos fala José de Arriaga (1844-1921) historiador oitocentista³⁷⁰, que Ferreira da Cunha invoca. O historiador faialense, na sua visão teleológica de momentos axiais de revoluções libertadoras (afim de uma concreção utópica) não se esquecerá, em todo o caso, de exaltar tanto Pombal, quanto a figura do jurista Melo Freire que, através da sua obra, teria consagrado em monumento jurídico a ação despótica ilustrada do ministro de D. José.

5. Paulo Ferreira da Cunha ao tipificar Melo Freire como defensor de um despotismo esclarecido moderado³⁷¹ admite que o seu adversário António Ribeiro dos Santos comungue de um liberalismo conciliado com a tradição nacional. O tradicionalismo do canonista parece-me a principal nota caracterizadora embora veja com alguma reserva, indícios de protoliberalismo de quem, aceitemos que por cautela, não discutia a forma política do absolutismo mesmo que corrigindo de Réal (1682-1752) ao precisar que em França e na Península Ibérica nunca tal regime político existira plenamente. No entanto, é de conceder que muita da sua argumentação possa ser entendida, enquanto acercamento de um constitucionalismo tradicional a que não será alheia, como pensamos, alguma influência de William Blackstone (1723-1780)³⁷², entre outras referências teóricas. Paulo Ferreira da Cunha precederá, entretanto, a uma análise minuciosa das objeções ribeirianas ao texto bem elaborado de Melo Freire o que, de algum modo, significava uma oposição às ideias em que o canonista censor via persistências normativas e políticas na altura em que a sociedade portuguesa se encontrava num clima de alguma tensão institucional e de uma nova dinâmica social. Ribeiro dos Santos contrapunha, afoitamente, ao lente de direito pátrio, os direitos, foros e liberdades dos povos³⁷³. Ao teor explicitamente hierarquizante e, no fundo, paternalista, do modelo de Freire contrapõe-se um dualismo que Santos poderia consubstanciar no verso de António Ferreira de que, muito especialmente, gostava: “Nem ao rei nem ao

³⁶⁹ Idem, p. 287.

³⁷⁰ Sobre a ideologia liberal de José de Arriaga apresentei, recentemente, uma comunicação no V Colóquio do Atlântico (Horta, Faial, Dezembro de 2019) que em breve será publicada.

³⁷¹ CUNHA, Paulo Ferreira da, *ob. cit.*, p.92.

³⁷² Cf. PEREIRA, José Esteves, *O pensamento político em Portugal no século XVII-António Ribeiro dos Santos*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1983, p. 358.

³⁷³ CUNHA, Paulo Ferreira da, *ob.cit.*, p.114.

povo tençoeiro”. De modo muito preciso, Paulo Ferreira da Cunha virá a definir o nexo referencial do adversário de Melo Freire no que tange ao papel representativo das Cortes. Em primeiro lugar sublinhando a revivescência da tradição representativa dos três estados do Reino. Seguidamente, considerando não só natureza e constituição dos direitos e privilégios de cada um dos Estados quer juntos, quer separadamente mas, também, a correlativa obrigação daqueles para com o Príncipe³⁷⁴. António Ribeiro dos Santos, entretanto, nesta busca de retoma das instituições tradicionais assumiu na sua tarefa censória um teor argumentativo que comporta significativo forragear histórico (que até podemos perceber melhor através da consulta do seu espólio manuscrito que Paulo Ferreira da Cunha não esquece). Mas, como bem sublinha o autor de *Constitution et Mythe*, tal reivindicação e convicção probatória, com excessivo exercício advocatório e erudito, não se furta, em todo o caso, a uma tentação utópica manifestada na ambição de uma legislação que abrangesse, enciclopedicamente, a realidade sobre a qual haveria que legislar:

“Les revendications de Ribeiro dos Santos concernent tout. Il débordent évidemment son but. Maintenant, il ne s’agit plus d’un nouveau Code, c’est la rédaction de tout un corps de lois ordinaires, ou plutôt encore ..d’une encyclopédie”³⁷⁵.

Além desse excesso argumentativo que desagua em tréplica, antes da acalmia que resulta da suspensão de todo o processo reformista, o debate não deixou de enredar os contendores em certa mistura de campos conceptuais. Um só exemplo, devidamente escalpelizado por Ferreira da Cunha, ilustra bem a questão. Malgrado a desvalorização do papel das Cortes como lugar de debates das prerrogativas dos povos Melo Freire, ao contraditar as ideias de Ribeiro dos Santos sempre admite que consideraria, necessariamente, a feitura das leis sucessórias em cortes, mediante o concurso do imperante e dos súbditos.

As posições estiveram, porém, sempre bem definidas. Esgotada a argumentação de conteúdos, Melo Freire personalizará a questão e levantará objeções potencialmente graves: “Se eu me não engano, o censor ou quer fundar em Portugal uma monarquia nova e uma nova forma de governo, ou quer temperar e acomodar a actual aos seus desejos e filosofia”³⁷⁶. A nova filosofia de poder que era imputada a Ribeiro dos Santos, como produto utópico, significava para Melo Freire, implicitamente, a acusação do do lente colega de Coimbra de navegar nas águas do contrato social de Rousseau. E, indo mais longe, acaba mesmo por acusar Ribeiro dos Santos de monarcómaco, republicano e inimigo da realeza³⁷⁷, já os Estados Gerais estavam reunidos em França.

6. Concluindo as minhas breves notas sobre a obra de referência que é *Constitution et Mythe*, obra que nos permite uma visão panóptica das circunstâncias em que decorreu a polémica em torno do *Novo Código* de Pascoal José de Melo Freire e sobre a dimensão mítica que o autor lhe confere, consideraria, em todo o caso, o seguinte: Na senda por vezes utópica, da busca de um sentido e prática constitucionais, as posições do confronto Melo Freire-Ribeiro dos Santos, esquecidas até muito tarde, nem por isso deixam de estar subjacentes no desenrolar do liberalismo constitucional e talvez ainda, com ecos contemporâneos. Por um lado, mostram-se no anseio de uma arquitetura de

³⁷⁴ Idem, p.117.

³⁷⁵ Idem, p. 122.

³⁷⁶ Cit. Idem, p. 132.

³⁷⁷ Idem, p. 143.

poder mais racionalizado e centralizado, em que, não raras vezes, Pombal é invocado e até venerado. Mas, por outro lado, haverá que não esquecer o discurso de regeneração das antigas instituições que tiveram expressão significativa em amplos setores do vintismo e para além dele, como esteio da soberania popular e se renova, recorrentemente, por ocasião da invocação de algumas datas simbólicas, na litania do resgate dos males da Pátria. Enfim, âncoras da nossa personalidade mítica coletiva.

Linda-a-Velha, 27/05/2020

Constituição normativa e paz em Moçambique: o Ponto de Arquímedes de Paulo Ferreira da Cunha

Justino Felizberto Justino³⁷⁸

Introdução

“Constituição Normativa e paz em Moçambique: o Ponto de Arquímedes de Paulo Ferreira da Cunha” procura combinar o tópico “Constituição normativa”, extraído do livro “*Direito Constitucional Geral: uma perspectiva Luso-Brasileira*, Editora Método, São Paulo- Brasil, 2007” e o título “o Ponto de Arquímedes” do livro “*O Ponto de Arquímedes: natureza humana, direito natural, direitos humanos*. Almedina, Junho 2001”, ambos da autoria do Professor Catedrático Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha, e aplicá-los à reflexão sobre a paz em Moçambique.

Motivou-me a formular este título a amizade que tenho com o Professor Paulo Ferreira da Cunha, iniciada em Abril de 2013, quando me candidatei ao Curso de Doutoramento em Direito na Universidade do Porto tendo o Professor como orientador. Seguiram-se, para além de contactos por plataformas virtuais, inúmeros encontros de interacção presencial, em ambientes formais e informais, na Cidade do Porto. Esses encontros não se resumiam á orientação da tese, abordavam, também, temáticas da vida.

Por conta dessa relação, o Professor Paulo Ferreira da Cunha convidou-me a participar em diversos foros académicos e prefaciou, gentilmente, o meu livro intitulado “*o Regime Jurídico do Acesso de Cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicana em fiscalização concreta á luz da Constituição de 2004*”, resultante da tese doutoral.

Paulo Ferreira da Cunha concebe a Constituição normativa como coincidência da Constituição formal com a Constituição material e com a realidade constitucional. O título “O Ponto de Arquímedes” será usado para exprimir a essencialidade de uma Constituição normativa e da paz que Moçambique busca desde os primórdios da Independência.

Porque Moçambique vive num ciclo vicioso de conflitos armados, acordos de paz e alterações constitucionais, a Constituição normativa será a cujas normas se impõem a todos os actores político-militares, assegurando a paz no sentido de ausência de conflito armado³⁷⁹. A que garanta que nenhum cidadão usará a via militar para reevindicar interesses ou ideais, posto que estes estarão contidos na Constituição formal. Entretanto, apesar da paz caber no conceito da Constituição normativa, é destacada no título para

³⁷⁸ Prof. Auxiliar da Universidade Zambeze - Moçambique.

³⁷⁹ É o mínimo desejável.

assinalar a sua essencialidade. De igual modo, será inevitável a menção aos partidos FRELIMO e RENAMO, por serem os protagonistas do processo da paz.



O autor e PFC no doutoramento do primeiro

Desta forma, a busca da Constituição normativa e da paz perene constitui “ O Ponto de Arquímedes” por alcançar. É assim que as construções teóricas de Paulo Ferreira da Cunha podem ser aplicáveis na demanda da Paz efectiva em Moçambique.

O objectivo deste artigo é, tendo em conta o conceito de Paulo Ferreira da Cunha, reflectir sobre a necessidade de uma Constituição normativa que assegure a paz em Moçambique. Isso implica (i) a descrição das principais vicissitudes constitucionais inerentes ao estabelecimento da paz e (ii) a avaliação da possibilidade de uma Constituição normativa estável.

Daqui diflui a seguinte questionação: “as divergências sobre a Constituição material dificultam a concepção da Constituição normativa?”. Será abordada em conformidade com os seguintes tópicos: (1) Enquadramento da Constituição normativa e da paz, (2) Constituição, legitimidade e realidade constitucional em Moçambique, (3) Em demanda da Constituição normativa em Moçambique e (4) Conclusão.

Não cabendo, para já, a discussão dos factores determinantes do conflito armado em Moçambique, este artigo se limitará a destacar a relevância de uma Constituição normativa consensual ao alcance da paz. Também estão fora deste estudo as agressões militares externas movidas por terroristas algures na província moçambicana de Cabo Delgado³⁸⁰, visto que esses agressores carecem de legitimidade para participar no processo constituinte moçambicano.

³⁸⁰ <http://www.rfi.fr/pt/mo%C3%A7ambique/20200424-mo%C3%A7ambique-cabo-delgado-enfrenta-agress%C3%A3o-externa-perpetrada-por-terroristas>, acessado em 2.5.2020

1. Enquadramento da Constituição normativa e da paz

Baseando-se no “grau de efectividade na realidade vivida das instituições e da vida política e social em geral”³⁸¹, Paulo Ferreira da Cunha retoma a tipologia classificatória de Karl Loewenstein³⁸² e considera normativa a “Constituição cujo texto encontra na realidade constitucional efectividade, e corresponde não só aos anseios populares, como à efectiva acção constitucional dos poderes (pelos menos num grau razoável)”³⁸³. Para o autor, “a Constituição formal encontra-se de tal forma em sintonia com a Constituição material que a realidade constitucional coincide com aquelas”³⁸⁴.



Tese de doutoramento do autor, orientada por PFC

Quer dizer, os processos políticos realizam-se em conformidade com a Constituição, pelo facto desta ser o padrão de conduta de todos os poderes. Normativa é a Constituição que representa a consciência colectiva sobre os valores fundamentais, a organização e exercício do poder político de uma comunidade política, razão porque os cidadãos e todos os actores políticos se revêm nela e conduzem a sua acção política de acordo com ela. Trata-se da Constituição pacificadora e integradora³⁸⁵.

O Professor Paulo Ferreira da Cunha³⁸⁶ ensina que, (i) havendo divergência da Constituição com a realidade constitucional, decorrente da “incapacidade da Constituição formal controlar o poder”, a Constituição deixa de ser normativa, passando a qualificar-se nominal; (ii) quando o texto constitucional “servir apenas de discurso legitimador, cortina de fumo de uma realidade despótica, por natureza contrária á ideia de Constituição³⁸⁷”, também não será normativa, mas, “semântica ou meramente instrumental”³⁸⁸.

As Constituições moçambicanas contêm a intenção de normatividade, efectividade, pacificação e integração social. Tal extrai-se dos artigos 2, 4, 26, 27, 36 na CRPM (Constituição da República Popular de Moçambique de 1975), artigos 1, 6, 85, 216 da CRM 90 (Constituição da República de Moçambique de 1990), artigos 1, 2 n° 2 e

³⁸¹ Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva Luso-Brasileira*, Editora Método, São Paulo- Brasil, 2007, pag.49.

³⁸² Ibidem.

³⁸³ Ibidem.

³⁸⁴ Ibidem.

³⁸⁵ Ibidem, p. 59

³⁸⁶ Ibidem, p. 49.

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ Ibidem.

4, 8 nº1, 11 b), c), 22, 45/d) CRM 2004 (Constituição da República de Moçambique revista em 2004). Justifica-se, pois, a aferição da efectividade das constitucionais formais de 1975, 1990 e das revisões de 2004 e 2018.

2. Constituição, legitimidade e realidade constitucional em Moçambique

Pressupondo a Constituição normativa existência de sintonia da Constituição material e formal com a realidade do processo do poder, impõe-se a definição destes conceitos.

Paulo Ferreira da Cunha entende que a Constituição material corresponde “aos mais altos e ónticos princípios e normas constitucionais, com verdadeira dignidade constitucional e [força normativa] em sintonia com a consciência axiológico-jurídica geral daquela formação social concreta”³⁸⁹. “É a parte substancial, o cerne, de uma Constituição, que não precisa estar plasmada em texto escrito (ou codificado) para existir...³⁹⁰”, por isso, é “algo que se impõe absoluta e naturalmente”³⁹¹. Isto é, “apesar de hodiernamente à Constituição formal estar subjacente a Constituição material”³⁹², “a Constituição material não se esgota na Constituição formal”³⁹³.

Para o autor, a Constituição formal corresponde ao texto constitucional em vigor³⁹⁴, enquanto a realidade constitucional é a “realidade vivida das instituições e da vida política e social em geral”³⁹⁵.

Uma vez que a qualidade “não normativa” de uma Constituição pode derivar, não apenas da discordância das normas de fundo da Constituição com a realidade constitucional, mas, também, da perda de legitimidade do exercício dos titulares do poder político ou da questionável legitimidade de título, terão de se confrontar as constituições que vigoraram em Moçambique com a legitimidade e com a realidade da vida.

2.1. CRPM, legitimidade e realidade constitucional

A CRPM, primeira Constituição de Moçambique independente, foi aprovada pelo Comité Central da FRELIMO (Frente de Libertação de Moçambique) a 20 de Junho de 1975 e vigorou desde 25 de Junho de 1975³⁹⁶.

A soberania, enquanto criação “ex novo” da Constituição, foi exercida através da FRELIMO, cuja legitimidade decorria do seu reconhecimento pela Comunidade Internacional, autoridades coloniais portuguesas e pelas populações por si administradas nas zonas libertadas³⁹⁷. Assim, enquanto “Delegada do Poder Constituinte Originário”, na terminologia de Paulo Ferreira da Cunha³⁹⁸, a FRELIMO concebeu a Ideia da “independência nacional e libertação do homem e da terra”³⁹⁹.

³⁸⁹Ibidem, p.39.

³⁹⁰Ibidem, p.48.

³⁹¹Ibidem, p.122.

³⁹²Ibidem, p.48.

³⁹³ Ibidem, p.126-127.

³⁹⁴ Nesse sentido, veja-se Ibidem, p.48.

³⁹⁵ Ibidem, p. 49.

³⁹⁶Sofreu alteração por Decreto do Conselho de Ministros 18/90 (órgão incompetente face ao artigo 70 da CRPM) e revisões pontuais em 1976, 1978 e 1986.

³⁹⁷ O artigo 1 da CRPM: “a República Popular de Moçambique, fruto da resistência secular e da luta heróica e vitoriosa do Povo Moçambicano, sob a direcção da FRELIMO, contra a dominação portuguesa e o imperialismo...”. Veja-se também o Preâmbulo da CRPM introduzido pela Lei 11/78 de 15 de Agosto.

³⁹⁸ CUNHA. Op. Cit., P. 123.

³⁹⁹ Cf. Preâmbulo da CRPM.

A CRPM conferia à FRELIMO a legitimidade de designar os titulares do poder político ao atribuí-lhe as funções de: definir a linha de orientação política do Estado, dirigir e supervisionar a acção dos órgãos estatais⁴⁰⁰, os operários e camponeses⁴⁰¹ e as Forças Populares de Libertação de Moçambique⁴⁰². Nesta base, os titulares dos órgãos constitucionais eram designados ou eleitos de entre personalidades provenientes da FRELIMO ou por ela reconhecidas. É o que se dispunha sobre o Presidente da República⁴⁰³, a Assembleia Popular⁴⁰⁴, o Conselho de Ministros⁴⁰⁵ e os Tribunais⁴⁰⁶.

A realidade era, porém, discordante. Em Maio de 1977 iniciou uma guerra, não declarada, movida pela RENAMO (Resistência Nacional Moçambicana) contra o Governo⁴⁰⁷. Cessou em 1992 na sequência do Acordo Geral da Paz de 4 de Outubro de 1992 entre o Governo e a RENAMO, “aprovado” pela Lei 13/92 de 14 de Outubro.

A realidade constitucional pode-se resumir em (i) uso de meios-anticonstitucionais pela RENAMO em defesa de certa ideia de Direito⁴⁰⁸, (ii) divergências sobre o conteúdo da Constituição material, (iii) inefectividade da CRPM nas zonas ocupadas pelos guerrilheiros da RENAMO, o que era tolerado pelo comportamento das autoridades estatais que promoveram negociações com a RENAMO e concederam amnistia aos guerrilheiros: vigorava a Constituição real⁴⁰⁹. Essa realidade divergente com a Constituição vigente tornava a CRPM numa Constituição meramente nominal.

2.2 CRM90, legitimidade e realidade constitucional

Determinaram a aprovação da CRM 90 pela Assembleia Popular, vigente desde 30 de Novembro de 1990, os efeitos da guerra então em curso⁴¹⁰ e a necessidade da paz.

A reforma constitucional, por ser instrumental ao cessar-fogo, ao acordo de paz e à realização das eleições multipartidárias⁴¹¹, foi precedida por (i) aprovação das Leis 14/87 e 15/87 relativas à amnistia e ao perdão, (ii) reflexão interna da FRELIMO⁴¹² e (iii) início de negociações entre o Governo e a RENAMO⁴¹³.

Os “Delegados do poder constituinte material” foram (i) a FRELIMO que, durante o V Congresso de 1989 decidiu-se a reforma constitucional, (ii) o Presidente da República que, contrariando a opinião maioritária, orientou os órgãos da FRELIMO e a sociedade a decidirem a substituição do monopartidarismo por multipartidarismo⁴¹⁴, e (iii) a RENAMO⁴¹⁵.

⁴⁰⁰ Artigo 3 da CRPM.

⁴⁰¹ Únicos titulares da soberania. Cf. artigo 2 da CRPM.

⁴⁰² Artigo 5 da CRPM.

⁴⁰³ Artigo 47: o Presidente da FRELIMO era, por inerência, Presidente da República.

⁴⁰⁴ Artigo 37 da CRPM.

⁴⁰⁵ Artigos 53 e 48 d) da CRPM.

⁴⁰⁶ O Presidente do Tribunal Popular Supremo era nomeado pelo Presidente da República, artigo 64.

⁴⁰⁷ Cf. https://pt.wikipedia.org/wiki/Guerra_Civil_Mo%C3%A7ambicana, acessado em 2.5.2020.

⁴⁰⁸ Subjacente à guerra.

⁴⁰⁹ Cf. Conceito em CUNHA. Op. Cit., p.47.

⁴¹⁰ Cf. Cf. GONÇALVES, Jaime Pedro (Arcebispo Emérito da Beira). *A paz dos moçambicanos*. CIEDIMA, Lda, Maputo, 2015. p.31.

⁴¹¹ Cf. MACUACUA, Edson da Graça Francisco. *Moçambique: constitucionalismo, Estado, democracia e paz*. Escolar Editora, 2019, p. 80.

⁴¹² “Foi base nas decisões do 5º congresso da FRELIMO que em 1989 foi elaborada uma proposta de revisão da Constituição como explica Joaquim Chissano na mensagem ao povo moçambicano e ao mundo alusivo ao fim do ano de 1989” (Sic). Ibidem., p.303.

⁴¹³ “O reconhecimento recíproco entre o Governo e a RENAMO era uma condição básica para as negociações para o alcance da paz em Moçambique”. Ibidem, p. 212.

⁴¹⁴ Cf. Ibidem, p. 213.

⁴¹⁵ Admitindo-se subjacente à guerra terá sido acolhido na CRM 90.

A legitimidade do Presidente da República e dos deputados da Assembleia da República, nos primeiros anos de vigência da CRM 90, resultou do regime transitório constitucional, que mantinha no cargo de Presidente da República, o Presidente da FRELIMO⁴¹⁶, e estendia os mandatos dos deputados da Assembleia Popular⁴¹⁷ até à realização das primeiras eleições gerais multipartidárias. De 1994 a 2004, a legitimidade do Presidente da República e da Assembleia da República resultou das eleições gerais de 1994 e 1999⁴¹⁸.

A aprovação da lei dos partidos políticos⁴¹⁹, a realização de eleições multipartidárias com a participação dos partidos políticos⁴²⁰, a existência de Assembleia multipartidária e a ausência de confrontação militar, constituem indicativos da coincidência da realidade constitucional com a Constituição formal e material. De facto, desde o início de vigência até a revisão em 2004, a CRM não foi posta em causa, por actos anti-constitucionais; foi um momento “sem guerra”, de paz, de efectividade da Constituição, da Constituição normativa.

2.3 Constituição revista em 2004 e 2018, legitimidade e realidade constitucional

Na Vigência da CRM revista em 2004, a legitimidade do Presidente da República e dos deputados da Assembleia da República resultou das eleições gerais de 2004⁴²¹, 2009⁴²², 2014⁴²³ e 2019⁴²⁴.

Contudo, em Outubro de 2013 iniciou um conflito na região centro do país (províncias de Sofala, Manica e Tete), consistindo em ataques armados a viaturas, pessoas e bens⁴²⁵. Para a viabilização das eleições gerais de 2014, (i) firmou-se um acordo de cessação de “hostilidades militares” entre o Presidente da República e o líder da RENAMO, “ratificado” pela Lei 29/2014 de 8 de Setembro, e (ii) concedeu-se amnistia por Lei 17/2014.

Após a validação dos resultados eleitorais, reiniciou o conflito armado em 2015. Para responder às reivindicações da RENAMO e lograr-se a cessação das “hostilidades militares”, celebrou-se um acordo de revisão constitucional entre o Presidente da República e o líder da RENAMO em Fevereiro de 2018⁴²⁶, validado em Lei Constitucional nº1/2018. O poder material de revisão constitucional foi, neste caso, exercido pelos signatários do acordo. Seguiu-se a assinatura do Acordo de Paz e Reconciliação Nacional e do de Cessação Definitiva das Hostilidades Militares no ano seguinte, “validados” pela Lei 11/2019.

⁴¹⁶ Artigo 210 nº1.

⁴¹⁷ Artigo 211.

⁴¹⁸ https://pt.wikipedia.org/wiki/Elei%C3%A7%C3%B5es_gerais_em_Mo%C3%A7ambique_em_1994 e <http://www.mol.co.mz/eleicoes/resultados.html>, acessado em 2.5.2020.

⁴¹⁹ A Lei 7/91 de 23 de Janeiro, alterada pela Lei 14/92 de 14 de Outubro.

⁴²⁰ Concorreram 14 partidos em 1994 e 12 em 1999. Cf. https://pt.wikipedia.org/wiki/Elei%C3%A7%C3%B5es_gerais_em_Mo%C3%A7ambique_em_1994 e <http://www.mol.co.mz/eleicoes/resultados.html>, acessado em 2.5.2020.

⁴²¹ https://pt.wikipedia.org/wiki/Elei%C3%A7%C3%B5es_gerais_em_Mo%C3%A7ambique_em_2004, acessado em 2.5.2020

⁴²² <https://www.dw.com/pt-002/elei%C3%A7%C3%B5es-em-mo%C3%A7ambique-de-2009/a-4713068>, acessado em 2.5.2020

⁴²³ https://pt.wikipedia.org/wiki/Elei%C3%A7%C3%B5es_gerais_em_Mo%C3%A7ambique_em_2014, acessado em 2.5.2020.

⁴²⁴ <http://www.cconstitucional.org.mz/Eleicoes-2019>, acessado em 2.5.2020.

⁴²⁵ <https://www.dw.com/pt-002/conflito-em-mo%C3%A7ambique-entre-a-RENAMO-e-o-governo/a-17175392>, acessado em 2.5.2020

⁴²⁶ MACUÁCUA, op. cit., p.393-396.

Enquanto se assinavam esses acordos, os ataques armados retomavam-se na região centro. A autoria destes tem sido atribuída à “Junta Militar da RENAMO” liderada por Mariando Nhongo, membro dissidente da RENAMO⁴²⁷.

Pelo exposto, se a CRM revista em 2004 pode-se qualificar em nominal, por não ter conseguido manter a paz no período de 2013 a 2019, a revisão de 2018 é semântica, uma vez que, para além da paz, teve em vista responder às reivindicações de um partido político.

3. Em demanda da Constituição normativa em Moçambique

Sob o sub-título “em demanda da Constituição normativa”, emprestado de Paulo Ferreira da Cunha⁴²⁸, coloca-se a seguinte questão: como buscar uma Constituição normativa para Moçambique, num contexto de (i) sucessivos consensos precários? (ii) ciclo vicioso de conflitos armados, negociações e acordos de paz?

Com efeito, a Constituição normativa, como o sinaliza Paulo Ferreira da Cunha, caracteriza-se pela coincidência entre a Constituição formal, a Constituição material e a realidade constitucional⁴²⁹, e pressupõe a identificação da Constituição material consensual e a actuação dos diferentes poderes em conformidade com a mesma.

A busca da Constituição material, por conseguinte, da normativa, é um processo árduo, como vaticina Paulo Ferreira da Cunha: “encontrar hoje a Constituição material não é tarefa fácil⁴³⁰”. Em Moçambique não é excepção.

Essa busca pode-se equiparar a do “Ponto de Arquímedes” de Paulo Ferreira da Cunha, dada a essencialidade da Constituição normativa para a manutenção da paz em Moçambique, “conditio sine qua non” para a realização do Estado de Direito democrático.

Como se descreveu, Moçambique busca a Constituição normativa e a paz desde os primórdios da independência, e ainda não a alcançou. De 1975 a 2019, verifica-se (i) a pluralidade de delegados do poder constituinte material, (ii) sucessivas alterações constitucionais fundadas nas divergências entre actores político-militares, (iii) acordos de cessação de conflito armado e de restabelecimento da paz, seguidos da sua violação e reinício de negociações, (iv) cíclicas leis de amnistia destinadas à pacificação do país.

A situação descrita habilitaria a formulação da seguinte indagação: “as cíclicas mutações constitucionais e incapacidade da Constituição em manter a paz decorrem da incorrecta interpretação da vontade popular pelos delegados do poder constituinte?”

Essa indagação pode ser justificável nas proposições de Paulo Ferreira da Cunha: os delegados podem não ter ouvido “os limites e as surdas recomendações do poder constituinte⁴³¹”. Ademais, “admite-se que a *vox populi* se equivoque, e muito”⁴³².

Paulo Ferreira da Cunha diria, ainda, que as mutações constitucionais não são peculiares de Moçambique:

Não ignoramos o que seja a Constituição material pela contraprova da sua violação grosseira. Há grandes consensos que são sinal disso....⁴³³.

⁴²⁷ <https://www.dw.com/pt-002/ataques-em-mo%C3%A7ambique-nhongo-pronto-para-falar-com-governo/a-51300716>, acessado em 2.5.2020

⁴²⁸ Adaptado de “em demanda da Constituição Material” em CUNHA. Op. Cit., p.127.

⁴²⁹ Ibidem, p.49.

⁴³⁰ Ibidem, p.127.

⁴³¹ Ibidem, p. 123.

⁴³² Ibidem, p. 129.

E, diria mais, as divergências na identificação da Constituição material enquadram-se na dialética conducente à obtenção de consenso:

Esta dialética é que explica os contrastes, as divergências entre a realidade constitucional multimoda e a letra da lei (Constituição)...⁴³⁴

De todo o modo, as perplexidades descritas demonstram (i) o longo percurso de Moçambique na busca de consensos, (ii) que a Constituição material não é descoberta acabada nem fruto de uma única entidade, como anota Paulo Ferreira da Cunha, “ninguém pode afirmar que comunica directamente com a Constituição material, ou com o Direito Natural⁴³⁵”, (iii) as fragilidades e precariedade dos acordos de paz celebrados em diferentes momentos, (iv) quão difícil é a concepção de uma Constituição material consensual, portanto, o “Ponto de Arquímedes”, e isso confirma o postulado de Paulo Ferreira da Cunha:

O pluralismo intrínseco dos nossos actuais Estados Constitucionais torna qualquer démarche transcendente ao texto (e portanto transpolítica) uma cruz de dificuldades. Pela impossibilidade, desde logo, de consenso⁴³⁶.

Relativamente à questão colocada no início deste tópico, sublinhe-se que a permanente busca de consensos defendida por Paulo Ferreira da Cunha⁴³⁷, aplica-se ao contexto moçambicano. Sendo Moçambique um estado de direito democrático, assente no pluralismo social e político, a solução cabível, passa impreterivelmente por continuar-se a construir consensos.

Para tanto, e atendendo à proposta de Paulo Ferreira da Cunha⁴³⁸, só inspirados e limitados na ideia da justiça colectiva e do Bem Comum dos moçambicanos é que os actores político-militares e sociais poderão alcançar “o Ponto de Arquímedes”, a Constituição normativa, que será o padrão de conduta de todos. Constituição que exercerá a “função simbólica”, de “reforçar a identidade, unidade e sentido de Comunidade Política”⁴³⁹ moçambicana, e a “função integradora”, “propiciando, ela mesma, a paz e os consensos”⁴⁴⁰.

O diálogo justifica-se, porque, para o Estado que pretende continuar a ser democrático, “só o consenso nutrido pelo sentimento de justiça constitucional”, na linha defendida por Paulo Ferreira da Cunha, ainda que difícilíssimo, levará o país “ao moinho da paz, segurança e justiça”⁴⁴¹, à Constituição normativa. A esse respeito Paulo Ferreira da Cunha sintetiza:

⁴³³ Ibidem, p. 124.

⁴³⁴ Ibidem, p. 125.

⁴³⁵ Ibidem, p. 127.

⁴³⁶ Ibidem.

⁴³⁷ Ibidem, p. 127-129.

⁴³⁸ Ibidem, p. 128.

⁴³⁹ Ibidem, p. 59.

⁴⁴⁰ Ibidem.

⁴⁴¹ Ibidem, p. 129.

Consenso permitirá, conjuntamente ao sentimento de justiça constitucional... acrescentar mais um elemento de segurança na avaliação de uma Constituição, e sobretudo de um ponto constitucional concreto⁴⁴².

Mas, para que todos os moçambicanos se revejam na Constituição, não basta o consenso entre os principais actores político-militares. Aliás, a revisão constitucional de 2018 é questionada pelo facto de ter sido concebida por apenas duas personalidades, o Presidente da República e o Líder da RENAMO, sem consulta aos demais interessados. Para Edson Macuacua, as circunstâncias em que ocorreu a revisão não permitiam a participação popular⁴⁴³. Seja como for, a ausência de participação popular permite qualificar essa revisão de outorgada⁴⁴⁴. É, pois, necessário que, para além do conteúdo constitucional democrático, a Constituição resulte de um processo constituinte ou de revisão democráticos, que assegurem a ampla participação dos cidadãos. Diz Paulo Ferreira da Cunha, que é necessário que derive “do poder constituinte do povo”⁴⁴⁵, porque a democracia implica a participação popular, permite a edificação de uma Comunidade baseada na interacção e conduz ao ideal firmado por mútuo acordo⁴⁴⁶.

De contrário, a paz e a Constituição “normativa” seriam indesejavelmente impostas autocraticamente, tal como afirma Paulo Ferreira da Cunha:

E daqui não será fácil sair, porque a alternativa para a procura do consenso (e um atingir dialéctivo, tónico, retórico de consenso) seria uma indesejável e inadmissível mudança de paradigma político: para uma perspectiva autoritária ou totalitária, laica ou teocrática⁴⁴⁷.

Trata-se-ia de uma solução que descaracterizaria a natureza democrática do Estado moçambicano e, provavelmente, não pudesse evitar o retorno aos conflitos armados. Até porque a revolução de 1975, encabeçada pela FRELIMO, em reacção ao regime fascista colonial pode ser um indicador da natureza precária de soluções logradas autocraticamente.

Conclusão

Da proclamação da independência aos nossos dias, Moçambique caracterizou-se por (i) alterações e modificações constitucionais motivadas pelos conflitos armados e destinadas ao restabelecimento da paz, (ii) inefectividade das normas constitucionais perante a RENAMO militar e as autoridades estatais promotoras de negociações e de concessão de amnistia, (iii) pluralidade de delegados do poder constituinte, (iv) divergências entre a Constituição formal e as constituições reais, (v) natureza nominal da CRPM e CRM 2004, e semântica da revisão constitucional de 2018. Em suma, predominância de constituições não normativas, incapazes de manter a paz.

Não obstante a falta de consenso, os ciclos viciosos de conflitos e acordos de paz, a reiterada inefectividade das normas constitucionais, a Constituição normativa “de Paulo

⁴⁴²Ibidem.

⁴⁴³ MACUÁCUA, op. cit., p.396.

⁴⁴⁴ Cf.CUNHA. Op. Cit., p. 51.

⁴⁴⁵Ibidem, p. 51.

⁴⁴⁶ PINTO, op. cit., p.206.

⁴⁴⁷ CUNHA. Op. Cit., p. 127.

Ferreira da Cunha” tem de ser buscada através do diálogo, que assegure a participação democrática das principais forças sociais, políticas e militares do país, tendo como farol a realização do “Bem Comum e o sentimento de justiça constitucional” definidos por Paulo Ferreira da Cunha. O consenso como forma de eliminar os dissensos num Estado democrático constitui única solução aplicável a Moçambique, para o alcance do “Ponto de Arquímedes”.

Beira, 04 de Maio de 2020

Professor Paulo Ferreira da Cunha: breve e marcante passagem pela Fadisp, São Paulo, Brasil

Lauro Ishikawa⁴⁴⁸
Thiago Lopes Matsushita⁴⁴⁹

Introdução

É lugar-comum⁴⁵⁰ dizer da honra em ter conhecido o Professor Paulo Ferreira da Cunha.

Distante da mera formalidade, a honra ora atribuída tem um sentido próprio, quando realmente se conhece o Professor, acadêmico e jurista completo, amigo, companheiro, inspirador (...) - faltam adjetivos para descrever.



PFC no seu gabinete na Fadisp

⁴⁴⁸ Doutor e mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil; pós-doutor pela Universidade de Salamanca, Salamanca, Espanha; professor da graduação em Direito, professor e coordenador adjunto do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, SP, Brasil; bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular, Brasília, DF, Brasil; advogado em São Paulo, SP, Brasil. E-mail: lauro.ishikawa@unialfa.com.br.

⁴⁴⁹ Membro do Conselho Estadual da Educação de São Paulo (DOE de 21/09/2018, Poder Executivo, Seção I, p. 3). - Diretor Acadêmico da Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de São Paulo - FADISP. - Professor da Universidade de Siena - Itália, através do Contrato de Trabalho Autônomo com Atribuição Individual junto ao Departamento de Estudos Fiscais e Jurídicos, decorrente do Aviso Pubblico nº 4 de 20/08/2018. - Co-coordenador da Summer School em "Democracia e Desenvolvimento" na Universidade de Siena, desde 2015. E-mail: matsushita@unialfa.com.br.

⁴⁵⁰ O termo indica "*o que é do conhecimento de todos; coisa trivial*" (HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.201); contudo, há de se fazer a ressalva e referência à uma das obras do Professor Paulo Ferreira da Cunha que tem em um dos subitens este título: "*os lugares comuns*", quando explica sufrágio, representação e democracia (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política Mínima**. 2. corr., atual., Coimbra: Almedina, 2005, p. 196).

Estar em companhia do Professor Paulo Ferreira da Cunha é abrir os horizontes para novos conhecimentos, cujas fronteiras do saber se esgarçam e ganham dimensões.

Da passagem pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), em São Paulo, breve porque o tempo flui prazerosamente quando da sua presença, e marcante porque já deixam saudades, fica o legado que ora se pretende expor.

Suas aulas magistrais, seus ensinamentos eruditos e profundos, sua retórica ímpar, com dotes peculiares de humildade e simplicidade, não se contradizem, antes se complementam.

Do histórico das atividades do Professor Paulo na Fadisp

O início das nossas relações acadêmicas tiveram origem na relação de amizade e admiração acadêmica existente com o nosso amigo e Co-coordenador da Summer School em Democracia e Desenvolvimento na Universidade de Siena, na Itália, o Professor Titular André Ramos Tavares.

A partir dessa relação, aproveitando de uma estada como Professor Visitante na vizinha Universidade do Minho, conseguimos construir um primeiro contato institucional com o Professor Paulo Ferreira da Cunha, no final do ano de 2013-início de 2014, em uma visita pessoal ocorrida no saudoso Instituto Jurídico Interdisciplinar na Universidade do Porto-Portugal.

Naquele momento, não havia um Professor Estrangeiro vinculado como Professor Permanente em um Programa de Pós-Graduação em Direito no País, em especial, um Professor Catedrático, na Ativa, de uma potente Universidade Europeia.

Não tínhamos condições isoladas de convidá-lo de forma isolada, momento em que, organizamos com o Professor André (então Diretor em outra IES em São Paulo) uma *joint venture* acadêmica para que o Professor Paulo pudesse manter suas atividades na graduação com o Professor André e no Mestrado e Doutorado conosco na FADISP.

Resgatando as correspondências das nossas tratativas internas para convidar o Professor Paulo, fizemos a seguinte justificativa reduzida para nossa Diretoria naquele momento em janeiro de 2014:

Conforme te falei, o Prof. Paulo Ferreira da Cunha, tem uma produção impressionante no Direito Constitucional e será importantíssima a sua incorporação ao Corpo Docente do Mestrado e Doutorado da FADISP.

Para que tenha uma ideia, no último triênio, ele produziu:

- 57 artigos em periódicos;

- 17 livros;

- 26 capítulos de livros;

<http://lattes.cnpq.br/4615065392733954>

Isso equivale a, no mínimo, 10 vezes o que o nosso programa todo produziu no triênio passado.

Além de toda simpatia e elegância no trato pessoal, sua envergadura e respeitabilidade acadêmica é que sempre nos saltou aos olhos, como se pôde ver acima, a admiração pelo percurso acadêmico e capacidade de investigação é que nos fizeram convidá-lo a pesquisar no Brasil.

Tivemos, no início de 2014 mesmo, a autorização para convidar o Professor Paulo e o seu aceite, diante da mudança repentina que isso traria na sua vida pessoal e

profissional foi muito rápida, em alguns meses já estávamos tratando da sua vinda ao Brasil.

Entretanto, naquele momento do convite institucional da FADISP ao Professor Paulo, não imaginávamos o nível de obrigações e trâmites burocráticos de um cidadão português, com origens ancestrais brasileiras, com vínculos de longa data no serviço público português, para dividir suas pesquisas e investigações acadêmicas no Brasil. Não existiu nenhum canal verde para esse tipo de tramitação; foram longos meses até conseguirmos aprovar a sua situação regular no Brasil.

Só com a resiliência, paciência e humildade do Professor Paulo é que fomos capazes de transpor os inúmeros obstáculos colocados à nossa frente para conseguirmos atingir os nossos objetivos, mas pouco depois de um ano do nosso primeiro contato institucional, conseguimos iniciar as nossas atividades aqui no Brasil, no 1º semestre letivo de 2015.

Do legado do Professor Paulo Ferreira da Cunha aos alunos da Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp)

No momento em que escrevemos, com pouca tinta, a presente contribuição, o mundo passa por uma transformação que já deixa marcas profundas, a mais lamentável, das perdas humanas; as recuperáveis, os prejuízos descomunais em todos os setores da economia, efeito da pandemia do COVID-19⁴⁵¹.

Sua advertência é de clareza solar: "*os juristas são, ou deveriam ser - pasme-se! - filósofos todos, em certa medida*"⁴⁵², marcando o legado que suas contribuições acadêmicas, em especial para este artigo, ao Direito e à Filosofia, entre tantos outros ramos do conhecimento, o caracterizam como um jurista completo e, como tal, para além de seu tempo.

À pergunta: "*¿filosofia o derecho?*", responde o Professor Paulo Ferreira da Cunha: "*La Filosofía del Derecho es Filosofía, naturalmente, es el tronco y la cima del Derecho, porque es el Derecho pensado*"⁴⁵³.

Os escritos do Professor Paulo Ferreira da Cunha, nesse particular, já chamava a atenção para as novas perspectivas do Direito. Destaca uma, de suas muitas propostas, em especial: "*São de Humanismo e de Fraternidade, com hermenêutica, tópica e interdisciplinaridade a suportar teoricamente tais novos rasgos político-jurídicos (todo o Direito é político...) os novos ventos do Direito*"⁴⁵⁴.

Da leitura de sua "*Iniciação à metodologia jurídica*", obra fundamental ao estudante e estudioso do Direito e da Filosofia, pode-se concluir que há uma: "*expectativa de que o Direito participe efetivamente da construção de uma sociedade (mais) justa*"⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ A expressão que melhor se encaixa em relação aos problemas da atualidade, pode ser assim resumida: "*Cada vez mais o Homem parece sozinho com um imenso poder que não sabe utilizar*" [CUNHA, Paulo Ferreira da. Uma concepção preliminar do Direito e algumas noções básicas. In: CUNHA, Paulo Ferreira da. (Org.). **Instituições de Direito**. I Vol. Coimbra: Almedina, 1998, p. 25].

⁴⁵² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Iniciação à metodologia jurídica**. 3. ed. rev., atual., aum. Coimbra: Almedina, 2014, p. 180.

⁴⁵³ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos del Derecho**. México: Porrúa, 2015, p. 4.

⁴⁵⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Iniciação à metodologia jurídica**. 3. ed. rev., atual., aum. Coimbra: Almedina, 2014, p. 181.

⁴⁵⁵ ISHIKAWA, Lauro. Compliance e Responsabilidade Social: a dimensão da extensão na formação acadêmica do profissional do direito. In: **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo: FADISP, Vol. 13, n. 2, jul/dez. 2019, p. 371.



Homenagem Fadisp a PFC

Tal constatação segue o ensinamento do próprio Professor Paulo Ferreira da Cunha acerca dos "*novos desafios*" do Direito Constitucional:

O Estado que vamos tendo, independentemente de evoluções europeias até, é um novo tipo de Estado. É, desde logo, Estado de Direito, democrático e social. Mas é, numa outra classificação, Estado Constitucional.⁴⁵⁶

Destarte, na esteira do pensamento do Professor Paulo Ferreira da Cunha, a evolução deste Direito Constitucional deve transcender⁴⁵⁷ ao direito positivo; razão pela qual, a formação humanista do jurista é fundamental para "*entender, conocer, calibrar... pues sólo así podrá responder a las exigencias del pueblo que busca Justicia en sus relaciones sociales*"⁴⁵⁸.

Dentre tantos relatos dos alunos de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito, é digno de nota a singela homenagem feita pela turma de 2019, da

⁴⁵⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2007, p. 223.

⁴⁵⁷ Em sua obra "*La Constitution Naturelle*", o Professor Paulo Ferreira da Cunha conclui, de maneira lapidar: "*La constitution moderne est la garantie positive et positiviste des droits. La constitution naturelle, quat à elle, aspire de nos jours non à un recul, mais à un dépassement: le dépassement du droit social et du constitutionnalisme des droits sociaux, économiques, culturels et écologiques ne se fera pas par la politique de terre brûlée des ultralibéraux ou des autoritarismes, voire des nouveaux totalitarismes, mais par le droit fraternel, le constitutionnalisme fraternel. Lequel incorpore les acquis libéraux (vieux libéraux), sociaux, de liberté et égalité, mais il va plus loin... L'Histoire n'est pas finie. Et il ne nous faut pas un éternel retour*". (CUNHA, Paulo Ferreira da. **La Constitution Naturelle**. Paris: Buenos Books International, 2014, p. 216/217).

⁴⁵⁸ Na Introdução à obra "*Fundamentos del Derecho*", assevera ainda Milagros Otero Parga: "*Por todos estos motivos, creo que no es exagerado afirmar que Paulo Ferreira es en la actualidad uno de los más grandes defensores del Derecho Natural; sin duda, uno de los importantes que ha dado el pueblo portugués al pensamiento jurídico contemporáneo*". (PARGA, Milagros Otero. Estudio Introductorio. In: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos del Derecho**. México: Porrúa, 2015, p. XVI).

disciplina de "Metodologia da Pesquisa e do Ensino em Direito", no encontro de encerramento:

Canção do exílio do Professor Paulo Ferreira da Cunha.

Minha terra tem palmeiras,
Onde canta o Sabiá;
As aves, que aqui gojeiam,
Não gorjeiam como lá.

Naquelas terras tem Ferreira,
Que na verdade é Cunha,
Jorge Fonseca nomeia
Paulo Ferreira da Cunha.

Nascido na cidade do Porto,
É cultor da filosofia.
Constitucionalista, Douro e culto,
Catedrático em poesia.

Doutourou-se em Paris,
Em Montmartre passeou
Bebendo da fonte de Picasso e Dalí,
Com louvor se formou.

Retornou à Portugal
Doutorou-se novamente
Sua terra natal
Encantando muita gente.

Nesse momento regressa
Mas seu legado deixou,
A saudade já se apressa,
No coração que ficou.⁴⁵⁹

Conclusão

O legado do Professor Paulo Ferreira da Cunha se materializa no acesso à sua vasta obra, consistente em livros, capítulos de livros, artigos em periódicos, além da produção técnica, todos de relevância para a pesquisa bibliográfica que marca os trabalhos desenvolvidos pelos estudantes da Faculdade de Direito.

As citações e referências que os alunos do Mestrado e Doutorado, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FADISP, concretizam tal importância.

O exercício da docência, compreendido em disciplinas ministradas, palestras, orientações realizadas, além da participação em bancas finais de dissertações e teses, dos alunos de Mestrado e Doutorado, revelam o labor e compromisso como traços característicos de sua seriedade.

⁴⁵⁹ Turma do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), de 2019, composta pelos alunos: Alessandra Biolcati Rodrigues, Fábio Viana Oliveira, José Luis Rodrigues, Pâmela Burke Barboza, Tatiana Boghourian e Tiago Natari Vieira.

A referência ao Professor Paulo Ferreira da Cunha, num olhar científico e acadêmico, mas com a fraternal amizade construída no breve período em que esteve em São Paulo, Brasil, pelo que o respeito e admiração dão a tônica desta sincera conclusão: trata-se de um jurista de grande prestígio internacional, um humanista e incansável cientista, pesquisador e Professor nato, que deixou registrado para sempre sua marca indelével às turmas de novos juristas⁴⁶⁰ sob sua regência, no magistério superior - a sólida formação humanista que deve possuir o Bacharel, o Mestre e o Doutor em Direito.

Referências Bibliográficas:

- CUNHA, Paulo Ferreira da. Uma concepção preliminar do Direito e algumas noções básicas. *In*: CUNHA, Paulo Ferreira da. (Org.) **Instituições de Direito**. I Vol. Coimbra: Almedina, 1998.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Epistemologia Jurídica. Os Ramos do Direito. Ciências Jurídicas Gerais ou Humanísticas, Públicas e Privatísticas. *In*: CUNHA, Paulo Ferreira da. (Org.) **Instituições de Direito**. II Vol. Coimbra: Almedina, 2000.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Política Mínima**. 2. corr., atual., Coimbra: Almedina, 2005.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Iniciação à metodologia jurídica**. 3. ed. rev., atual., aum. Coimbra: Almedina, 2014.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos del Derecho**. México: Porrúa, 2015.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. **La Constitution Naturelle**. Paris: Buenos Books International, 2014.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- ISHIKAWA, Lauro. Compliance e Responsabilidade Social: a dimensão da extensão na formação acadêmica do profissional do direito. *In*: **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo: FADISP, Vol. 13, n. 2, jul/dez. 2019.
- PARGA, Milagros Otero. Estudio Introductorio. *In*: CUNHA, Paulo Ferreira da. **Fundamentos del Derecho**. México: Porrúa, 2015.

⁴⁶⁰ Ao propor uma "tentativa de balanço", o Professor Paulo Ferreira da Cunha conclui: "O jurista tem de ser um Homem íntegro e integral. (...) No jardim do Homem, a macieira ainda lá está. O aprendiz de jurista que dela se abeirar e provar o pomo, verá que está nu de ciência, e que, a partir daí terá de ganhar o pão com o suor do rosto, e pior - saberá da diferença entre o Bem e o Mal. Será por isso responsável, livre e daí advém sua dignidade. E atenção: todos, mas todos, os ramos estão pejados de frutos (suculentos uns, podres ou bichosos outros), e nenhum está imune ao sortilégio, que é o permanente confronto com a Justiça". (CUNHA, Paulo Ferreira da. Epistemologia Jurídica. Os Ramos do Direito. Ciências Jurídicas Gerais ou Humanísticas, Públicas e Privatísticas. *In*: CUNHA, Paulo Ferreira da. (Org.) **Instituições de Direito**. II Vol. Coimbra: Almedina, 2000, p. 24/25).

Paulo Ferreira da Cunha e a sensível arte de ensinar e pensar o Direito: uma inspiração que “transcende fronteiras”

Luís Gustavo Gomes Flores⁴⁶¹

1. Introdução

O que um pintor, um poeta, um professor e um jurista têm em comum? Embora a resposta seja aparentemente óbvia, poderia se dizer que: todos são “humanos”. Importante é considerar que o significado de “ser humano”, não se restringe ao sentido corrente e mais óbvio, de um ser constituído biologicamente classificado na espécie humana. “Ser humano” possui um potencial semântico que transcende esse sentido e se insere na complexidade da constituição humana.

Cada papel mencionado possui um espaço distinto para a manifestação do potencial: “humano”. Contudo, de todos eles, o jurista talvez possua o espaço mais restrito e que contrasta com os demais, por ter sido tradicionalmente dominado por uma cultura excessivamente formalista, conservadora e fechada.

Contudo, Paulo Ferreira da Cunha contraria essa lógica. É capaz de desempenhar todos os papéis, explorando e inspirando uma das suas melhores potencialidades: a sensibilidade humana. Esse é um diferencial capaz de deslocar olhares em direção às obras de Ferreira da Cunha, possibilitando experimentar através de suas múltiplas contribuições uma forma de expressão da sensibilidade humana, como ensinamentos e inspiração para “transcender fronteiras”.

Ao desenvolver essa reflexão, volta-se o olhar para um autor plural, através de uma visão singular, construída no silêncio de diálogos mentais entre o leitor e autor, por meio de sua obra. Nesses diálogos, interessa indagar: Quais aspectos me são representativos de inspiração e ensinamento na obra de Paulo Ferreira da Cunha? Por isso, como objetivo, se busca uma observação singular, sobre alguns aspectos da obra de Paulo Ferreira da Cunha.

O método é de compreensão fenomenológica, que se constitui em pesquisas e leituras bibliográficas acompanhadas da reflexão sobre a obra e um processo introspectivo, voltado a questionar: o que a respectiva obra pode dizer a cada um que a toca, e o que ela pode ser capaz de despertar.

⁴⁶¹ Pós-Doutor, Doutor e Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da UNISINOS, Professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIJUI. Coordenador do Projeto Desenvolvimento Humano, Transformações Sociais e Resiliência do Direito. Áreas de pesquisa, Direitos Humanos, Direito Resiliente, Pesquisa e Ensino Jurídico, Direito, Arte e Sociedade. Contatos: gustavogf7@gmail.com; luis.flores@unijui.edu.br.

Essa reflexão e escrita também se constituem como um ritual de gratidão pelo aprendizado possibilitado pelo seu pintar, declamar, escrever, pensar, ensinar e, porque não, no seu viver o Direito, como uma arte que reclama um espaço de inspiração criativa, sem perder a seriedade própria do âmbito jurídico.

Mas não se trata de um texto descritivo das ideias de Paulo Ferreira da Cunha. Seus textos estão em suas obras, acessíveis a quem desejar. Por isso, trata-se mais de um olhar singular sobre o encantamento de sua obra e a capacidade de deslocar e despertar para a criação de novos aprendizados, vivências e reflexões sobre o universo jurídico.



O autor

2. Poética do ensino e vivência do Direito

Vivemos de múltiplas formas, com ou sem estratégias de gestão. Vivemos humanamente todos os aspectos da nossa existência, criando castrações ou nos libertando delas. Ferreira da Cunha ao desempenhar seu papel de jurista e docente, manifesta sua forma de viver, expressando as potencialidades do seu desenvolvimento humano. Por isso, é respeitado e admirado, por fazer também do viver um ato pedagógico (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 9-10).

Tradicionalmente o Direito se mostra formalista, rigoroso e fechado (ROCHA, 2003, p. 196), resistindo a tudo que normalmente se aproxima da arte, a tudo que está aberto ao emocional, sentimental, sensual e criativo. Ferreira da Cunha observa essa curiosa tendência no Direito, através da literatura, mencionando que “[...] as nossas expectativas quanto ao Direito e quanto à Literatura são diversas: pedimos a um ordem, decisão, medida; à outra beleza, sonho transgressão, ou pelo menos ludismo em muitos casos” (SCHWARTZ; TRINDADE, 2008, p. 8).

Em determinado momento do desenvolvimento jurídico, o Direito teve o seu *status* jurídico elevado ao caráter de ciência, como forma de garantir sua relevância em um contexto de desencantamento do mundo (FERRAZ JR., 2003). Apesar do Direito estar inserido em um contexto social, a racionalidade moderna muitas vezes compartimentalizou o Direito, que perdeu muito dos contatos mais sutis com os múltiplos aspectos da sociedade. Esse isolamento do Direito gerou um distanciamento que muitas vezes comprometeu os efeitos pragmáticos das respostas jurídicas no contexto social (ROCHA, 2003, p. 197).

Para desenvolver um conhecimento sobre o Direito não tão isolado da sociedade, Morin (2002, p. 88) sugere que “A literatura e a poesia desempenham um grande papel nesse conhecimento”. Observando a forma como Ferreira da Cunha ensina e vive poeticamente o Direito, fica claro que ele já há muito tempo tem conhecimento disso

(FERREIRA DA CUNHA, 2003). Faz isso de forma qualificada, diferenciando-se das tentativas de relações com a arte apenas como mera estratégia estética de erudição.

Ainda na linha do que indica Morin, Ferreira da Cunha consegue conduzir de forma harmônica a alternância de um viver jurídico poeticamente, mas também prosaicamente (MORIN, 2002, p. 89). Consegue equacionar prosa e poesia de forma elegante e respeitosa para os olhares que tendem tanto para um lado como para o outro.

Para entender essa mistura de tonalidades jurídicas delicadamente criada por Ferreira da Cunha, que geralmente resulta em traços encantadores, Morin fornece uma excelente explicação a partir da seguinte reflexão: “O que é prosa? São as coisas mecânicas, cronométricas que nos obrigamos a fazer para ganhar a vida. O que é a poesia? Momentos de intensidade, comunhão, amor, alegria e prazer que podemos experimentar também as festas, jogos de futebol” (MORIN, 2002, p. 89). Assim, Ferreira da Cunha ensina, pensa e vive o Direito de forma prosaica e poeticamente, em uma vivência dinâmica, que lembra o paradoxo da autopoiese de não se colocar de forma estática entre o fechado e o aberto, mas está sempre se preparando, para quando necessário, saber equacionar esses aspectos opostos e complementares (TEUBNER, 1989). Inclusive agora consigo perceber que a própria autopoiese pode ser mal utilizada, não por faltar conhecimentos sistêmicos, mas por falta de poesia.

Pode-se observar que a arte aqui é tomada como um caminho possível de libertação de inúmeras limitações. É verdade que não é algo absoluto, pois a dogmática pode tentar dogmatizar a arte, assim como a filosofia, o direito e a vida como um todo. Mas esse não é o caso das obras de Ferreira da Cunha, que, como um artista e jurista, dá a sua contribuição para libertar o Direito do próprio excesso de dogmatismo do Direito. Só o Direito estando liberto de seus próprios contornos limitadores, simplificadores e castradores é que será possível através do Direito promover qualquer liberdade como direito (HONNETH, 2015, p. 131). Mesmo que este seja considerado um direito natural e fundamental, sempre haverá a dependência de uma leitura e de uma interpretação, em um determinado espaço/tempo, que pode ser excessivamente dogmática. Disso poderá depender muito a importância das condições fundamentais para o desenvolvimento de um cidadão emancipado (RANCIÈRE, 2012, p. 13).

Um dos caminhos para esta valorização vem através da arte de Ferreira da Cunha, que representa muito bem isto. Um professor e um jurista que vive artisticamente a vida e nela, que é maior, está o Direito poética e prosaicamente sendo desempenhado juntamente com suas pinturas e poesias. Tudo isso se encontra no cadinho de subjetividade que constitui o seu ser e se manifesta espontaneamente na sua vida e obra, conhecida, respeitada e admirada pelo valor de sua autenticidade. Mas é preciso maestria para desenvolver essa arte e agregar reconhecimento, prestígio e respeito. Não é fácil transitar poeticamente no universo jurídico, que apesar do toque todo especial de Ferreira da Cunha, continua sendo jurídico.

Com esse caminho mais lúdico para o Direito aberto anteriormente por muitos mestres, entre eles Ferreira da Cunha, é preciso reconhecer, valorizar e aproveitar que a tarefa já não é mais tão solitária e parece mais leve e prazerosa. Sobre isso, convém destacar também a forma como Menna Barreto (2020) também com maestria, descreve o contato com o Direito através da obra de Ferreira da Cunha, indicando como um “percurso inspirado e suave, no qual a Ciência se torna Poesia, trazendo-nos a esperança de um Direito mais humano e fraterno” (MENNA BARRETO, 2020).

O primeiro texto de Ferreira da Cunha que chegou a mim foi um prefácio. Pela primeira vez me ative a pensar no significado da palavra “prefácio”. Ela advém do latim, *praefatio*, indicando aquilo que é dito (*fatio*) antes (*prae*). Uma fórmula pronunciada tradicionalmente antes de uma cerimônia sagrada. Nunca havia feito tanto sentido minha

atração pelo encontro entre Direito e Arte. Estava nítido que além do lado profano da transgressão, também havia algo de sagrado, onde a leitura se transformava em um belo ritual.

O prefácio feito por Ferreira da Cunha na obra *Direito e Literatura*, foi um prefácio não apenas para esse livro, mas também para a sua própria obra, para onde o meu olhar se voltava cheio de curiosidade, com aquela disposição interna filosófica, semeada por Ferreira da Cunha, capaz de provocar um movimento da *doxa* para a *episteme*, que nos tira do senso comum, para observar e pensar diferente.

Aquele prefácio, além de inspirar confiança, muito ensinou, trazendo poesias e autores portugueses até então para mim desconhecidos. Com uma pequena poesia de Agostinho da Silva, convidou-me a pensar sobre os motivos que impulsionam os profissionais e alunos ao Direito. Me conduziu a uma viagem que atravessou o oceano e me fez mergulhar nas profundezas de meu íntimo buscando novas reflexões sobre como é importante contribuir para a formação dos acadêmicos de Direito seres humanos emancipados, antes de simplesmente juristas. Só quem tem uma experiência assim compreende o poder da poesia (SCHWARTZ; TRINDADE, 2008).

Só queria ser rico e para tal
Em vez de poesia fez direito
E curvou o pescoço pois sujeito
Ao mesquinho consenso que é fatal

Marinhou a gerente de estatal
E secretário de Estado foi perfeito
Até ganhou medalha e foi bem feito
Mas não se viu ministro o que achou mal

Daí lhe adveio uma melancolia
Por todos que o tratavam bem sentida
E que em luzidas festas se traía
Ao recitar Camões em voz tremida
Pois sempre no final lhe saía
Para tão curto amor tão longa vida.

Assim, Ferreira da Cunha, no prefácio da obra *Direito e Literatura*, recordava que “[...] de longe vem a comunhão do saber jurídico e literário” (SCHWARTZ; TRINDADE, 2008, p. 07). Comunhão essa que tem continuidade em sua obra, não apenas escrita, mas vivida. Uma forma simples de desafiar limites e transcender fronteiras territoriais, geográficas e físicas, invadindo o ciberespaço e contribuindo com bom conteúdo para a Internet, principalmente em seu canal do *YouTube*. Surpreende a forma como ele circula de um lugar a outro, poetizando os espaços (FERREIRA DA CUNHA, 2003, p. 70). As contribuições de Ferreira da Cunha oxigenam o universo jurídico. Isso ajuda a não desanimar diante da força da correnteza que ameaça arrastar a todos para uma vida e um Direito “normal”. Ajuda a desenvolver resiliência para escapar das amarras que desidratam a vida e instrumentalizam o Direito.

Um breve contato com a obra de Ferreira da Cunha já é o bastante para servir de estímulo e despertar algum interesse ou curiosidade. Ela possui um potencial de produzir necessários deslocamentos (FERREIRA DA CUNHA, p. 2003) de posições perigosamente confortáveis que muitas vezes são assumidas de forma imperceptíveis no fluxo “normal” da vida.

A obra de Ferreira da Cunha, de forma geral, remete à reflexão sobre a importância da coerência entre o discurso e a sua manifestação na vida acadêmica. De forma, particular, possui a marca de uma solidariedade fraterna, já que ela surgiu através das valiosas sugestões do meu querido irmão de coração, Ricardo Menna Barreto, de onde sempre se pode esperar, além de competência, boas contribuições e excelente intencionalidade.

Menna Barreto que também conheceu Warat e sabe das minhas tendências waratianas, foi categórico ao indicar a obra de Ferreira da Cunha como uma obra que merece um olhar muito especial. Depois disso, a força magnética da obra se encarregou de despertar a expectativa do diferente, como uma fonte da juventude capaz de renovar as energias e a vontade de viver o Direito numa perspectiva diferente. O resultado foi tão intenso e satisfatório que este momento é um momento de homenagem e agradecimento a Ferreira da Cunha, pela valiosa contribuição de suas obras, e a Ricardo Menna Barreto pela preciosidade da indicação. Hoje, continuo contemplando a concepção de Direito que emerge da obra Ferreira da Cunha, que foi bem descrito nas belas palavras de Joana Aguiar e Silva:

Um Direito no Interstícios do qual é possível sentir o verdadeiro pulsar das gentes que o constroem e para as quais ele vive e se transforma. Um Direito com alma, com espírito, que largamente transcende as canônicas pautas definitórias, classificatórias e sistematizantes com que a doutrina tantas vezes o vai apequenando. Um Direito problemático, de carne e osso. (AGUIAR E SILVA, 2020, p. 122).

Ferreira da Cunha com sua habilidade de manipular as cores, pinta um quadro de esperança sobre a renovação no Direito a partir da sua aproximação com a Arte, de forma sofisticada e com uma inteligibilidade mais atraente para alcançar variados tipos de públicos, para além do domínio exclusivamente técnico do Direito. Como bem menciona Menna Barreto,

Paulo Ferreira da Cunha oferece-nos uma teorização marcada pela interdisciplinaridade, originalidade e ousadia. Nela, singulares e importantes encontros – como entre a Arte e o Direito, por exemplo – aparecem habilmente tecidos por uma reflexão filosófica que fornece pistas para a ressignificação do fenômeno jurídico. (MENNA BARRETO, 2020).

Obviamente existem aproximações entre Direito e Arte que talvez não sejam as mais adequadas. Mas isso não é um problema da aproximação em si, mas sim de como ela é realizada. Ferreira da Cunha, Luís Alberto Warat e outros, já demonstraram que é possível fazer essa aproximação o com seriedade e sofisticação (WARAT, 2000). É claro que isso também depende da sensibilidade para realizar a aproximação, como também para compreendê-la. Os autores mencionados estimulam isso também, como uma aquisição evolutiva, principalmente para o Direito, que através da arte, pode ser compreendido de forma mais agradável e humanizada.

A capacidade comunicativa de alcançar no Direito uma linguagem mais atraente, como a da Arte, talvez seja um dos grandes desafios. Transcender diversos limites, entre eles os disciplinares, para experimentar novas perspectivas reflexivas, o que normalmente não é muito fácil através da dogmática jurídica. Mencionou Ferreira da Cunha, como um recado aos sistêmicos, que é preciso transcender a irritação “pois nem só dela vive a

relação (SCHWARTZ; TRINDADE, 2008, p. 08)”, e o que digo é que, de fato, isso coloca em tela a importância da comunicação.

Talvez essa seja uma das grandes contribuições da Arte para o Direito: a capacidade de comunicação. A Arte possui um grande potencial de comunicação. Sua linguagem pode se mostrar acessível e atingir um amplo alcance, se expandindo através dos tempos. É a Arte que pode conseguir comunicar de forma simples significados complexos e profundos, que a ciência e a filosofia não são capazes. A ciência e a filosofia buscam explicar observações complexas do mundo e quando suas linguagens se mostram insuficientes, creio que a Arte pode ser capaz de ir mais longe e tocar mais fundo a percepção humana.

É preciso sensibilidade, como a demonstrada no viver de Ferreira da Cunha para observar e desenvolver a arte de comunicar o Direito com a Arte. Essa disposição é inspiradora para pensar um Direito que precise estar inscrito não apenas nas instituições formais do Direito, mas nas relações sociais e nas constituições subjetivas de cada um. A sensibilidade de Ferreira da Cunha sobre o universo jurídico, manifesta-se através da sua arte, como a pintura, a poesia, mas, em especial, a docência. Ela parece trazer uma epistemologia aberta à criatividade, que Ferreira da Cunha coloca à disposição do universo jurídico, como uma alternativa às castrações jurídicas burocráticas. Assim a obra de Ferreira da Cunha, fonte de inspiração e aprendizado, atravessou o oceano Atlântico para conquistar novos espaços amigáveis de reflexões luso-brasileira (FERREIRA DA CUNHA, 2008).

3. Filosofia do Direito em um encontro de reflexões luso-brasileiras

Assumir uma autêntica postura filosófica no Direito é uma tarefa ousada que exige coragem. Recordando as diferenças entre Sócrates e os Sofistas, se poderia considerar que o universo jurídico, principalmente a advocacia, teria mais afinidade com os Sofistas do que com os filósofos socráticos.

Sobre essa afirmação, provavelmente haverá alguma contestação, indicando que é falsa a alegação. Mas como diz Shakespeare no final do seu Soneto 116 “[...] Se isso é falso, e que é falso alguém provou; Eu não sou poeta, e ninguém nunca amou” (SHAKESPEARE, 2001, p. 29).

O universo jurídico tem suas peculiaridades e disposição para enfrentar o questionamento e suas bases dogmáticas não são uma delas. Os sofistas deram suas contribuições possibilitando pensar sobre os limites e possibilidades linguísticas na construção de uma visão de mundo, acentuando a respectiva capacidade de convencimento e persuasão através da linguagem (EL-JAICK, 2016).

Contudo, também é importante considerar as contribuições de Platão e considerar que talvez existam muitas cavernas no âmbito do Direito, sendo de grande relevância realizar a saída das cavernas. Isso também envolve certo comprometimento ético com o outro. Além disso, a responsabilidade com o a evolução do próprio conhecimento a ser produzido. A ideia de questionamento e ruptura tão inerente à filosofia parece não ultrapassar a resistência de uma espécie de Armadura Dogmática do Direito (FLORES; ROCHA, p. 200). O jurista mais conservador, aquele adepto do que Warat chamava de *Senso Comum Teórico dos Juristas* (WARAT, 1982), tende a criar todas as defesas e resistências aos questionamentos que possam abalar os espaços de conforto e segurança, controláveis por uma lógica mais dogmática. Dessa forma, não é estranho que no Direito se possam admitir diversos entendimentos sobre algo. Diferente de admitir a pluralidade e diferença em um espaço genuinamente democrático, ocorre quase como se houvesse a aceitação de uma espécie de relativismo disfarçado pelo poder de decisão de uma

autoridade que parece ter sempre uma corrente jurídica para justificar qualquer posição. Apesar da diversidade de perspectiva ser importante para a evolução do conhecimento em uma perspectiva que valorize o contraditório e o aspecto democrático, também pode ser relevante saber os limites entre o conhecimento construído na diversidade e uma simples justificação retórica (ARISTÓTELES, 2005).

O universo jurídico admite dentro de sua lógica algumas perspectivas difíceis de serem compreendidas fora de seus limites. Juízes e Promotores possuem todas as possibilidades de pensar o Direito a partir de uma perspectiva evolutiva, embora dependendo de uma postura mais dogmática ou zetética (FERRAZ JR., 2003) isso nem sempre possa ocorrer. Quanto aos advogados, se pode observar uma peculiaridade. Estes defendem os clientes e se isso significar sustentar uma tese que signifique um retrocesso ao Direito, não é de se duvidar que isso será feito. Existe essa tensão de forças internas no Direito, onde tradicionalmente tem predominado perspectivas excessivamente conservadoras (ROCHA, 2003, p. 196).

Importante é pensar a renovação do Direito, em termos de aprimoramento e evolução, preparando novos espíritos para enfrentar os desafios atuais. A Arte pode fornecer aqui, uma relevante contribuição. Permite uma necessária criatividade reflexiva para observar o contexto e se arriscar nos diálogos transdisciplinares. Isso pode possibilitar novos aprendizados a partir de diferentes perspectivas que podem contribuir para que o Direito se torne mais qualificado para caminhar por corredores estreitos e escuros, mas sendo capaz de abrir janelas para deixar um pouco de luz entrar e trazendo esclarecimento para identificar ideias obsoletas.

Mesmo que essa luz num primeiro momento ofusque alguns olhares num primeiro momento não tão acostumados com tanta claridade, este caminho é um caminho de libertação, que exige paciência e sensibilidade para tocar os valores e sentimentos mais íntimos e comuns aos seres humanos. O Direito pode se mostrar de forma humanizada e também de forma vil. Depende da pequenez, da aridez e do quanto deserta (ou virtuosa) possa ser a alma de um jurista. Lamentavelmente o que se observa é muitas vezes que: “[...] Grandes são os desertos e as almas desertas e grandes [...]” (PESSOA, 2009, p. 2018).

Apesar disso, muitos dos grandes juristas que deixaram suas marcas no caminho da história, souberam o valor de um oásis ao serem adeptos e admiradores da literatura e outras artes. Isso lhes dava uma bagagem de conhecimento, que significa mais elementos para reflexões, bem como, uma disposição interna para ter maior sensibilidade no olhar e no pensar. Os resultados desenvolvidos e obtidos por juristas assim, podem ser verdadeiras obras de arte, ou, ao contrário, gerar aberrações através de conhecimentos jurídicos técnicos e vazios de qualquer humanidade.

Um exemplo disso, são diversas “reformas” no Direito do Trabalho e Previdenciárias ocorridas no Brasil entre os anos de 2016 e 2020. Eduardo Galeano (2009) foi profético ao descrever um quadro social que hoje parece estar mais evidente do que nunca no Brasil, ilustrando a lógica indicada no título de sua obra “De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso”. Um contexto onde ocorre as inversões de valores mais absurdas e inesperadas. Um campo fértil para a estupidez humana que parece não ter limite, e um dos resultados disso é o Direito experimentar um caminho de retrocessos. A produção meramente técnica do Direito pode esvaziá-lo de valores, deixando de ser uma alternativa para a solução de problemas sociais e passando a se constituir, ele mesmo, em uma parte ou sob forma de problema social.

Nesse “mundo de pernas pro ar” se nega a autoridade de um cientista renomado, mas se acredita na declaração de um *youtuber* desconhecido e sem qualquer propriedade e

reconhecimento para falar de determinado assunto. Nesse mundo tudo ocorre em nome da “Santa Economia”, do Deus Mercado e os únicos Valores são em dinheiro, ou os que correspondem ao lucro econômico. Nessa lógica, onde o “bom” é sinônimo de lucro, as *fake news* na medida em que são monetarizadas e passam a dar lucros, numa perspectiva específica, provavelmente serão consideradas “boas” (GHEDIN; DIAS; RIBEIRO, 2019).

Tudo isso, ocorre mais facilmente em um universo mecânico, frio, engessado, onde há certa banalização e esquecimento de valores éticos, morais e humanitários. Essas inversões de valores, podem facilmente se tornar violação de Direitos. Para evitar isso, torna-se relevante observar a importância da Arte para resgatar as conexões do Direito com valores mais humanos. Uma conexão por meio de uma linguagem, não tão hermética como a linguagem jurídica e com maior probabilidade de despertar sensibilidades e compreender a importância das conexões do Direito com valores sociais, de forma mais inteligível ao público em geral (MATHIAS, 2014).

A arte possibilita explorar a riqueza da dimensão imaginária da vida, traduzindo, através das inúmeras expressões artísticas, muito do que pode estar na subjetividade e sensações humanas. O imaginário aqui se trata da capacidade de vislumbrar criativamente novas possibilidades de construir relações sociais harmônicas. O imaginário no Direito pode assumir contornos de ficções excessivamente dogmáticas (FLORES; ROCHA, 2016, p. 200).

Ironicamente com o intento de demonstrar uma objetividade para indicar uma aproximação com uma realidade fática, o Direito passa a lidar com um imaginário tão fictício quanto o imaginário artístico. Talvez seja por isso que as vezes a Arte seja tão compatível para traduzir a linguagem jurídica e produzir inúmeras reflexões que possam agregar resultados construtivos quanto às suas respostas na sociedade. Nesse mesmo sentido, muitas obras distópicas aparentemente irreais traduzem simbolicamente muito bem as realidades atuais. A Arte, deste modo, deve colocar no mínimo dois questionamentos para o Direito: 1) O quanto a estrutura normativa corresponde ao real, a um real imaginário fértil, ou a um imaginário fabricado e estéril? 2) O quanto a Arte através de sua linguagem mais acessível contribui para aprimorar as reflexões jurídicas em face dos seus resultados no contexto social?

Ser artista é um ato de coragem e transgressão dos limites arbitrariamente estabelecidos como normais. A Arte permite radicalizar nas possibilidades de interpretação. Nem sempre importa se todas interpretações vão servir ao Direito, até porque, provavelmente não vão. Contudo, servem para um aprendizado como o exercício filosófico permite.

Desenvolver com sabedoria a arte de pensar o Direito de forma acessível, lúdica, atraente e inteligível, sem perder a seriedade e profundidade que a importância das reflexões jurídicas demandam, exige coragem. A arte ajuda a exercitar uma capacidade imaginativa transgressora, necessária a toda área do saber. Não significa indicar como importante qualquer transgressão piegas e vulgar. Trata-se de acentuar uma transgressão necessária ao aprendizado, que seja evolutiva e virtuosa, poética e amorosa com a vida, com o Direito e com o conhecimento que se constituem entre ambos (HOOKS, 2017).

Mas a escassez de um espaço crítico e reflexivo não ocorre apenas no Direito. Na filosofia, desde a morte de Sócrates, a filosofia é vista como uma forma de ameaça a todo tipo de relação de poder que se estabelece de forma injusta na *polis*. Na arte, a Escola de Frankfurt, ao lançar suas críticas à indústria cultural, revelava um esvaziamento epistemológico da arte que se busca reproduzir até hoje.

Na atualidade, muitos filósofos por profissão não morrem mais. Isso pode ser visto como um ponto positivo, revelando um amadurecimento civilizatório, ou que simplesmente alguns filósofos de profissão, não são vistos como uma ameaça aos poderes injustos, pois já não exercem o seu potencial crítico e o comprometimento com a verdade. Assim observamos que nem tudo é irritação, mas ela tem lá sua importância.

Mesmo que saiam da caverna, parecem hesitar em retornar ao fundo da caverna para contribuir com os outros, com a possibilidade do esclarecimento, em razão do medo de serem mortos (PLATÃO, 2005, p, 187).

Com isso se observa o surgimento de uma forma de filosofia *pop*, que revela alguns aspectos positivos e também recebe críticas. Revela o aspecto positivo de sair dos muros fechados da universidade, abrindo mão de uma linguagem inacessível para atingir um grande público. Ao tornar a linguagem filosófica mais acessível, torna-se possível a socialização de importantes reflexões e a necessidade de exercê-las habitualmente. Contudo, é preciso uma vigilância autocrítica para pensar: essa configuração mais *pop* não estaria dando sinal de certa domesticação da filosofia?

Essa reflexão é necessária, pois quando se menciona a necessidade de recompor ou aprimorar as conexões do Direito com a Filosofia e a Arte, se está fazendo referência às versões não domesticadas. Uma das grandes contribuições que a Filosofia e a Arte podem dar ao Direito é o potencial crítico e transgressor que pode desencadear rupturas necessárias ao aprendizado e ao desenvolvimento do conhecimento. Sempre haverá uma margem de risco para os que viverem a Arte e a Filosofia de forma autêntica e não se submeterem a qualquer domesticação. Sempre haverá um risco de morte, seja do filósofo entrar na caverna e sofrer as consequências disso, ou de não retornar, se manter do lado de fora da caverna e assistir a morte do conhecimento. Talvez esse risco de morte seja até mais perverso, pois afeta a autenticidade do fazer filosófico. É claro que escrever sobre isso ainda é mais fácil do que viver isso, o que sugere, para um outro momento, reflexões mais profundas e complexas sobre essas questões na atualidade (PLATÃO, 2005, p, 187).

Claro que ainda existem os filósofos autênticos que correm riscos. Mas em geral tem-se uma forte sensação de que há um abandono do caráter mais contestador, crítico e transgressor, que é quase algo inerente, não apenas à filosofia, mas de todo conhecimento que esteja aberto minimamente e comprometido com um processo evolutivo. Um caminho de angústias, mas também de libertação. Para percorrê-lo, uma estratégia é pensar esse caráter crítico no Direito de forma ampla, que seja contestador inclusive do próprio Direito a fim de forçar sua reflexividade e evolução. Isso pode ser realizado a partir da relação entre Direito e Arte. Uma forma elegante de despertar olhares críticos e o amor pelo saber.

Ferreira da Cunha ensina que é possível viver a Arte e o Direito sem precisar se encolher intelectualmente, mas se empoleirando poeticamente nas reflexões jurídicas para refinar mensagens com potencial para comunicar da forma mais receptível possível. Isso revela também o intuito de compartilhar, humana e poeticamente o que se pode compreender com o Direito (FERREIRA DA CUNHA, 2003, pp. 132-133). E assim, vamos recebendo as contribuições de Ferreira da Cunha, exercitando a sensibilidade de contemplar a condição humana em todas as expressões da vida que se inscrevem nas práticas docentes e nas diversas formas de viver o Direito.

4. Humanidade como eixo reflexivo e convergente nas constituições

Entre muitos adjetivos atribuídos a Ferreira da Cunha, talvez um dos mais citados indica que ele é uma pessoa muito “humana”. Isso sugere duas observações. A primeira indica que se está diante de alguém diferenciado nos dias de hoje, alguém com uma qualidade muito especial, a ponto de ser colocada em destaque como uma forma de identidade.

Num contexto onde acentua-se fortemente a lógica econômica, muitas vezes em detrimento da vida e da dignidade humana, onde a expansão das novas tecnologias revela não só a grande desigualdade social, mas também uma dinâmica descontrolada de desinformação, se pode perceber melhor o valor e a importância de pessoas como Ferreiras da Cunha. Na contramão dessas dinâmicas predatórias, ele acentua naturalmente o valor do ser humano, multiplicando estímulos de sensibilidade poética no Direito, através de suas obras (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 179).

A segunda observação diz respeito justamente à constatação de que onde grande parte dos discursos orbitam a preocupação com a economia, ou o desenvolvimento tecnológico, é justamente nessa perspectiva que se deve acentuar o “humano” construindo um espaço de centralidade, como um eixo reflexivo nas constituições com atravessamento em todo o Direito para que não se perca de vista a importância da dignidade humana em todos os processos e relações sociais (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 179).

Assim, interessa observar outro aspecto importante da obra de Ferreira da Cunha, que diz respeito a uma das formas com que ela se conecta com o Direito, buscando nela a sua força normativa mais elevada, através do Direito Constitucional (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 204). É ele o espaço do Direito Público de elevada importância na ordem normativa que pode recepcionar as questões fundamentais voltadas ao respeito, proteção e realização pela da dignidade humana (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 180). Um âmbito do Direito que respalda os projetos políticos que precisam estar na direção de uma evolução civilizatória, não só quanto ao modelo de Estado em determinado contexto, mas de todos os principais documentos e declarações internacionais voltados à garantia, proteção e realização dos Direitos Humanos (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 206-207).

No Direito, o jurista que sabe observar com atenção e cuidado uma obra de arte, saberá desenvolver e explorar as possibilidades interpretativas de uma Constituição (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 203-204). Algumas vezes a mesma plasticidade interpretativa possível na Arte não será possível no Direito, mas isso é algo previsível. O importante é saber explorar os limites das possibilidades jurídicas e sempre tensionar em direção de sua evolução e aprimoramento. Isso pode exigir alguns riscos, mas também ajuda a despertar uma disposição hermenêutica que na perspectiva da Arte é exercitada de múltiplas formas, dando ao jurista a capacidade de desenvolvimento intelectual para explorar ao máximo as diversas perspectivas de observação possíveis e buscar aprender a equacioná-las de forma a garantir a primazia dos valores humanos.

Assim o Direito poderá se abrir para outras áreas explorando as possibilidades transdisciplinares. Essa é uma boa perspectiva para revisitar a grande contribuição de Peter Habermas com a sua obra “Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. (HABERLE, 2014). A via constitucional, como um espaço de abertura para a sociedade, para os valores humanos e necessários para que todo o resto tenha sentido. O desenvolvimento científico, econômico, bem como o jurídico já deram demonstrações catastróficas de quando isso ocorre sem uma forte conexão com aspectos axiológicos humanitários (ARENDRT, 1989).

Em razão disso, surgem os Direitos Humanos e conseqüentemente a sua recepção nas ordens jurídicas internas, como os Direitos Fundamentais. Seja qual for a denominação atribuída, o importante é que tanto no âmbito local como no âmbito global devem se constituir um fluxo humanitário na prática cotidiana. Esse fluxo único é o reconhecimento do Direito para além de denominações locais ou globais sobre a importância da dignidade humana, do valor e do respeito ao ser humano como habitante da “Terra Pátria” (MORIN; KERN, 2001).

Trata-se de um reconhecimento amplo que deve servir de parâmetro para a gestão da concretização desses Direitos Humanos Fundamentais em cada região específica, ou seja, direitos reconhecidos globalmente com força de obrigatoriedade local. Claro, sempre vislumbrando o aprimoramento dessa força também em âmbito global. Mas para tanto, é preciso criatividade, que se pode aprender com a Arte (FERREIRA DA CUNHA, 2003), para escapar dos controles dogmáticos, que cria para esses direitos um espaço de reserva, dominado por uma prática retórica que não raro coloca sempre a realização desses direitos no futuro.

Contudo, a dignidade, como o valor humano por excelência existe no presente e é nele que precisa ser respeitada e realizada plenamente. Por isso, está nas bases de toda ordem constitucional Moderna, instituída como um parâmetro fundamental para a convivência social. É principalmente através da Constituição e do Direito Constitucional que a dignidade humana pode ser um eixo reflexivo e convergente que atravessa todo âmbito jurídico (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 179).

Para além das conquistas formais no Direito e na Política, é preciso que os valores humanitários estejam latentes e pulsantes nas entranhas dos mais variados ramos do Direito. Essa é uma construção constante, uma verdadeira “constituição”. A construção formal de um Direito em uma Declaração Internacional ou na Constituição de um Estado é um primeiro e valioso passo. Contudo, esse direito ainda precisará ser constituído pragmaticamente nas relações sociais. Surge a importância da cidadania, do dever e responsabilidade do cidadão em estar comprometido com a evolução do convívio em sociedade. Da mesma forma, emerge a importância da Arte para socializar mensagens de respeito à dignidade humana como parâmetro fundamental para estabelecer e orientar as relações sociais (FERREIRA DA CUNHA, 2004, p. 179-180).

A dignidade humana é um elemento humanitário de coesão global organizada constitucionalmente de formas diversas e singulares, como por exemplo, no Tratado de Lisboa. Pensar um eixo de unidade entre a dignidade humana e a ideia de constituição permite pensar esse conjunto numa *unitas multiplex* (MORIN, 2000, p. 55). Assim o valor humano atravessa as fronteiras e precisa ser, não apenas reconhecido em documentos internacionais e nas diversas ordens constitucionais, mas também revitalizado na prática cotidiana mais elementar, precisa ser transportado como faz as obras de Shakespeare e Fernando Pessoa, que carregam a humanidade pulsante através dos tempos e das mais diversas formas de fronteiras.

Quem se interessa por essa perspectiva ética, certamente encontra em Ferreira da Cunha um oásis de humanidade misturado em Arte, Direito e Filosofia, que também transcende fronteiras. Primeiro, seguindo seus antepassados cruzou o atlântico com suas ideias, não para dominar e colonizar as terras do Brasil, mas para reconciliar e reconquistar, não no sentido de domínio e exploração, mas no sentido de seduzir e encantar pela sensibilidade e valorização do humano que emerge no exercício espontâneo da docência e na forma como pensa e vive o Direito.

Num segundo momento, como quem acostuma o olhar ao perceber caravelas chegando no horizonte, cada vez mais nítidas, se pode perceber que as fronteiras que a obra de Ferreira da Cunha transcende não são apenas as físicas e territoriais, mas as

disciplinares, as culturais, as linguísticas e outras tantas, mas principalmente as fronteiras de resistência colocadas pelos conhecimentos fechados, rígidos e insensíveis ao que deve nortear tudo: o valor da humanidade.

Considerações finais

Em um contexto complexo e repleto de tensões, Ferreira da Cunha, transita com criatividade deixando o caminho mais agradável para quem vem depois, seguindo seus passos de forma poética, sem perder a seriedade e profundidade exigidas nas reflexões jurídicas.

Ferreira da Cunha consegue ser jurista, poeta, pintor e professor, trazendo em todas essas manifestações a sua condição humana, que alcança uma ressonância diferenciada. Isso porque, ao que parece, de forma muito natural, se utiliza de um potencial humanizante das comunicações, alcançando, assim, conexões e ressonâncias que superam qualquer limite no processo pedagógico. Os múltiplos papéis e seu espaço são como palcos para a manifestação criativa e pedagógica dos potenciais humanos. Essa é a melhor humanização do Direito, aquela que se insere de forma sutil nos aspectos mais elementares da ação e comunicação humana, conquistando espaços sem chamar a atenção da patrulha de resistências dogmáticas. Com essa sensibilidade criativa, o nome, os textos, as ideias e os ensinamentos de Ferreira da Cunha transcende fronteiras geográficas, linguísticas, disciplinares e epistemológicas. Seguindo seus antepassados, cruzou o oceano Atlântico conquistou os leitores brasileiros, ressignificando a própria noção de conquista.

A partir de uma visão singular, construída no silêncio de diálogos mentais com suas obras, entendo como aspectos representativos de inspiração e ensinamento na obra de Paulo Ferreira da Cunha: a) A ousadia e a coragem de ser diferente; b) A simplicidade; c) O exemplo de produção diversificada que equaciona as diferenças de criatividade e liberdade que a Arte permite, com o formalismo e seriedade que as reflexões jurídicas exigem; d) A sensibilidade; e) A competência por imprimir uma alta qualidade em todas essas combinações, obtendo resultados sempre muito significativos e inspiradores; e f) O desafio que ele coloca, ao mostrar que essas combinações interdisciplinares são possíveis e não se deve desanimar diante da incompreensão de dogmatismos incapacitantes. Isso por si só já é uma arte. A renovação desses estímulos, após a partida de Warat, talvez tenha sido um dos grandes aprendizados da contribuição de Paulo Ferreira da Cunha para os brasileiros. Um estímulo, criado pelo seu próprio exemplo, de que é preciso mostrar a possibilidade de se desafiar na construção da vida, do Direito e da sociedade, como um espaço de arte, que instiga, conquista e agrega. Grandes artistas, pintores e poetas que se mantiveram vivos através dos tempos por meio da sua arte, conseguiram através de uma forma de expressão criativa, a conexão intuitiva entre algo comum a todos: a nossa humanidade.

Referências

AGUIAR E SILVA, Joana. Da humildade dos sábios. LAUAND, Jean; CAETANO, João Relvão (orgs.). *Pensar, Ensinar e Fazer Justiça: estudos em homenagem a Paulo Ferreira da Cunha*, Santo André: Kapenke, 2020.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Lisboa: Biblioteca de autores clássicos. 2005. Disponível em:<

<https://drive.google.com/file/d/1rCW1P7u2Xj3ISGi6BGvGTZ2GjUcdkTNC/view>>.

Acessado em 10, mai, 2020.

GHEDIN, Rodrigo; DIAS, Tatiana; RIBEIRO, Paulo Victor. Grana por cliques. In: *The Intercept Brasil*, 19, nov. 2019. Disponível em:<<https://theintercept.com/2019/11/19/fake-news-google-blogueiros-antipetistas/>>.

Acessado em 14, mai., 2020.

EL-JAICK, Ana Paula. O discurso é um grande soberano: o poder da linguagem e um elogio aos sofistas. In: *Revista Ética e Filosofia Política*. v. II, n. XIX, dez, 2016. Disponível em:< http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2009/08/19_2_el_jaick.pdf>.

Acessado em: 08, abr. 2020.

ETIMOLÓGICO, Dicionário. *Etimologia e Origem das Palavras*. Disponível em:<<https://www.dicionariotimologico.com.br/prefacio/>>. Acessado em 13, abr. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo Do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *O Tímpano das Virtudes: Arte, Ética e Direito*. Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *O Século da Antígona*. Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA DA CUNHA, Paulo. Prefácio. In: SCHWARTZ, Germano; TRINDADE, André. (Coord). *Direito e Literatura: o encontro entre Themis e Apolo*. Curitiba: Juruá, 2008.

FLORES, Luís Gustavo Gomes; ROCHA, Leonel Severo. *Resiliência do Direito*. Curitiba: Prismas, 2016.

GALEANO, Eduardo. *De Pernas pro Ar: a escola do mundo ao avesso*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2009.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. In: *Revista Direito Público*, v. 11, n. 60, 2014. Disponível em:<

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1205>>.

Acessado em 12, mai. 2020.

HOOKS, Bell. *Ensinando a Transgredir: a educação como prática da liberdade*. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

MATHIAS, Ronaldo. *Antropologia e Arte*. São Paulo: Claridade, 2014.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. *Direito, Discurso e Poder: os Media e a Decisão Judicial I*, Doutorado em Ciências Jurídicas Gerais, Braga, Universidade do Minho, 2019.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Percursos da Scientia Iuridica: filosofia, arte e direito. LAUAND, Jean; CAETANO, João Relvão (orgs.). *Pensar, Ensinar e Fazer Justiça: estudos em homenagem a Paulo Ferreira da Cunha*, Santo André: Kapenke, 2020.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. 2 ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

MORIN, Edgar. *Educação e Complexidade: Os sete saberes e outros ensaios*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Cortez, 2002.

- PLATÃO. *República: texto integral*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- PESSOA, Fernando. *Poemas de Álvaro de Campos*. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- SCHWARTZ, Germano; TRINDADE, André. (Coord). *Direito e Literatura: o encontro entre Themis e Apolo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SHAKESPEARE, Wilian; LORCA, Garcia; Baudelaire; PESSOA, Fernando. *A melhor poesia do mundo: (poetas estrangeiros)*. São Paulo: Ediouro, 2001.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.
- WARAT, Luís Alberto. Saber Crítico E Senso Comum Teórico dos Juristas. In: *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. v. 03, n. 05. Florianópolis: UFSC, 1982. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121/15692>>. Acessado em 12, mai, 2020.

Paulo Ferreira da Cunha e a Filosofia

Marcelo Gomes Franco Grillo⁴⁶²

Externar um autor pelo olhar da filosofia pode ser apontar uma prevalência filosófica, qualquer inspiração a certas teorias do conhecimento. Ao mesmo tempo está em esmiuçar a *persona*, esquadrinhá-la no que a mente tem com a alma, o espírito ou o ser. É a vida em movimento, a filosofia da *Existenz*, esta que tem, em algum sentido, suas raízes estoicas, mas que se categoriza no intervalo que vai entre Kierkegaard à Sartre, tendo em Heidegger a plena expressão do pensamento.

Torna-te o que tu és, de Nietzsche, é bem mais que alguns estudos da glosa mais em voga. É retornar para a essência histórica do ser, do eu, para tudo que se quis inspirar e produzir, construir, pois somos também o que deixamos a partir do que queremos deixar. Vida e filosofia se confundem no afazer intelectual criativo. *Tornar-te o que tu és* na atividade de escrever é produzir o que se entende como sua essência criativa, e Paulo Ferreira da Cunha faz isto mesclando filosofia de vida e filosofia de pensar, em uma tensão catabolizada fundamentalmente para o Direito, mas com todo o artefato teórico que as humanidades lhe deram.

A expressão de Paulo Ferreira da Cunha sobre o Direito é uma locução de pensamento, de criatividade e de vida, o que, ao mesmo tempo, ora o coloca como um construtor, de certo modo literário, ora o assenta como um jusfilósofo publicista. O que com certeza Paulo Ferreira da Cunha não faz é a reprodução *tout court* do modo como o Direito é interpretado sem colocar lá suas provocações, questionamentos e esperanças, seus olhares sobre a tradição, o mundo que o cerca e a vida.



PFC, o autor e a Arq. Claudia Fellice
numa Exposição no *Circolo*

Para o Direito Constitucional e para o ensino do Direito é inegavelmente um juspublicista da esperança. Mas, intelectualmente, o que mais marca este pensador do Direito (e aqui sua verve filosófica) é a mistura da erudição literária portuguesa e jurídica

⁴⁶². Doutor e mestre em Direito Político Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, com pesquisa de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutorando em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito de Coimbra. Bacharel em Direito e em Filosofia.

da tradicional Faculdade de Direito de Coimbra, com sua formação humanista francesa, em compasso com a tradição villeyana, forjando um pensador do Direito único no século XX e XXI.

Pode-se ficar apenas em seis de suas obras, de uma centena delas, para exemplificar sua erudição humanista. Cita-se: *Constituição: Direito e Utopia*, Coimbra Editora, 1996; *Pensar o Direito*, Almedina, 1990; *Filosofia do Direito: Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, Almedina, 2013; *História do Direito: do Direito Romano à Constituição Europeia*, Almedina 2005; *Filosofia Política: da antiguidade ao século XXI*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2010 e *Nova Teoria Geral do Estado: Estado, República e Constituição*, Malheiros, 2013. Estas obras creio que estão senão entre as melhores as de minha preferência, em seu conjunto ímpar de publicações.



Constituição: Direito e Utopia trata-se de seu doutoramento que o forjou como um dos mais importantes e profundos constitucionalistas de língua portuguesa, com representatividade na Europa e nas Américas.

Pensar o Direito é uma das obras que mais demonstra a sua erudição e sua criatividade filosófica para tratar de temas das humanidades e do direito. Assim também é o seu curso de *Filosofia do Direito*, que faz um apanhado muito singular dos temas e grandes linhas de pensamento filosófico sobre o Direito. Não diferente é seu curso de *História do Direito*, este em coautoria. Tanto os livros *Filosofia do Direito* quanto *História do Direito* são exemplares da elevada cultura jusfilosófica e histórica de Paulo Ferreira da Cunha.



Creio ainda ser mais impressionante o seu extraordinário livro de pequenas resenhas políticas denominado *Filosofia Política: da antiguidade ao século XXI*. Neste livro aparece todas as bibliotecas e cafês e noites de estudo e dedicação deste grande jurista português. É a erudição e a criatividade literária levada à última voltagem nas pequenas resenhas feitas à pensadores que vão de Sócrates à Habermas, passando por autores menos tratados na literatura universitária, tais como Domidus Ulpianus, Isidoro de Sevilha, António Ribeiro dos Santos e, mais contemporaneamente, Slavoj Žižek (este último filósofo que me é caro em meus estudos). Não é a extensão do trato de cada pensador da história da filosofia e política que torna esta obra ímpar e significativa. É precisamente a grande dimensão de autores que trata com profundidade, com criatividade no minimalismo literário que faz desta obra uma das mais fantásticas interpretações literárias da política e do Direito já escrita em língua portuguesa, quiçá na literatura mundial acerca da filosofia política. Erudição, concisão, informação, criatividade e profundidade encontram-se nesta obra.



Em primeiro plano: o autor num jantar de Direito Fraterno

Nova Teoria Geral do Estado: Estado, República e Constituição constitui uma inovação na forma como a Teoria do Estado é tratada. Não exatamente por trazer uma Teoria do Estado nova, mas simplesmente por aparelhar o mais lúcido e literário resumo das teorias trabalhadas sobre o Estado, sem seguir a tradição de muitos manuais acerca deste assunto. Este livro mereceu um elogioso prefácio do jurista que considero, em conjunto com José Gomes Canotilho, o mais renomado constitucionalista em língua portuguesa de todos os tempos, o cearense Paulo Bonavides.

Para a minha interpretação e preferência, que bem conheço a obra de Paulo Ferreira da Cunha, os seis livros referidos acima são os de mais aguda erudição, originalidade e criatividade para os temas que se propõe a tratar.

Fato é que Paulo Ferreira da Cunha extrapola em muito a fotografia do jurista do final do século XX e início do século XXI. É um autor formado no puro e forte sentido humanista mais amplo da palavra. Para quem pensar o Direito é pensar a ciência política, a literatura, a história e a filosofia, Paulo Ferreira da Cunha abre uma senda literária para falar do Direito. Daí porque a filosofia está no seu modo de vida essencialmente

filosófico e na sua produção jurídica e literária. Se há, de algum modo, uma reprodução do já dito em suas obras, é sobretudo como modo de vida filosófico e literário para muito além das fronteiras do academicismo e das togas professorais do mundo universitário. A bem mais que isto, Paulo Ferreira da Cunha finca uma ampla cultura na jusfilosofia da esperança e do humanismo, sendo intransponível referência na juspublicística mundial.

Os Epigramas da Haia

Direito Internacional e Poesia em Epiácio Pessoa e Hugo Grotius

Marcilio Franca⁴⁶³ & Alessandra Franca⁴⁶⁴

Of course, the Law is not the place for the artist or the poet.

Oliver Wendell Holmes, Jr.

Será que o Justice Holmes tinha razão?

De Genebra, em 10 de setembro de 1923, o secretário-geral da Liga das Nações, Eric Drummond, escreve ao secretário do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, Åke Hammarskjöld, na Haia, para informar sobre a eleição de Epiácio Pessoa como o primeiro magistrado brasileiro a exercer a jurisdição internacional. Pessoa participa de sua sessão inaugural na Corte em 17 de junho de 1924. A informação consta das atas da Corte, na biblioteca do Palácio da Paz.

Epiácio chega à Haia com grande experiência profissional (já havia passado por cargos nos três Poderes da República e exercera postos importantes no exterior), enorme sensibilidade internacional (era um viajante contumaz e um entusiasta do direito internacional) e aptidão para o francês, italiano, alemão e inglês. Permanecerá ali até 6 de dezembro de 1930, quando abre mão da sua reeleição em carta dirigida à Liga das Nações. Não julgou apropriado concorrer, uma vez que o Brasil não era mais membro da organização internacional desde 1926, quando viu negado um assento permanente no Conselho da Liga.

Enquanto esteve no Tribunal, Pessoa encontrou tempo e motivação para fazer alguns versos em francês. O homem sisudo que envergava a toga internacional não transparecia o bom-humor dos epigramas ou poemas-piadas que escrevia, criticando, muitas vezes, a monotonia dos longos debates jurídicos ou o rigor do frio holandês.

⁴⁶³ Professor Visitante do Departamento de Direito da Universidade de Turim, Itália. Membro do Executive Council da International Law Association (ILA, Londres, Reino Unido), sócio do Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) e árbitro suplente do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL (Assunção, Paraguai). Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-doutorado em Direito no Instituto Universitário Europeu de Florença (Itália), onde foi Calouste Gulbenkian Fellow. Professor do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e Procurador-Chefe da Força Tarefa do Patrimônio Cultural do Ministério Público de Contas da Paraíba. Foi aluno da Universidade Livre de Berlim (Alemanha), estagiário-visitante do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (Luxemburgo), Consultor Jurídico (Legal Advisor) da Missão da ONU em Timor-Leste (UNOTIL) e Senior Legal Advisor do Programa de Construção de Capacidades em Gestão de Finanças Públicas do Ministério das Finanças de Timor Leste e do Banco Mundial (PFMCBP).

⁴⁶⁴ Professora de Direito Internacional. Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Genebra, Suíça. Ex-Professora Visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Turim, Itália.

O poema-piada é a designação acadêmica de uma manifestação poética curta e cômica, surgida no modernismo brasileiro como reação ao formalismo parnasiano. A ele se dedicaram autores como Oswald de Andrade, Carlos Drummond de Andrade, Manuel Bandeira, Mário Quintana e Paulo Leminski. É nítida a influência modernista no estilo epitaciano. Aliás, Eptácio fora mesmo o Presidente da República quando da Semana de Arte Moderna de 1922. Graça Aranha, um dos baluartes do movimento modernista, tinha sido seu colega de turma na Faculdade de Direito do Recife e Heitor Villa-Lobos chegou a dedicar-lhe alguns concertos⁴⁶⁵.

A seguir, são pinçados alguns dos versos que Pessoa escreveu enquanto juiz internacional na Haia, seguidos da tradução (nossa) para o português. Nos arquivos pessoais de Eptácio, armazenados no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), existem vários outros poemas, de distintos momentos de sua vida - no Parlamento, em casa, quando era mais jovem ou mais velho. Decidimos recuperar esses poemas da Haia não apenas porque mostram um lado pouco explorado da atividade jurisdicional internacional, a poesia feita no calor dos acontecimentos, mas também porque demonstram a abertura do espírito epitaciano à vanguarda literária. Ei-los:

Venez, juges d'autre mer,
A La Haye pendant l'hiver ...
Oh! le superbe tableau!
Succursale du Paradis
Où tout les jours on jouit . . .
De vingt degrés sous zero!

(24/6/927)

*

A Mr. Oda

De vin quarante flacons,
De liqueur trente et demi:
Est-ce que ça nous suffit
Pour faire la digestion
Des discours des deux parties?
(La Haye, 2/ 8/ 927)

Venham, juízes d'além mar,
À Haia, durante o inverno...
Oh! A suprema bancada!
Sucursal do Paraíso
Onde todos os dias desfrutamos...
De vinte graus abaixo de zero!

(24/6/927)

*

Ao Sr. Oda

De vinho quarenta frascos,
De licor trinta e meio:
Isso é suficiente para nós
Fazermos a digestão
Dos discursos das duas partes?
(Haia, 2/8/927)

⁴⁶⁵ Recém empossado presidente, Eptácio foi homenageado com um concerto de Villa Lobos, no Theatro Municipal do Rio de Janeiro, em 30 de julho de 1919. No ano seguinte, em 30 de setembro de 1920, um novo concerto no Municipal, com a presença de Villa Lobos, celebrou a visita de suas Majestades, o Rei Alberto I e a Rainha Elisabeth, Reis dos Belgas, as primeiras “cabeças coroadas” a visitar o país, após convite de Pessoa. Em 1922, último ano do mandato presidencial de Eptácio, Villa Lobos ofereceu-lhe ainda um concerto-homenagem, em 11 de novembro - cf. LACERDA, Mathews Medeiros. *Villa-Lobos e Eptácio Pessoa, unidos pela Arte e pela História*. In: Academia.edu (<https://bit.ly/3bZOdF3>).

*
Perdons l'espoir, perdons!
Il ne finira jamais,
Si dans la bouche on ne met
Pas de fromage un bouchon...

Entre Genève et Culoz
On a détruit la voie...
Pour empêcher, ça se voit,
Le passage de Logoz...

Oh! le bon peuple helvétique
Que Dieu veuille le bénir!
Notre Cour pourra dormir
Sans besoin de narcotique...

(Le 5 août 929)

*
- Vite! Aux armes, citoyens,
Si l'on ne veut pas mourir...
Car Logoz a pris le train...
Car Logoz va revenir.

(1930)

*

*
Percamos a esperança, percamos!
Ele não acabará jamais,
Se na sua boca não metermos
Não um queijo, mas uma rolha...

Entre Genebra e Culoz
Destruímos o caminho...
Para impedir, isso se vê,
A passagem de Logoz...

Oh! O bom povo suíço
Que Deus o abençoe!
Nossa Corte poderá dormir
Sem precisar de narcóticos...

(5 de agosto de 929)

*
- Rápido! Às armas, cidadãos,
Se não queremos morrer...
Porque Logoz pegou o trem...
Porque Logoz vai voltar.

(1930)

*

Antes desses poemas-piadas, Eitácio Pessoa já havia flertado com certa vanguarda literária, num escrito para o álbum da menina Elza Barroso Fernandes, depois senhora Barroso Murinho, em 1903. Ali, ele antecipa, em algumas décadas, as experiências verbo-visuais da poesia concreta, ao estruturar graficamente os seus versos em uma silhueta de cruz (como Antunes Varela também o fizera no poema “A Cruz”):

Linda florinha,
Fresca e viçosa,
És branca e rubra,
És lírio e rosa.
Não sei, decerto,
Em que jardim
Outra se encontre

Tão linda assim.
Tens a graça, a meiguice, o doce encanto
Dos loiros anjos que pintou Murilo.
Há não sei que de angélico e santo
No teu rostinho límpido e tranquilo.

Quando te vejo
Leve, traquinas,
Nas duas faces
Duas boninas,
Correr travêssa
Pelo jardim,
C'o a graça insonte
D'um querubim
As borboletas,
Voando asinha,
Fugindo à sua
Loira irmãzinha;
E as flôres cheias
D'inveja e ciúme
Da tua graça,
Do teu perfume;
Por esta cruz eu te juro,
Meu anjinho meigo e puro,
que a suma dos meus desejos
É estalar-te, ruidosa,
Na rubra face mimosa
Uma cascata de beijos.

Epitácio Pessoa

Segundo sua principal biógrafa, Laurita Pessoa Raja Gabaglia, Epitácio era um “fino, sensível e incansável apreciador de versos. (...) Dizia-os frequentemente, por brincadeira, no correr da palestra, a propósito de alguma pequena circunstância, gesto ou palavra.” A Escola do Recife, como era chamado o rico ambiente cultural da tradicional Faculdade de Direito pernambucana, tivera grande influência nisso, ao difundir larga cultura literária entre seus estudantes e professores - conclui Gabaglia⁴⁶⁶. Bem humorado e bom frasista, não seria nenhuma surpresa descobrir em Pessoa um leitor de Gregório de Matos Guerra, o “Boca do Inferno”, advogado e poeta barroco do Brasil Colônia, expoente da poesia satírica tropical.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ GABAGLIA, Laurita Pessoa Raja. *Epitácio Pessoa*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1951, p. 263 e ss.

⁴⁶⁷ Eis um exemplo do estilo satírico de Gregório de Matos, em “Resposta a um amigo com novidades de Lisboa”, de 1658:

*França está mui doente das ilhargas,
Inglaterra tem dores de cabeça;
Purga-se Holanda, e temo lhe aconteça
Ficar debilitada com descargas.*

*Alemanha lhe aplica ervas amargas,
Botões de fogo com que convalesça;
Espanha não lhe dá que este mal cresça;
Portugal tem saúde e forças largas.*

Morre Constantinopla, está unguida;

O diálogo entre a literatura em geral e o direito internacional em particular não é fenômeno recente ou singular⁴⁶⁸. O conciliábulo mais específico entre a poesia e o direito internacional não é sequer um acontecimento jovem ou muito menos uma invenção de Epitácio Pessoa. Muito antes dele, o consagrado internacionalista holandês Hugo Grotius, um dos *Founding Fathers* do Direito Internacional, foi outro que, surpreendentemente, também se dedicou à poesia⁴⁶⁹. Nem Pessoa nem Grotius, porém, têm seus nomes associados habitualmente à literatura poética.

Grotius começou a escrever poesia ainda muito, muito jovem, antes mesmo dos doze anos de idade. É autor de uma vasta obra poética, que cobre vários gêneros de poesia, publicada, pela primeira vez, em 1617, sob o título de “*Poemata Collecta*”.⁴⁷⁰ A extensa poesia grotiana (religiosa, heróica, quotidiana, erótica, didática, humorística, dramática etc.)⁴⁷¹, ainda hoje, porém, aguarda uma tradução em português.

Curiosamente, a história de Hugo Grotius entrecruza-se em vários momentos com a história do Nordeste holandês, a possessão que a Companhia Neerlandesa das Índias Ocidentais (WIC) estabeleceu entre 1630 e 1654 no Brasil, e que corresponderia, hoje, a um grande território que iria do Maranhão a Sergipe, com capital no Recife.⁴⁷² Conselheiro jurídico formal ou informal do governo holandês em muitas questões, Grotius foi um dos formadores da WIC. Na correspondência trocada com seus diversos interlocutores ao longo da vida, há inúmeras referências a Johan Maurits van Nassau-Siegen, o governador da província da Nova Holanda (*Nieuw Holland*), com comentários e conselhos a respeito de suas decisões.⁴⁷³ O historiador e diplomata Evaldo Cabral de Mello, ademais, conta mesmo que, em 1636, Pieter de Groot, um dos filhos de Grotius,

*Veneza engorda e toma forças добres;
Roma está bem, e toda a Igreja boa.*

*Europa anda de humores mal regida;
Na América arribaram muitos pobres:
estas as novas são que há de Lisboa.*

⁴⁶⁸ KRIVENKO, Ekaterina Yahyaoui. International law, literature and interdisciplinarity. *Law and Humanities*. v. 9, n. 1, p. 103-122, 2015. TANG, Chenxi. *Imagining World Order: Literature and International Law in Early Modern Europe, 1500–1800*. Ithaca: Cornell University Press, 2018. WARREN, Christopher N. *Literature and the Law of Nations, 1580-1680*. Oxford: OUP, 2015. Nos últimos dois anos, um grupo heterogêneo de professores tem-se reunido para estudar as imbricações entre literatura e Direito Internacional. A conversa começou em torno de um workshop na Nova York University, em dezembro de 2018, e prosseguiu em um outro evento na London School of Economics, em julho de 2019. Aguarda-se para breve um terceiro evento no Columbia Global Center, em Nairobi, Quênia.

⁴⁶⁹ BODKIN, E. H.; GROTIUS, Hugo. The Minor Poetry of Hugo Grotius. In: *Transactions of the Grotius Society*, v. 13 (Problems of Peace and War). Cambridge: Cambridge University Press, 1927, p. 95-128. KLUGE, Otto. Die Dichtung des Hugo Grotius im Rahmen der neulateinischen Kunstpoesie. *Mnemosyne*. v. 6, n. 1, 1938, p. 1-82. HOOIJDONK, Eva van. News, Propaganda and Poetry. Language and Imagery in Hugo Grotius's Maurice Epigrams. In: DENEIRE, Tom B. *Dynamics of Neo-Latin and the Vernacular*. Leiden: Brill, 2014, p. 132–159

⁴⁷⁰ BODKIN, E. H.; GROTIUS, Hugo. The Minor Poetry of Hugo Grotius. In: *Transactions of the Grotius Society*, v. 13 (Problems of Peace and War). Cambridge: Cambridge University Press, 1927, p. 95-128.

⁴⁷¹ KLUGE, Otto. Die Dichtung des Hugo Grotius im Rahmen der neulateinischen Kunstpoesie. *Mnemosyne*. v. 6, n. 1, 1938, p. 1-82. HOOIJDONK, Eva van. News, Propaganda and Poetry. Language and Imagery in Hugo Grotius's Maurice Epigrams. In: DENEIRE, Tom B. *Dynamics of Neo-Latin and the Vernacular*. Leiden: Brill, 2014, p. 132–159

⁴⁷² MELLO, Evaldo Cabral de. *O Brasil Holandês*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. MELLO, Evaldo Cabral de. *Nassau: Governador do Brasil Holandês*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

⁴⁷³ *Briefwisseling van Hugo Grotius*, disponível em <https://www.dbnl.org/>. ITTERSUM, Martine Julia van. The long goodbye: Hugo Grotius' justification of Dutch expansion overseas, 1615–1645. *History of European Ideas*. n. 4. v. 36, 2010, p. 386-411.

por muito pouco não acompanhou Nassau em sua comitiva para Pernambuco, como advogado da Companhia das Índias.⁴⁷⁴

O dinheiro e o prestígio que adquiriu graças à sua administração no Brasil permitiram que João Maurício de Nassau-Siegen construísse uma suntuosa casa no centro de Haia, a *Mauritshuis*, hoje convertida em um dos principais museus europeus e não muito distante da sede do *Peace Palace*, a sede da Corte Internacional de Justiça onde atuou Epitácio Pessoa.

Liberalismo, legalidade e paz constituíam a base dos ideários internacionalistas de Grotius e Pessoa, ambos influenciados pelas guerras e pelos tratados de paz que acompanharam de perto - a Guerra dos Trinta Anos (1616-1648) e os Tratados de Paz de Westphalia (1648), para o primeiro, e a Grande Guerra (1914-1918) e o Tratado de Versalhes (1919), para o segundo. Dada essa circunstância, vale a pena reproduzir, pela primeira vez, para o leitor lusófono, o poema-prece “À Paz”, de Hugo Grotius, escrito em janeiro de 1608, e gentilmente traduzido pelo eminente Prof. Dr. Milton Marques Júnior⁴⁷⁵:

AD PACEM⁴⁷⁶

Mitis filia maximi parentis,
Cuius iam Batavi cruenta septem
Per quinquennia nesciere nomen,
Da nobis veniam, quod ille alumnus
Bellorum populus, sati sub armis 5
Et quorum clypei fuere cunae,
Externis toties dolis petiti,
Quorum non meminisse tam suave est,
Quantum obliviam sunt periculosa,
Securique diu timore solo, 10
Quam mens tota cupit petitque, nondum
Audemus tamen invocare Pacem.
At tu semina disparata mundi
Certo foedere quae vetas perire,
Belgis redde fidem, soloque fruges 15
Cives moenibus amnibusque merces:
Aut nondum bona tanta si meremur,
Illos vincere da benigna, bello⁴⁷⁷
Qui belli sibi quaesiere finem;
Illos da Dea pessime perire, 20
Qui per foedera quaesiere bellum.

⁴⁷⁴ MELLO, Evaldo Cabral de. *Nassau: Governador do Brasil Holandês*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 234. ITTERSUM, Martine Julia van. The long goodbye: Hugo Grotius' justification of Dutch expansion overseas, 1615–1645. *History of European Ideas*. n. 4. v. 36, 2010, p. 386-411.

⁴⁷⁵ A tradução realizada pelo Prof. Milton Marques, uma das maiores referências em línguas e literaturas clássicas no Brasil, partiu do cotejo dos manuscritos grotianos (em latim) disponíveis na *Briefwisseling van Hugo Grotius* (<https://www.dbnl.org/>) e aquele publicado em EYFFINGER, Arthur. *Outlines of Hugo Grotius' Poetry*. *Grotiana*, v. 3, p. 72-75.

⁴⁷⁶ Um dos manuscritos de Grotius para este poema, em latim, assim como uma versão em inglês, estão em EYFFINGER, Arthur. *Outlines of Hugo Grotius' Poetry*. *Grotiana*, v. 3, p. 72-75.

⁴⁷⁷ Explica-nos Milton Marques Júnior que deveria haver um paralelismo entre os versos 18 e 20. A rigor, ou, nos dois versos, os termos devem ser *benigna* e *pessima* ou os dois são *benigne* e *pessime*. A caligrafia de Grotius, nos seus manuscritos, não é clara. Preferimos deixar a transcrição conforme assentada em EYFFINGER, Arthur. *Outlines of Hugo Grotius' Poetry*. *Grotiana*, v. 3, p. 72-75.

À PAZ⁴⁷⁸

Terna filha do máximo pai⁴⁷⁹,
Cujo nome já os Batavos ignoraram
Por sete cruentos quinquênios,
Perdoai-nos, pois aquele povo,
Nutrido de guerras, engendrados sob armas 5
E dos quais os escudos foram berços,
Atingidos tantas vezes por dolos externos,
Dos quais não ter lembrado é tão suave,
Quanto são perigosos os esquecimentos,⁴⁸⁰
E, por muito tempo, seguros só pelo temor, 10
Ó Paz, que, embora a toda a mente deseje
E busque alcançar, ainda não ousamos invocar.
Mas tu que as sementes dispersas do mundo
Por pacto certo proíbes perecer,
Devolve a confiança aos Belgas, e ao solo os frutos 15
Os cidadãos às cidades e as mercadorias aos rios:
Ou se ainda não merecemos tantas coisas boas,
Concede aqueles vencer de modo benigno,
Os que, para si, buscaram pela guerra o fim da guerra;
Concede, Deusa, aqueles perecer da pior maneira, 20
Os que, por alianças, buscaram a guerra.⁴⁸¹

(Hugo Grotius, 1608, trad. de Milton Marques Júnior)

Há pouco mais de duzentos anos, um dos famosos irmãos Grimm, o jurista Jacob Grimm, assinalou que direito e poesia haviam nascido do mesmo leito, o leito da cultura, pródigo em criatividade, singularidade, performance e sentimento⁴⁸². Epitácio Pessoa - tanto quanto Hugo Grotius - apenas incorporou e seguiu, inconscientemente, essa tradição humanística. Hoje, relembrar a sua poesia e uma certa “*full-blooded biographical tradition in international law*” é também lançar luzes sobre os modos de compreender a lei e a justiça dos juristas, e entender porque, na mitologia grega, a Musa da Poesia é uma das filhas de Mnemosine (a Memória) e Zeus (o Poder). “*Nullum ius sine aesthetica*”.

Se, de um lado, o Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. compreendia que “*Law is not the place for the artist or the poet*”, havia, por outro lado, um Victor Hugo, para

⁴⁷⁸ Nota do tradutor: A deusa da Paz foi uma divindade venerada apenas em Roma. Augusto ergueu-lhe um templo no Campo de Marte, em 13 a. C., posteriormente, Vespasiano e seu filho Domiciano construíram o Forum da Paz, logo após o Forum de Nerva, cujas ruínas ainda podem ser vistas hoje. Não há uma genealogia para esta deusa, ligando-a a Júpiter.

⁴⁷⁹ Nota do tradutor: Muito provavelmente, uma referência a Júpiter, que foi consagrado como *Juppiter Optimus Maximus*, em Roma, e cujo templo foi erigido no Capitólio. Quem visita o Museu do Capitólio ainda vê ruínas desse templo.

⁴⁸⁰ Nota do tradutor: O substantivo aqui pode ficar no singular – o esquecimento – por se tratar de um plural neutro, utilizado como recurso estilístico.

⁴⁸¹ Nota do tradutor: Há um paralelismo entre os versos 18 e 20, em que a pessoa que dirige a prece à Paz deseja a vitória dos que buscaram a guerra como um modo de pôr um fim nela, daí o pedido de vencer de modo benigno, e a morte, a pior possível, aos que buscaram a guerra por alianças: Quem buscou a guerra para o fim da guerra, concede a estes vencer do modo benigno. Quem buscou a guerra por alianças, concede a estes perecer da pior maneira possível.

⁴⁸² GRIMM, Jacob. Von der Poesie im Recht. *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft*. n. 2, p. 25-99, 1816.

quem “*mettre tout en équilibre, c'est bien; mettre tout en harmonie, c'est mieux. Au-dessus de la balance il y a la lyre*” (Quatre-vingt-treize, 1874). É essa mesma lira poética de Pessoa como Epitácio, Fernando ou Grotius de que se vale também o magistrado e poeta Paulo Ferreira da Cunha:

CONFISSÃO

Não sei se entenderam já
que eu quero é penumbra e paz
Mas sorte mui vil e má
Não larga cá o rapaz.

Batem notícias à porta
De loucuras e abismos
Que na alma racham sismos
E deixam a vida torta.

Eu qu' aos meus livros queria
continuar a 'screver
E tenho tanto p'ra ler

Lá vou logo em correria
Porque o Mundo está 'arder
Outra sina bem eu qu'ria.



Um registro afetivo: 15 de outubro de 2016, Dia dos Professores, almoço na Praia do Cabo Branco, em João Pessoa (PB, Brasil), logo após uma conferência na Universidade Federal da Paraíba. Da esquerda para a direita: Prof. João Maurício Adeodato (UFPE), Prof. Paulo Ferreira da Cunha, Livia Azevedo (DATAB/UFPB), Prof. Leonardo Martins (UFRN), Ana Luíza Romão (DATAB/UFPB), Antônio Trigueiro (DATAB/UFPB), Profa. Maria das Neves Franca, Marcelo Franca (atrás, mais alto), Profa. Alessandra Franca (UFPB), Théo Franca (a criança), Prof. Marcílio Franca (UFPB), Prof. Gustavo Mônaco (USP) e Prof. Pedro Parini (UFPE).

Colegas em Coimbra - Que perquire a liberdade e a solidariedade...

Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias⁴⁸³

Quando nos conhecemos, na Faculdade de Direito de Coimbra, no primeiro ano (janeiro 1979), logo senti que estava perante um jovem de trato elegante, educado e bem falante (já um filósofo, livre no pensamento, que cativava nas conversas que desenvolvia), que ao mesmo tempo não conseguia esconder a sua veia poética.



E, à medida que os cinco anos foram passando, a nossa amizade foi-se consolidando, tendo eu mantido a recordação de ter sido sempre agradável conversar com o Paulo Cunha, mesmo que os nossos encontros na Faculdade nem sempre fossem diários.

Já no tempo da Faculdade se adivinhava que havia uma maior inclinação do Paulo Cunha para, concluída a licenciatura, seguir a carreira universitária, e, na minha perspectiva, na área filosófica.

⁴⁸³. Juíza desembargadora, licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Porto da Universidade Católica. Foi docente do CEJ e publicou em autoria e coautoria monografias e vários artigos em revistas da especialidade. Interveio como conferencista em diversos eventos na área do direito.

Não me enganei, tendo confirmado que o seu saber foi sempre plural, não se limitando a uma área restrita, como se pode ver por toda a sua extensa obra publicada e pelas inúmeras intervenções que tem feito e conferências que tem dado, a nível nacional e internacional, nas mais variadas escolas do saber, faculdades e universidades, sendo o seu mérito por todo o lado reconhecido.

Entretanto, acabado o curso de Direito, cada um de nós seguiu o seu rumo e, de vez em quando, lá nos encontrávamos, ora no comboio (alfa Porto-Lisboa ou vice-versa, às vezes apenas nos momentos da saída ou a cruzar, um a entrar e o outro a sair), ora em alguma conferência, para além de eu ter a sorte e o prazer de ir recebendo algumas publicações que o Paulo Ferreira da Cunha me oferecia, quando escrevia mais direcionado para a área do Direito Penal, que ele bem sabia eu preferir e me dedicar nos últimos anos.

Sempre o Homem Livre, Independente e Solidário que foi crescendo e evoluindo, com o tempo a avançar.

E, foram genuínos e amigos (como se regressássemos aos tempos da Faculdade) os nossos reencontros, mesmo quando aconteciam por poucos minutos, na correria que a vida nos obrigava a levar, cada um na sua profissão.

Outros tempos entretanto nos surpreenderam, agora, nos primeiros meses do ano 2020.

Sim, essa é a razão porque digo na “correria que a vida nos obrigava a levar”; é que comecei a escrever este texto quando, pela primeira vez da nossa existência, passamos a viver de forma completamente diferente, em virtude da declaração do “*estado de emergência*” (Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março)⁴⁸⁴, entretanto renovada duas vezes, com conseqüente recolhimento/isolamento, por causa da situação epidemiológica provocada pela doença COVID-19, pandemia internacional, reconhecida pela OMS em 11.03.2020, que constitui uma situação de calamidade pública, exigindo um combate com excepcionais medidas de suspensão de alguns dos direitos, liberdades e garantias, para prevenir e conter a transmissão do vírus (SARS-CoV-2)⁴⁸⁵ e a expansão da doença.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Anteriormente, ainda no nosso tempo, só na sequência do 25 de Novembro de 1975 é que, por Decreto da Presidência da República n.º 670-A/75, de 25 de Novembro, foi declarado “o estado de sítio na área da região militar de Lisboa, com suspensão parcial das garantias constitucionais, assumindo as autoridades militares a superintendência sobre as autoridades civis e serviços de segurança, nos termos da base XXXI da Lei n.º 2084, de 16 de Agosto de 1956” e, depois levantado em 2 de Dezembro seguinte, por Decreto da Presidência da República n.º 674-B/75, de 2 de Dezembro.

⁴⁸⁵ Aliás, resulta da Posição do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre “Situação de Emergência de Saúde Pública pela Pandemia COVID-19 – Aspetos éticos relevantes”, de 3 de Abril 2020, consultado em 18.04.2020 em https://www.cneecv.pt/admin/files/data/docs/1586007320_pos%20cneecv%20covid19_03_abril_2020.pdf, pelos conhecimentos científicos existentes na altura, que este vírus até seria «desconhecido da espécie humana; ao passar a barreira animal-homem, encontrou o nosso sistema imunitário sem capacidade biológica para uma resposta eficaz (individual e coletiva) e sem que houvesse a possibilidade de o mesmo ser reforçado no imediato por meio de vacinação (vacina inexistente). Além disso, apresentou-se com uma extrema virulência e uma capacidade de transmissão que surpreendeu cientistas e infeciologistas e encontrou os sistemas de saúde desprevenidos e com enormes limitações da amplitude da resposta exigida. A organização e funcionamento das sociedades globalizadas, caracterizadas pela rápida circulação de bens e, sobretudo, pela grande mobilidade das pessoas, contribuiu para a acelerada disseminação da doença em áreas distintas do mundo, sem que houvesse tempo adequado para uma organização apropriada da resposta à pandemia e para uma aprendizagem “em situação” com as experiências de outros países.»

⁴⁸⁶ E, apesar da gravidade da situação, como a evolução foi sendo favorável (demonstrada pelo facto de, entretanto, a curva epidémica estar a descer e por a nível do fator Rt - número médio de contágios por cada infetado - o mesmo estar igualmente a descer), foram as pressões económicas (devido ao estrangulamento em que se estava a cair), um dos principais fatores que levaram à opção de começar um “desconfinamento” faseado e progressivo, ainda que acompanhado com novas regras para controlo da propagação da doença, mas

A esse propósito, como escreveu Paulo Ferreira da Cunha, no seu lúcido texto em 24.03.2020⁴⁸⁷, é preciso “aproveitar a quarentena” (tendo em atenção as 17 lições que nos sugere: “1. Travar a Loucura Global; 2. Repensar a Civilização, com valores; 3. Voltar aos afetos, ainda que longe; 4. Reconhecer a Igualdade entre as Pessoas; 5. Defender o Estado Social; 6. Defender a Constituição; 7. Preservar a Autoridade Democrática; 8. Ser Solidário a todos os níveis; 9. Apoiar os mais Fracos; 10. Entender a Liberdade e a Segurança; 11. Reaprender o Essencial e o Bom Senso; 12. Aproveitar bem o Tempo; 13. Esconjurar os monstros; 14. Fazer o seu Dever, e um Pouco Mais; 15. Não Facilitar, Inventar; 16. Ser Grato e Apoiar (a)os da Linha da Frente; 17. Pensar-se e Agir”) e, como bem conclui, no futuro “A História dirá se fomos capazes de aproveitar o Vírus para melhorar.”

Aproveitando esses ensinamentos, diremos que na sociedade atual vamos ter de estar preparados para continuar a enfrentar imprevistos, que estão constantemente a nos surpreender, transformando a nossa vida: já não são só os ataques terroristas, mas podem ser novos vírus resistentes, que apresentem outras configurações nunca antes estudadas, que exigem que passemos a adequar o nosso quotidiano sem perder a liberdade, prevenindo antecipadamente a possibilidade de se repetirem esse tipo de cenários, porque não vão ser únicos, outros (ou diferentes vagas) virão...e, teremos de saber conviver com essas novas realidades, sem parar a vida e o mundo, sob pena de mergulharmos bem fundo, acabando por afundar (de um modo ou de outro)!

Terão de ser encontradas diferentes formas de reação, que tragam segurança, confiança e proteção aos cidadãos (particularmente, pelas consequências mais agressivas do vírus, aos mais vulneráveis, nomeadamente, em razão da idade, doença ou qualquer outra circunstância/caraterística⁴⁸⁸ que os fragilize) e, ao mesmo tempo, assegurem

continuando - ainda que agora apenas sustentado por uma declaração de situação de calamidade pelo Conselho de Ministros (Resolução do CM n.º 33-A/2020, de 30 de abril, que se apoia na Lei de Bases da Proteção Civil e na Lei de Bases da Saúde e, portanto, já sem guarida no art. 19.º da CRP), sujeita a prorrogação ou modificação consoante a evolução da própria situação epidemiológica - o confinamento obrigatório para as pessoas doentes e em vigilância ativa, apelando-se ao cumprimento do “dever cívico” de recolhimento domiciliário, dando-se primazia às atividades, decisões e deslocações que não impliquem um contato social alargado, mantendo-se (sempre que as funções em causa o permitam) o regime de teletrabalho e, em resumo, permitindo o funcionamento dos diversos setores da economia e demais serviços de forma gradual e com os condicionalismos indicados na legislação (ver, ainda, Resolução do Conselho de Ministros n.º 33-C/2020, de 30 de abril e DL n.º 20/2000, de 1 de maio).

⁴⁸⁷ PAULO FERREIRA DA CUNHA, “COVID-19: Estaremos num filme de ficção científica? Não. E não podemos ser espetadores pasmados. Dizia Chesterton: *estudar hidráulica enquanto Roma arde.*”, publicado na Almedina Net (que foi consultado no dia 24.03.2020 em <https://observatorio.almedina.net/index.php/2020/03/24/licoes-do-abismo-pequeno-guia-para-uma-crise-pandemica/>).

⁴⁸⁸ Como sucede, por exemplo, com a população prisional, nomeadamente, com os presos preventivos, assinalando PEDRO SOARES ALBERGARIA, “Nótula sobre o âmbito objectivo e subjectivo da obrigação de reexame dos pressupostos da prisão preventiva na L 9/2020, de 10 de Abril”, *Julgar online*, abril 2020, p. 6, que a redação do art. 7.º/2 (considerando o “quadro da crise epidémica que está na raiz de todo o diploma”, acaba por significar que o legislador pretende “desincentivar *especialmente* a aplicação da prisão preventiva, para lá do que sucede em tempos de normalidade sanitária. É um aspecto que o juiz não poderá deixar de ter em conta ao ponderar a manutenção, ou não, daquela medida de coacção com base neste diploma – dele demandando um especial esforço de fundamentação da decisão que mantenha a prisão preventiva.” Também NUNO BRANDÃO, “A libertação de reclusos em tempos de COVID-19. Um primeiro olhar sobre a Lei n.º 9/2020, de 10/4”, *Julgar online*, abril 2020, p. 16, conclui que apesar desta iniciativa legislativa “dever ser louvada”, não deixa de “suscitar reservas”, pois se é certo que “a solução da libertação temporária, através de uma licença de saída extraordinária que implica uma obrigação de permanência na habitação, se afigura adequada a responder ao risco da pandemia e acautela suficientemente as finalidades da punição, o mesmo já não se poderá dizer do perdão instituído no art. 2.º, por nele se ter ido muito para além do que seria necessário para proteger a vida e a saúde dos reclusos dele beneficiários, com sacrifício das finalidades da punição por eles sofrida. Como há muito preveniu Figueiredo Dias, o exercício do direito de graça está longe de constituir uma forma desejável e legítima de reduzir a população prisional.” Ver, também, as críticas de MARIA

igualmente todos os valores e direitos humanos fundamentais, a vivência com dignidade, sem medos, em Estados de direito democráticos, onde sempre terá de ser respeitada a igualdade, sem qualquer tipo de discriminação ou violência, seja de que gênero for.

Tudo isso exige uma boa governação e, simultaneamente, a cooperação entre os diferentes Estados, organizações e instituições, designadamente a nível europeu e internacional, nesta luta mundial, que se quer uníssona e coordenada, contra todo o tipo de “pandemias” que afetem a vida humana.

A nível mundial, ao longo dos tempos, sempre foram surgindo várias ameaças graves (v.g. tuberculose multiresistente, SRAS, gripe aviária) que foram colocando em causa a saúde⁴⁸⁹ de cada um e a de todos, ameaças essas que também são uma consequência negativa da globalização, que têm reflexos individuais e coletivos: - por um lado, a nível do direito fundamental (direito social) à saúde de que cada pessoa goza e que se relaciona com uma série de outros direitos fundamentais individuais (v.g. direito à vida, direito à integridade física, direito à liberdade, direito à autodeterminação e autonomia pessoal); - e, por outro lado, a nível da saúde pública, o que compreende o dever de proteger a saúde de todas as pessoas (combatendo situações que criem riscos ou mesmo danos para a saúde de terceiros) e garantir a segurança dos cidadãos, e, portanto, da sociedade.

A ambição da “saúde pública” é alcançar o mais elevado nível de proteção da saúde de cada pessoa e, ao mesmo tempo, da população, assim também contribuindo para a segurança de todos e, portanto, da sociedade.

Ou seja, se por um lado o Estado tem a obrigação de criar as condições necessárias para garantir o acesso à saúde (cuidados de saúde preventiva, curativa e paliativa) de qualquer pessoa, por outro lado, tem o dever de proteger todos os cidadãos de situações que possam prejudicar (por criarem riscos, colocarem em perigo ou por causarem danos) a sua saúde.

Mas, se igualmente cada pessoa tem o *direito* à proteção da saúde também tem o *dever* de a defender e promover (art. 64.º, n.º 1, da CRP), o que significa que, na sua liberdade de determinação, tem de agir com responsabilidade, de modo a não colocar em risco a saúde dos outros.

Assim, o direito individual à saúde é limitado quando colide com um direito idêntico de outra pessoa.

Mesmo os direitos fundamentais inerentes a cada pessoa não são direitos absolutos; qualquer limitação ou restrição não pode atingir aquele “conteúdo mínimo” do direito fundamental que esteja em causa (art. 18.º da CRP).

Agora, se pensarmos nos *comportamentos de risco* (que variam, nomeadamente, no que aqui interessa consoante o tipo de doença contagiosa em causa e, do seu modo de transmissão, uma vez que tanto pode atingir um número indeterminado de pessoas, como apenas algumas pessoas), o que se torna preocupante é quando podem envolver consequências negativas graves na saúde de terceiros e, quando se propagam facilmente pela população/comunidade.

E, nesse aspeto, cremos que a prevenção assume um papel primordial, importando acautelar, em nome da saúde pública, situações em que haja grave, concreto e imediato perigo de contágio.

FERNANDA PALMA, «Comentários de emergência» à lei do perdão das penas», que foi consultado ainda em 18.04.2020, em <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/10/artigos/>.

⁴⁸⁹ “Saúde” aqui definida, no seu sentido mais amplo, de acordo com o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 22.07.1946, como “*um estado de completo bem-estar físico, mental e social.*”

Uma das questões que se coloca perante determinadas doenças contagiosas é saber até que ponto razões de saúde pública podem justificar uma restrição ou então uma limitação de direitos individuais de quem é portador desse tipo de doenças.

Claro que, genericamente o direito à saúde de cada um deve ser perspetivado de forma ampla, abrangendo também a recusa de ser submetido a tratamento. Mas, mesmo que se aceite que a recusa de tratamento até se pode revelar «injustificada ou irracional, porque claramente prejudicial para o paciente», como diz Manuel da Costa Andrade⁴⁹⁰, ainda que lhe assista «Como Giensen acentua, (...) “o direito de tomar decisões erradas ou irracionais segundo os padrões médicos ou os do público em geral⁴⁹¹ (...)”», o certo é que a liberdade de recusar tratamento não pode ser ilimitada.

Diremos que o limite situa-se, precisamente, quando o exercício daquela liberdade colide desde logo com direitos de terceiros.

A questão está, por isso, em saber se é ou não lícita a imposição de um tratamento (v.g. internamento) em nome de interesses sociais que derivam da necessidade de preservar e defender a saúde pública.

Ora, se é certo que quando *não há risco* de transmissão da doença a liberdade de recusar tratamento pode chegar a não ter limites (desde que o portador da doença contagiosa não recorra a serviços públicos ou até privados)⁴⁹² se não afetar terceiros, o mesmo já não se passa quando, *existindo o perigo de contágio* de transmissão da doença, essa recusa vai prejudicar de forma grave a saúde de outras pessoas.

E, aqui, para além da responsabilidade criminal em que pode incorrer quem recusa o tratamento (desde logo o crime de propagação de doença previsto no art.283.º do CP) é que também entra a problemática do tratamento coativo, v.g. do “internamento compulsivo”, importando saber se o procedimento a seguir será através de uma medida administrativa, isto é, com uma medida de segurança não penal ou antes, por envolver (de alguma forma) uma privação da liberdade do seu destinatário (portador de doença contagiosa), exige já a intervenção de um juiz.

O internamento coativo, entre nós, em regra exige a intervenção do juiz, enquanto garante dos direitos fundamentais das pessoas, podendo sustentar-se que, neste caso do portador de doença contagiosa existe uma colisão/conflito de interesses: - por um lado o interesse coletivo de defesa da saúde pública (por haver um grave, concreto e imediato

⁴⁹⁰ MANUEL DA COSTA ANDRADE, em anotação ao art. 156.º, p. 385, in AAVV, *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial* (dir. Jorge de Figueiredo Dias), tomo I, Coimbra Editora, 1999. Acrescenta Manuel da Costa Andrade que “a recusa do tratamento não está limitada pela cláusula dos bons costumes, nem por qualquer sucedâneo que apele v.g., para a razão ou aprovação moral.” Depois (*ob. cit.*, p. 386), citando Hirsch, refere: «“Em caso de vontade contrária do paciente, extingue-se, sem mais, o dever de garante do médico. Não há nenhuma possibilidade de cura coerciva. O dever de tratamento do médico deixa de subsistir quando, por decisão livre, o doente recusa”. E ainda: “Resulta assim líquido não ser punível o médico que respeita a vontade de um paciente atingido por doença incurável e que, de forma livre e séria, recusa uma operação que lhe poderia prolongar a vida por alguns meses. Acresce que, *o desrespeito da vontade do paciente configura um tratamento arbitrário*, suscitando-se deste modo o problema da punibilidade do médico, no quadro das possibilidades oferecidas pelo direito vigente” (Lackner – FS 1987 600 s.)».

⁴⁹¹ Acrescenta o mesmo Autor que “O médico tem, em qualquer caso, de respeitar uma decisão objetivamente irracional do paciente.”

⁴⁹² Como diz MANUEL DA COSTA ANDRADE, *ob. cit.*, anotação ao art. 156.º, p. 378, citando Beling: “Não será ilícita a operação destinada a salvar a vida do paciente, mesmo que realizada contra a sua vontade expressa, quando sem ela a morte seria inevitável. Pois, à luz do direito vigente, a vontade de morrer é irrelevante para outrem”.

perigo de contágio); - e, por outro lado, o interesse individual da liberdade física do portador da doença contagiosa, liberdade entendida como “liberdade de movimentos”⁴⁹³.

Aliás, o TEDH (prevendo o art. 5.º, al. e, da CEDH, além do mais, a possibilidade de detenção de “pessoa suscetível de propagar uma doença contagiosa”), no Caso Enhorn c. Suécia, Acórdão de 25.01.2005 (com voto de vencido de Irineu Barreto), chamou à atenção que importava verificar se a detenção respeitava o princípio da proporcionalidade e se a detenção não se tornara arbitrária⁴⁹⁴.

De qualquer modo, entre nós não se exigirá a intervenção do tribunal/juiz, em caso de estado de sítio ou estado de emergência, na medida em que sejam suspensos determinados direitos liberdades e garantias nos termos do art. 19.º da CRP.

Mas, importa ter sempre presente que mesmo o estado de sítio e o estado de emergência integram situações excepcionais (temporárias), como decorre do próprio art. 19.º da CRP, sendo essa, também, uma consequência de Estados de direito democráticos,

⁴⁹³ Há uns anos atrás, já havia quem sustentasse, como acontecia com ANDRÉ PEREIRA, “Sobre o Internamento Compulsivo de Portadores de Tuberculose. Anotação do Acórdão da Relação do Porto de 6 de Fevereiro de 2002”, *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 1, 2004, p. 139, que o internamento compulsivo de portador de tuberculose, que recusava ou abandonava o tratamento (tal como fora determinado por Ac. do TRP de 6.02.2002, proc. n.º 635/00 e, mais tarde, no Ac. do TRP de 21.12.2005, proc. n.º 0514697, ambos disponíveis no site do ITIJ, que se basearam na Lei n.º 2036, de 9 de Agosto de 1949, que foi entretanto revogada pelo art. 24.º da Lei n.º 81/2009, de 21 de Agosto), era uma medida de segurança de natureza não penal, cuja fundamentação devia resultar abrangida no art. 27.º, n.º 3, al. h), da CRP, efetuando a correspondente “extensão teleológica”. Acrescentava o mesmo Autor (*ob. cit.*, p. 141) que “o *telos* da norma que admite esse internamento de portadores de anomalia psíquica é o de proteger a saúde e a vida de terceiros face a situações de perigo concreto causadas pelo cidadão doente. Ora, só a possibilidade de internamento do portador de doenças contagiosas, embora não esteja expressamente previsto na letra da lei, permite cabalmente cumprir os fins da dita norma. E dessa forma dar cumprimento ao art. 64.º da CRP segundo o qual “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover.”

Por sua vez, defendia na mesma época SÓNIA FIDALGO, “Internamento compulsivo de doentes com tuberculose”, *Lex Medicinæ*, Ano 1, n.º 2, 2004, p. 102 e ss., que não estava em causa “*verdadeiramente uma violação do princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas (ou restritivas) da liberdade*” (consagrado no art. 27.º da CRP), mas antes, tratava-se de “uma medida que se impõe para defesa de outro bem constitucionalmente protegido: a saúde pública. Uma lei que preveja a possibilidade de internamento compulsivo nestes casos não será verdadeiramente uma lei restritiva do direito à liberdade, sendo sim uma lei harmonizadora de direitos em conflito”, como será hoje em dia o disposto no art. 34.º, n.º 1 e n.º 2, al. b), da Lei n.º 95/2019, de 4.09, quando estabelece que, “para defesa da saúde pública, cabe em especial à autoridade de saúde: Desencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a pessoas que, de outro modo, constituam perigo para a saúde pública.”

⁴⁹⁴ Estava em causa “um indivíduo homossexual que era portador do vírus do HIV e que contaminara o seu parceiro sexual, um jovem de 19 anos de idade. O médico, de acordo com uma lei sueca de 1988, sobre doenças contagiosas, sujeitou o requerente às seguintes instruções escritas e que lhe foram comunicadas oralmente: não pode ter relações sexuais sem informar previamente o seu parceiro que é seropositivo. Deve usar preservativo. Deve abster-se que consumir álcool ao ponto de obscurecer o seu pensamento, fazendo com que terceiros corram o risco de serem contaminados com o HIV. Se o requerente for submetido a um exame, a uma operação, a uma vacina ou análise de sangue, deve informar o pessoal médico do seu estado. Fica também interdito de doar sangue, órgão ou esperma. Deve consultar de novo o seu médico e respeitar os encontros médicos que lhe forem fixados pelo médico que lhe aplicou essas instruções. Porque o requerente deixou de cumprir o que lhe fora determinado, designadamente, deixou de comparecer aos encontros médicos que lhe foram marcados, recusou modificar o comportamento e negou o acompanhamento de um psiquiatra (face à sua tendência de escolher como parceiros gente jovem e ao consumo excessivo de álcool), o médico que lhe aplicou aquelas instruções requereu ao tribunal administrativo que determinasse o seu internamento, em isolamento, no hospital, pelo período mínimo de 3 meses, como determinada a lei sueca. O tribunal decidiu pelo internamento do requerente. O TEDH conclui que houve violação do art. 5 § 1 da Convenção, por as autoridades suecas não terem demonstrado que a medida de internamento fosse proporcional ao caso e que não havia outras medidas alternativas e menos graves do que o internamento para conseguir alcançar os fins em vista. Como a ordem de isolamento foi tomada e mantida durante 8 anos, sendo que o requerente esteve internado durante cerca de um ano e meio, concluíram que as autoridades suecas mostraram que não ponderaram de forma equilibrada a necessidade de evitar a propagação do vírus por um lado e, a privação da liberdade do requerente, por outro.

que igualmente respeitam a divisão de poderes e estão empenhados na construção de sociedades livres, justas e solidárias (arts. 1.º e 2.º da CRP).

As medidas de suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias, que só ocorrem excecionalmente, quando são declarados os estados de sítio ou de emergência (art. 19.º da CRP), como será evidente, não deverão atingir um determinado núcleo de direitos fundamentais (direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroatividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião - elencados no artigo 19.º, n.º 6, da CRP), os quais, por serem “intangíveis” ou “invioláveis”, nunca poderão ser afetados. Aliás, a escolha desses direitos fundamentais intocáveis terá assentado (como se deduz pelo que escrevem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira)⁴⁹⁵ na circunstância de, em princípio, não terem idoneidade suficiente para perturbar “os objetivos do estado de exceção”.

Claro que há sempre quem pretenda fazer leituras que confundem as suspensões e as restrições impostas a determinados direitos, liberdades e garantias com a violação de direitos fundamentais intangíveis: é o que sucede, por exemplo, quando se pretende que, pelo facto de haver uma suspensão do direito de deslocação para determinada cidade (a chamada “cerca sanitária” que se impõe por razões de saúde pública, para impedir a propagação da epidemia) isso constitui uma limitação inadmissível à liberdade de expressão. Na nossa perspetiva, a liberdade de expressão (art. 37.º da CRP) não é limitada pelo facto do jornalista, tal como qualquer pessoa, não poder deslocar-se fisicamente a certo local, v.g. a uma determinada cidade (art. 44.º da CRP) que está sujeita a cerca sanitária; com efeito, a liberdade de expressão sempre pode ser exercida por outros meios que não apenas através do contacto físico, nomeadamente, pode ser exercido por telefone, por videoconferência, por Skype (o que permite o contacto das pessoas que estão dentro e fora do perímetro sanitário), para colher ou levar as informações que entenderem úteis para a publicação da notícia que pretendem oferecer ao público, assim o informando e fazendo o seu trabalho.

Ninguém questionará que o direito de informação faz parte ainda do direito à saúde e também integra o próprio conceito de saúde pública; no entanto, não é pelo facto de serem razões de interesse público (como é a saúde pública) que impedem a deslocação, o contacto físico, quando acontecem essas situações mais drásticas que impõem a “cerca sanitária”, que então se vai considerar que deixa de haver liberdade de expressão, quando até há alternativas para manter o contacto à distância (por meios disponíveis, com recurso à informática), sabendo nós que uma das medidas de combate à propagação do vírus é precisamente o chamado “isolamento social”, que impõe a todos (incluindo aos jornalistas, como a outros trabalhadores⁴⁹⁶) igualmente um determinado distanciamento físico/social.

De igual forma, o direito fundamental à liberdade consagrado no art. 27.º da CRP não deve ser confundido com o direito de deslocação consagrado no referido art. 44.º da CRP.

Vem isto a propósito das imposições do “*confinamento compulsivo no domicílio, em estabelecimento de saúde ou noutra local definido pelas autoridades competentes*”,

⁴⁹⁵ J. J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, artigos 1.º a 107.º*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, pp. 401 e 402.

⁴⁹⁶ O que vem alterar a forma de trabalhar nas sociedades (por exemplo, quando possível, maior recurso ao teletrabalho), inclusivamente, nos tribunais (v.g. para dar cumprimento às regras do distanciamento social, recorrendo mais a videoconferências, espaçando os intervenientes quer dentro, quer fora dos salas de audiência, bem como salvaguardando a saúde de quem ali trabalha e exerce funções, de quem comparece naqueles locais), tudo tendo em vista o cumprimento das regras e planos que tem por fim evitar a expansão e propagação deste novo coronavírus.

do “estabelecimento de cercas sanitárias” ou da “interdição das deslocções e da permanência na via pública que não sejam justificadas” - suportado pelo art. 4.º, al. a), do Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março (Declara o estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública), sendo executado nomeadamente pelos arts. 3.º, 5.º, 6.º e 8.º do Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março (Procede à execução da declaração do estado de emergência efetuada pelo Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março)⁴⁹⁷ - limitações essas que foram concebidas (aparentemente) apenas como suspensões do direito de deslocação (art. 44.º da CRP) e fixação, o que contende, portanto também com a liberdade de circulação (art. 45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), podendo ainda sustentar-se que (ao menos formalmente e noutra visão) não colidem com o direito à liberdade e à segurança consagrados no art. 27.º da CRP.

Noutra perspetiva, tem-se questionado se a lei de emergência, dá ou não cobertura à medida de internamento compulsivo de *pessoa “suspeita”* de ter a COVID-19 (uma vez que, por um lado, essa situação não está expressamente prevista no art. 27.º da CRP, mas, por outro lado, decorre do direito à saúde, consagrado no art. 64.º, da CRP, particularmente, seu n.º 1, que “Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”, resultando da Base 34, n.º 2, al. b)⁴⁹⁸, da Lei de Bases da Saúde, um dever de intervenção da autoridade de saúde, desencadeando o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde, quando houver perigo para a saúde pública, como pode suceder havendo perigo de contágio).

Por exemplo, Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁹⁹, refere que esse caso não é permitido face ao disposto no art. 5.º, n.º 1, da CEDH, pelo que “só podia ser imposta se o Estado derrogar a Convenção nos termos do seu art. 15.º. No entanto alguns Estados impuseram essa medida sem derrogar a Convenção.”

Será então que se impõe (o que tem sido afirmada desde há vários anos por diferentes Autores) as respetivas intervenções legislativas nesta matéria?

É que mesmo para o cidadão comum não faz qualquer sentido permitir que alguém que esteja infetado com doença contagiosa grave, que se propaga facilmente pela comunidade, como sucede agora com a COVID-19 (ou que tenha elevada probabilidade/possibilidade de estar infetado, até pelos sintomas que apresenta, portanto, seja suspeito de a ter), no estado do conhecimento científico atual, se recuse a tratar ou não dê o seu consentimento para o confinamento voluntário durante o período de contágio e, que se diga que não há mecanismo legal ágil para evitar a disseminação da doença e para o sujeitar a tratamento em caso de risco de vida por exemplo ou, consoante as circunstâncias, para o submeter a confinamento, salvo se for declarado o estado de

⁴⁹⁷ Da mesma forma, o art. 4.º, al. a), do Decreto do Presidente da República n.º 17-A/2020, de 2 de abril (Renova a declaração de estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública) e os arts. 3.º, 5.º e 6.º do Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril (Regulamenta a prorrogação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República); e o art. 4.º, al. a), do Decreto do Presidente da República n.º 20-A/2020, de 17 de abril (Procede à segunda renovação da declaração de estado de emergência, com fundamento na verificação de uma situação de calamidade pública) e os arts. 3.º, 5.º, 6.º, 7.º e 12.º do Decreto n.º 2-C/2020, de 17 de abril (Regulamenta a prorrogação do estado de emergência decretado pelo Presidente da República).

⁴⁹⁸ Estabelece a Base 34, n.º 2, al. b), da citada Lei n.º 95/2019, de 4.09, que “Para defesa da saúde pública, cabe, em especial, à autoridade de saúde: Desencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a pessoas que, de outro modo, constituam perigo para a saúde pública”.

⁴⁹⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, entrevista realizada pelo Conselheiro da Corte di Cassazione italiana Roberto Giovanni Conti, e publicada a 15 de abril de 2020, na Revista Digital Giustizia Insieme (<https://www.giustiziainsieme.it/it/>), traduzida e publicada no E-book do Cej sobre o *Estado de Emergência – COVID-19 Implicações na Justiça*, Abril 2020, pp. 45 e 46.

emergência...(seria então caso, no mínimo, de invocar que havia responsabilidade civil do Estado por omissão da devida/obrigatória intervenção legislativa nesta matéria...).

Em contraponto, dir-se-á que a pessoa portadora da doença contagiosa ou suspeita de doença contagiosa que, por exemplo, fora do estado de emergência, ande a disseminar a doença pela comunidade e, vier a ser detida, por se recusar a estar confinada em determinado local adequado durante o período da contaminação, independentemente da eventual responsabilidade criminal que se vier a apurar, ainda assim poderá fazer uso do mecanismo do *habeas corpus*, verificando-se os pressupostos da detenção ilegal (art. 220.º do CPP).

Outras questões importantes que se tem colocado, e que já foram enunciadas pelo CNECV⁵⁰⁰ (quando abordou o problema da “escassez de recursos humanos” a nível dos profissionais de saúde, chamando à atenção para o seu “esgotamento físico e mental”, para a necessidade de promover “condições e apoios que ajudem a minorar a exaustão e a melhorar a capacidade de resposta clínica”) foram “A fadiga por compaixão e a síndrome de *burnout* [que] derivam frequentemente de conflitos éticos que decorrem da prática dos cuidados intensivos, como acontece com as decisões de atribuição do equipamento de ventilação assistida disponível ou de desligar tal equipamento.”

E, a este propósito, várias hipóteses se podem colocar aos médicos (ver sobre essa matéria António Brito Neves⁵⁰¹, nomeadamente, quando equaciona, embora numa perspetiva de não ser de excluir, a idade do paciente infetado como um fator de ponderação para o médico responsável, que tem dois pacientes, um idoso e um jovem, estando em causa as probabilidades de sucesso do tratamento de ventilação, havendo apenas um aparelho, limitando, porém, as circunstâncias em que tal pode suceder e de que forma esse tipo de escolha pode acontecer), sendo importante ajudar a clarificar, com critérios objetivos, compreensíveis, racionais e equilibrados os profissionais responsáveis, para facilitar a tomada da decisão, quando chegar esse momento (para evitar a tomada de decisões precipitadas que, por um lado, não estejam justificadas e, nessa medida, sejam ou se tornem decisões ilícitas e, por outro lado, em caso de colapso do sistema de saúde - até em consequência do desinvestimento dos sucessivos governos - não venham a ser tomadas decisões arbitrárias, nem se venha a cair no chamado “massacre dos velhos”, como alguns chegaram a dizer que tinha sucedido em Itália)⁵⁰².

Por outro lado, também há quem goste sempre de invocar o neoliberalismo (essa visão económica que se tem afirmado nos últimos anos) como meio facilitador para

⁵⁰⁰ Cf. acima citada Posição do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre “Situação de Emergência de Saúde Pública pela Pandemia COVID-19 – Aspetos éticos relevantes”, de 3 de Abril 2020, p. 9.

⁵⁰¹ ANTÓNIO BRITO NEVES, “Pandemia de deveres – Conflito de deveres em tempos de pandemia”, em <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/18/pandemia-de-deveres-conflito-de-deveres-em-tempos-de-pandemia/>, consultado em 19.04.2020, refere que, “Estando as probabilidades de sucesso do tratamento associadas à idade do paciente, como sucede nos casos de COVID-19, pode justificar-se em alguns casos (não em todos, porque não se trata de factor de verificação universal) preterir o paciente mais idoso em favor do mais novo – não, insista-se, porque a vida do idoso valha menos, mas sim porque a diferença de idades se pode traduzir em desproporção significativa nas hipóteses de sucesso (de modo que só terá relevância quando assim seja). Note-se também que este tipo de escolha só faz sentido em panoramas de necessidade extrema, em que o risco tem para ambos os pacientes dimensão significativa. Se, v. g., o paciente jovem tem 100% de hipóteses de sobreviver com tratamento de ventilação, e 90% sem ele, não há razão para impor a preferência por este doente em detrimento do idoso que tem, correspondentemente, 0% e 40% de hipóteses.”

⁵⁰² Aliás, como bem diz MARIA FERNANDA PALMA, “Conflitos Covid-19 e espaço livre da Ética”, em <https://cidpcc.wordpress.com/2020/04/26/conflitos-covid-19-e-espaco-livre-da-etica/>, consultado em 2.05.2020, na 5ª conclusão: “A utilização de critérios eugénicos (idade, deficiência, utilidade social do paciente ou outro semelhante) é discriminatória e, no mínimo, alheia a uma da justificação plena por ausência do elemento subjetivo da causa de justificação do conflito de deveres.”

recorrer à declaração do estado de exceção, neste caso para combater a COVID-19 e, simultaneamente, aliviar igualmente a pandemia económica que contagia o país.

E, de facto, associado à crise epidémica e às razões de saúde pública que é preciso salvaguardar está inelutavelmente a crise económica que aquela gerou, que também foi pandémica e se tornou catastrófica, exigindo medidas protetoras com vista não só ao funcionamento da economia como à sua própria sobrevivência e recuperação.

Neste caso concreto, o estado de emergência decretado pelo Presidente da República, renovado como a melhor forma de prevenir a transmissão do vírus e da própria doença COVID-19, foi o meio encontrado, à semelhança do que aconteceu noutros países (nomeadamente europeus), para cobrir constitucionalmente todas as medidas necessárias para combater esta pandemia a todos os níveis.

Não nos podemos esquecer que, ao menos nestes primeiros meses, estamos perante uma “batalha” universal, desigual, entre por um lado um novo coronavírus invisível e silencioso e, por outro lado, os seres humanos que, em geral, não tem anticorpos, num período em que não existe vacina, nem tratamento seguro comercializado, sendo certo que a doença que provoca, ataca o mundo inteiro, causa milhares de mortes, exige para a sua contenção a alteração repentina do modo de estar em sociedade, em várias vertentes, levando-nos desde logo a equacionar e a rever, em diferentes perspetivas, tudo o que fizemos até agora e, determinando a mudança do nosso comportamento para bem de todos, assim também reforçando a saúde pública, a segurança e a solidariedade.

O período inicial de isolamento social que vivemos deve levar à reflexão e interiorização, que na sociedade em que crescemos até agora, o homem existe não como ser individual, mas como ser social e, portanto, se queremos sobreviver, temos que ser solidários, pensando que quando começar a cair o primeiro, importa evitar a queda dos seguintes: e, é isso, que nos ensina este vírus e subsequente doença se não o conseguirmos vencer a tempo, sendo certo que, para já, os meios mais eficazes, para por fim à transmissão viral, são cumprir as regras sanitárias e de segurança conhecidas, veiculadas pela DGS, designadamente, o distanciamento social, a higiene das mãos, a etiqueta respiratória e o uso de máscaras em locais (v.g. fechados) com várias pessoas (tudo, em suma, manifestações de solidariedade e, ao mesmo tempo, de sobrevivência).

Quem diria que o nosso quotidiano (de cada um e de todos nós em conjunto), quer do ponto de vista individual, quer do ponto de vista social (ou seja, no seio da própria comunidade onde nos inserimos e integramos) iria alterar-se/modificar-se desta forma, de um momento para outro, surpreender-nos, exigindo de imediato de todos que, de forma responsável e bem consciente, colaborássemos de forma ativa e, assim, todos nos tornássemos individualmente responsáveis pela vida uns dos outros, no sentido de contribuirmos para a melhoria das condições de cada um e de todos nós?

Diremos que é a essência da solidariedade, que tem de ser levada a sério e encabeçada por todos e por cada um (mesmo pelos egoístas habituais, indiferentes aos outros, que há sempre em todas as sociedades), se queremos vencer esta luta desigual.

Os atos de isolamento/distanciamento social, são uma das formas úteis de conter o vírus, na falta de outras alternativas mais viáveis: talvez, assim, a humanidade, os seres humanos acordem e vejam que, para sobreviver, necessitam uns dos outros e, portanto, precisam de se libertar desse egoísmo a que se foram habituando e de que se rodearam.

Depois, cada um de nós deve começar a desprender-se de um certo passado (quanto a muitos dos nossos comportamentos e vivências que se alteraram e não podem repetir-se, tendo de ser modificados) e inicie um novo posicionamento, aprendendo a viver com esta nova realidade no quotidiano que nos espera; para além disso, será bom

que se veja esta nova vida que nos é oferecida (para a sobrevivência de todos) como uma forma de exercer a liberdade, com responsabilidade e segurança (tudo de forma equilibrada e harmoniosa, sem despotismos, não permitindo abusos ou avanços para regimes totalitários).

Sim, porque a capacidade de mudança e de renovação, que é inata ao ser humano, permite alterar procedimentos e evoluir também positivamente, na construção de uma sociedade melhor, que a todos e a cada um proteja e assegure pelo menos aquele mínimo necessário de condições para que goze de uma vida digna, saudável, equilibrada e segura, com todas as garantias, liberdades e deveres próprios de um Estado de direito livre e democrático.

Talvez, assim, como diz Paulo Ferreira da Cunha, se venha a confirmar no futuro, que “*fomos capazes de aproveitar o Virus para melhorar.*”

Ainda sobre a capacidade de mudança e de adaptação a novas/diferentes realidades e vivências, característica humana que também favorece a construção de uma sociedade melhor, dou aqui igualmente o exemplo (agora já noutra perspetiva), do Paulo Ferreira da Cunha, desde logo quando, na qualidade de jurista de mérito, em 4.06.2019 foi nomeado Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e ali passou a exercer funções.

À data em que escrevo este texto, olhando para a jurisprudência ligada à área do direito penal, posso citar o Ac. do STJ de 30.12.2019 que relatou, inserido no processo nº 1/16.7P3LSB-H.S1 (publicado no site do ITIJ), onde é reafirmada jurisprudência do nosso mais Alto Tribunal, sobre o mecanismo do *Habeas Corpus*.

Nesse acórdão faz-se (além do mais) a distinção entre o *Habeas Corpus* e o instituto do Recurso, sabido que são meios de reação autónomos e independentes, os quais, podendo ser usados simultânea ou sucessivamente, devem assentar em argumentação distinta, tendo em atenção o âmbito de atuação de cada um deles.

Com efeito, estando os pressupostos do *habeas corpus* em virtude de prisão ilegal previstos no art. 222.º do CPP, é importante saber distingui-lo, por exemplo, do recurso da decisão sobre medidas de coação (art. 219.º do CPP), para se evitar o seu uso indevido, que é uma constante no STJ, como se pode ver pela variada jurisprudência que vai sendo publicada nessa matéria.

No citado Ac. do STJ de 30.12.2019, acompanhando-se outra jurisprudência do nosso mais Alto Tribunal, vem de forma clara novamente chamar-se à atenção, em resumo, que o controlo feito no âmbito do *habeas corpus* é distinto do que seria feito em sede de recurso e que não se substitui, nem pode substituir-se aos recursos⁵⁰³, “designadamente não se imiscuindo nas questões da prova”.

Em síntese, para contribuir para delinear uma fronteira mais nítida entre os dois referidos meios de reação (por um lado o *habeas corpus* previsto no art. 222.º do CPP e, por outro lado, o recurso previsto quer nos arts. 219.º e 399.º CPP), diremos que, convém ter presente, como estabelece o art. 31.º, n.º 1, da CRP, que “Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente”, tendo esta providência (que inclusivamente pode ser interposta por qualquer cidadão no gozo dos seus direitos políticos - art. 31.º, n.º 2 da CRP), apenas por finalidade libertar quem está preso ou detido ilegalmente e, por isso, é uma medida excecional e muito célere e, por sua vez, o recurso ordinário (tal como refere FÁBIO

⁵⁰³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, Editorial Verbo, 1993, p. 260, também esclarece que o *habeas corpus* “não é um recurso, é uma providência extraordinária com a natureza de acção autónoma com fim cautelar, destinada a pôr termo em muito curto espaço de tempo a uma situação de ilegal privação de liberdade”.

GULPILHARES⁵⁰⁴, 2019, p. 545) “é o meio processual mais indicado para o arguido motivar as razões da discórdia quanto à aplicação de determinada medida de coação, demonstrar a violação dos requisitos estruturantes daquelas, assim como o esbatimento das exigências cautelares. Em suma, sempre que a matéria de facto não se encontre estabilizada, havendo aspetos controvertidos a necessitar de uma reapreciação judicial e de um juízo de ponderação por parte do tribunal, nunca se poderá concluir pela ilegalidade da prisão, mas sim, pela *prisão injustificada*, campo de atuação por excelência do recurso ordinário enquanto *meio de impugnação*.”

Portanto, quem faz uso destes dois meios de reação deve conhecer o seu âmbito e as respetivas fronteiras, sob pena de os poder votar a eventual insucesso, o que significa que deve saber quais os fundamentos a invocar em cada um deles, ou mesmo quando utiliza ambos em simultâneo ou sucessivamente, sendo certo que, de todo o modo, no caso do art. 219.º, n.º 2, do CPP, não existe qualquer relação de litispendência ou de caso julgado.

Sendo hora de terminar... não posso deixar de lembrar que, em várias vertentes da liberdade e, sempre marcado pela solidariedade, podemos encontrar reflexões do Paulo Ferreira da Cunha, o que não é novidade para nós, que tivemos o privilégio de conviver aqui ou ali com essas suas preocupações, já desde os tempos da Faculdade em Coimbra...

PV 18.05.2020

⁵⁰⁴ FÁBIO GULPILHARES, “Providência de *habeas corpus* e recurso ordinário de medida de coação: o caso da prisão preventiva”, RPCC, ano 29, n.º 3, setembro a dezembro 2019, p. 545.



(composição fotográfica da autora)

Conhecimento do sentido e da verdade por um descendente da justiça, do humanismo e da política que é também pensador

Maria Teresa Alves
Jurista e Investigadora

O Professor Paulo Ferreira da Cunha é um inevitável lugar na e da minha existência. Sei que poderei experimentar muitas rotas, diferentes formas de as percorrer, mas o seu ensinamento está-lhe, como sempre tem estado, afincado.

Escrever sobre o meu Professor é revisitar uma estudante de direito com 18 anos que escolheu o curso por (vocação?) preocupações sociais e de justiça; e por gostar de escrever. Tive, e tenho, pelo que agradeço mais, a graça de ser aprendiz de alguém que convida a divertir, a partilhar inquietações e que nos lembrava, com liberdade, que a Universidade pode ser também o sítio onde nos podemos perder, quase para sempre, se atentos às vozes daquilo que desvia e, por sinal, é uma convocação permanente.

O meu Professor ensinou-me a humildade. Uma prática cristã que não tem de ser “em Cristo” ... Talvez por isso o admire mais. Tenho conhecido cristãos que nem acreditam em Deus... franciscanos que sabem muito mais de Francisco do que franciscanos... O Professor ensinou que um filósofo do direito se vê pelo olhar. Queria dizer que cada pessoa tem um lugar de ser. Pelo que, quem estaria a estudar direito, deveria estudar por razões e preocupações de justiça e não pelo curso de se ficar rico sem se precisar de recorrer à matemática...

De entre “eu não quero ter poder, apenas liberdade, para dizer aos do poder aquilo que penso ser verdade”, às páginas da Utopia de Tomás Moro, “acordai homens que dormis” e uma porta aberta para o nível do elevado. É comovente. Uma simplicidade subtil que percebi que é visível aos olhos dos iguais desprovidos de outros propósitos. Que bom que é ser-se a perfumaria do curso de direito. Afinal.

Foi aqui que aprendi e quis mesmo aprender e ser o humanismo. Foi também aqui que constatei o quão preciso sempre de estudar, ler, investigar porque não sei nada. E que todas as pretensões ou arrogâncias de pensamento traduzem pequenez e uma falta de beleza interior que corresponde a um vazio existencial que não quero viver. Percebi melhor o significado de “se queres conhecer o vilão, põe-lhe a vara na mão” e o feiticeiro de Oz começou a coabitar na minha vida como alerta: primeiro, para encontrar o meu quintal e depois, para desvendar vendilhões do templo.

Obrigada, Professor, por existir e ter coragem de partilhar a sua existência elevada, e por isso, polida, connosco. O que seria de nós sem este legado? O que seria do mundo? Gosto muito do convite perpétuo de me sentar num lugar invisível qualquer da faculdade para poder aprender consigo. Fico mais perto, sempre, daquilo que eventualmente vim ao mundo fazer. E isso é plural, e também não tem de ser singular.



Uma turma de 1o. ano de PFC na FDUP

O direito é a arte de atribuir a cada um aquilo que é seu,

Se temos de decorar conceitos (aqui entrava numa crítica ao pensamento positivista). Este é aquele que escolhi não esquecer.

Obrigada

E ficou tudo por dizer.

A Universidade e os seus mais dilectos filhos

Mário Frota⁵⁰⁵

A Paulo Ferreira da Cunha

Universidade: suas concepções

Universitas é, no significado que encerra, Corporação: o momento das instituições de saber medieval.

As Corporações de Ofício medievais visavam, qual escopo, congregar pessoas com interesses análogos, fossem de pendor económico, cultural ou político.

Universitas evoca, na sua essência, agrupamento ou universalidade.



O autor

O termo, quiçá o conceito, é susceptível de evocar uma qualquer corporação de ofício, *verbi gratia*, de mestres e ou alunos.

Com o volver do tempo, nela assentara a concepção de “corporação do saber”.

Remonta ao século XIII o acervo documental que aponta para uma tal especificação.

Corporação de docentes e discentes (*de doceo, i. é, ensinar, instruir, ensaiar, repetir*).

Nas Universidades de Paris e Oxford (das primeiras a emergir) os professores eram os “mestres” e, “aprendizes”, os alunos.

⁵⁰⁵. Antigo Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris XII. Presidente da sociedade científica apDC – Direito do Consumo – Coimbra.

Com hierarquias distintas, as Universidades assumiram-se como tal, como que se empederniram, cavando-se fossos entre docentes e discentes muito para além do proverbial temor reverencial instituído.

Coimbra fora disso exemplo marcante: no distanciamento, na paliçada institucional erguida, tanto quanto a víamos na Escola em que ingressáramos de uma perspectiva que era, é facto, a nossa. Não havia vasos comunicantes. Os discentes não dialogavam com os docentes. A relação com os discípulos inexistia. Os discentes não ousavam abeirar-se dos docentes.

Uma vez formados, os jovens que, por escolha, ascendiam à docência, com a alteração do seu estatuto, davam-se ares de superioridade, como que confinados à sua função e à margem dos círculos outrora frequentados.

Por caricatural que pareça, esses eram os traços que captáramos nos começos dos anos 70 do século passado, na sequência de uma sedimentação que levava anos a consolidar-se.

Admite-se que a imagem possa estar distorcida. Que outras perspectivas se colhesse. Que outros sentimentos se experimentasse. Que outros olhares perscrutassem de diverso modo a realidade.

Claro que haveria pontualmente excepções, mas sem que se gerasse um clima de confiança, de proximidade.

Sentimo-la enquanto discente, numa idade diferente, satisfeitas distintas fases da vida, com responsabilidades familiares, com uma passagem pelos cenários de guerra, no Ultramar.

E nos cenários de guerra, hierarquias à parte, o espírito que se vive é de uma proximidade tocante que as vidas de cada um e de todos dependem de uma comunhão de sentimentos e propósitos que se experimenta *paripassu*.

Para além dos horizontes que nos exornam, as vivências no mato perante perigos manifestos, moldam-nos, tornam-nos mais próximos.

Na Universidade, na formalidade que fundava o quotidiano, o ar austero, a fria relação, compunham, como soía dizer-se, o “ramalhete”.

Sentimo-lo permanentemente. A abordagem prenhe de escolhos. Os ritos, as formas desenhavam o quadro de relações num fundo marcado impressivamente pela distância.

E o quinquénio da formatura, em Coimbra, revelara-nos ostensivamente uma tal perspectiva.

Nem com os alvares de Abril e os desvarios a que se assistiu, o quadro de relações, em geral, se alterou.

Nem sequer o abanão provocado por incidentes, quantos deles dolorosos, vividos em pleno “período revolucionário”, refeita a normalidade, se alterou substancialmente.

As distâncias achavam-se inoculadas na matriz da Corporação.

Alçados à docência, talvez porque oriundo de distintas paragens, em que os horizontes eram bem mais rasgados, com o adubo vivificante de uma longa campanha no mato, entendemos naturalmente romper a barreira da indiferença que os lentes e substitutos (para usar as categorias de épocas remotas), por si sós, ou amparados no temor de quem havia de erguer decerto a cabeça para os mirar no distante púlpito de onde peroravam, criavam em seu derredor.

Entendíamos a Universidade como um espaço de liberdade.

Liberdade insusceptível de ser tolhida por barreiras que se erguem, ainda que artificialmente, por fronteiras físicas que apartam, sem o afidalgamento dos mestres e a plebeização dos jovens que ascendiam aos estudos superiores.

Entendíamos a Universidade como um espaço de diálogo.

Entendíamos a Universidade como um espaço de afirmação de culturas.

Entendemos sempre a Universidade como um espaço de confraternidade, na dignidade a cada um e a todos devida sem as hierarquias que subjugam e os entraves que tolhem.

Que não como Corporação em que o ferrete das inimizades se forja. Ou como expressão do “quem é o teu inimigo?” “O oficial do teu ofício”! E em que as traições surgem como corolário natural num desvirtuamento das coordenadas que a tal espaço mister será conferir.



Os V volumes da História da FDUC

Quando em 1978 houvesmos por bem demandar Lisboa (que Coimbra, por estranhos e bizarros critérios ao tempo vigentes, sacrificara os *curricula* mais valiosos, preterindo-os em favor de quem poderia oferecer fidelidades outras aos quadros dirigentes, ao tempo preponderantes, ainda que ancoradas na mediocridade dos saberes), tanto nas regências teóricas que recebêramos de João de Castro Mendes como na avaliação contínua, nas práticas, em que contávamos com o Manuel Januário da Costa Gomes, hoje renomado catedrático de Direito Civil e amigo dilecto, o modelo de relacionamento definido foi todo outro; o de uma maior proximidade, o de um frutífero diálogo com os estudantes, o de uma comunhão de propósitos ante o clima geral, ainda que em meio cosmopolita, temperado de diferenças de todo o jaez, refeitas ou em vias de sarar as dolorosas feridas de um PREC demolidor.

Coimbra estivera sempre no nosso horizonte, já porque nos formáramos nos Gerais, já porque a robusta família que constituíramos havia três decénios ali permanecia domiciliada.

E em 1980, superados os critérios políticos de avaliação do mérito académico, fomos enfim, precedendo concurso, chamados à docência da Faculdade de Direito.

E aí entendemos manter como dominante a toada da proximidade, num relacionamento singular com estudantes de todas as proveniências e de todas as tendências.

Coimbra, fértil terreno de experiências juvenis

Como noutra ocasião escrevemos ao dirigirmo-nos a Colegas de Curso por ocasião dos 45 anos em que se nos franqueara a Porta-Férrea e nos espraíamos pelo Pátio das Escolas, “nos claros-escuros da vida da Faculdade de Direito (...) Coimbra destacava-se, ao tempo, pela oferta de um curso mais reflexivo segundo os cânones da época, no entrecruzar de doutrinas e nas soluções pragmáticas que os códigos mais salientes plasmavam.

Há memórias menos afortunadas de figuras que integravam os distintos níveis do seu corpo docente. E que inútil seria trazer de novo à colação.

Mas, na sua essência, a Escola que nos formou surge como um marco nos trajectos de vida que foram e são os nossos ao longo de quatro longas décadas.

A Faculdade de Direito não tem, ao que se assevera, a longevidade dos Estudos Gerais que remontam, como se não ignora, a 1290.

As Escolas de Leis e de Cânones só se fundiram, ainda que debatido o projecto nos primórdios de 1833, em 5 de Dezembro de 1836.

Daí que se haja celebrado recentemente os 181 anos de vida da Escola.

A circunstância de se haver gerado na Faculdade de Direito de Coimbra o movimento kantiano-krausista português, que abriu um novo período da reflexão filosófica e filosófico-jurídica em Portugal, carece de realce.

Desobrigando-se Vicente Ferrer Neto Paiva, em 1843, do ensino de tais bases, a corrente de pensamento destarte projectada teve como expoentes Dias Ferreira, Levy Maria Jordão e Costa Lobo, cujas propostas se espelharam na obra a que impressivamente se ligou o Visconde de Seabra, relevante repositório codificante - o Código Civil de 1867.

“A qualidade do ensino do Direito na Faculdade, como reza a História, atingiu o seu ponto mais saliente, no século XIX, com Coelho da Rocha, o autor das Instituições de Direito Civil Português (1848), o mais perfeito manual de direito civil do século XIX redigido em português.”

De todo esse legado beneficiámos. E transportamos connosco muito do que pudemos haurir ao longo desse quinquénio e do que a “madre de todas las cousas” (a experiência, afinal...) nos propiciou pelos caminhos da vida.”

Coimbra fora o alfofre de tantas gerações de juristas e um *campus* particularmente fecundo a que as personalidades dos seus postulantes encontrassem o húmus vivificante susceptível de fazer florescer os projectos de vida que embrionariamente ali se forjavam.

Sucessivas fornadas de caloiros a demandavam.

Os moldes de relacionamento esboçados em Lisboa transportáramos para Coimbra. Onde, afinal, a dispersão se revelaria ainda mais profícua.

O diálogo com os estudantes cedo se revelou de uma profundidade sem par. E com reflexos em manifestações circum- escolares de nomeada.

Em 1982, circunstâncias meramente fortuitas, perante um impasse institucional e em ordem a uma definição estratégica susceptível de reconduzir a Faculdade de Direito a uma normalidade que parecera ameaçada, fôramos como que intimados a acompanhar o saudoso Carlos Alberto da Mota Pinto no conselho de direcção da Escola.

Conferida a posse perante o saudoso Reitor Ferrer Correia e egrégio Homem de Leis, iniciámos em meados de Abril um mandato que se revelou particularmente operoso.

Cedo traçámos, sob a esclarecida orientação de Mota Pinto, um plano estratégico de revitalização da Escola: e nada melhor do que religá-la ao seu corpo discente com uma profusão de actividades, por tantos criticadas, que valorizariam decerto o seu curriculum. Plano que visava inicialmente abrir a cada um e a todos as perspectivas de futuro em cada um dos domínios afeitos à formação jurídica. Mas que perspectivara a retoma do diálogo com África e um debordar de fronteiras face a uma Europa que se abria a Portugal.

A primeira iniciativa de realce foi a da preparação das I Jornadas Jurídicas Luso-Africanas que contou quer com o suporte institucional da Fundação Calouste Gulbenkian mercê do entusiasmo esufiante de Sá Machado, ele mesmo nascido em Angola e que fora Ministro dos Negócios Estrangeiros num dos Governos de Portugal, mas ainda com o decisivo apoio do Ministro da Defesa, Bação Horta, que numa informal troca de impressões com Mota Pinto se dispusera a patrocinar iniciativa de tão vasto alcance em altura em que as relações com os antigos territórios sob administração portuguesa eram basto tensas e se achavam, ademais, capturadas por uma das forças políticas com actuação no país.

E os estudantes foram decisivos para tais projectos, alguns do foro íntimo da Faculdade de Direito, como na circunstância o que atraiu a Portugal juristas de Angola, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde e Guiné-Bissau, outros na órbita das suas próprias iniciativas que exprimiram as suas capacidades através do envolvimento em actividades de vasto alcance e que constituíram uma autêntica pedrada no charco.

Num dos casos, o interesse pelo desenvolvimento, em paralelo com as disciplinas curriculares, redundou na iniciativa precoce de constituição de uma associação juvenil por iniciativa e sob a batuta do jovem escolar de leis, como se diria outrora, Paulo Ferreira da Cunha: a Associação de Juventude Portugal / Europa.

Retrospectiva

Paulo Ferreira da Cunha, quão grato é recordá-lo neste momento, espírito de uma irrequietude por excelência, já se destacava por uma cultura distinta da dos seus pares.

Em seu redor gravitava um sem-número de colegas com interesses convergentes: daí, ao que se nos afigura, a constituição de uma associação juvenil que pudesse congregiar sinergias de molde a desenvolver um ambicioso plano de acção cujo escopo seria, ante o torpor dos tempos, o rasgar fronteiras e o dar a saber do papel de Portugal no mundo e como aspirante a uma instituição que conferiria a este país voltado sobre o Atlântico a sua efectiva importância no redesenho das políticas com os países do mar largo.

Associação de Juventude Portugal / Europa, delineada com sumo rigor e entranhado amor, cedo revelou o engenho dos seus conceptores e o bem fundado projecto que se propusera desenvolver, nada deixando ao acaso.

Aliara-se às Jornadas Luso-Brasileiras de Direito Comparado.

Promovera na Fundação Engenheiro Eugénio de Almeida, no Porto, um dilatado ciclo de conferências, em que curiosamente nos fora solicitado nos pronunciássemos sobre “As Comunidades Europeias, Portugal e os Países de Expressão Oficial Portuguesa”.

As actividades, entretanto desenvolvidas, revelavam propósitos, desvendavam personalidades, marcavam diferenças.

De tal sorte que em ordem à construção de uma base em que, na renovação dos métodos, a Faculdade de Direito se pudesse encontrar, em conversa com os nossos pares

no Conselho de Direcção, se aventou a hipótese de colmatar uma imensa brecha, a saber, a da ausência de uma História da Faculdade de Direito.

Como essa clamorosa falha subsistisse, conquanto a Faculdade tivesse sido servida, ao longo de décadas, por historiadores de renome, jamais houve quem a si se cometesse o encargo de suprir uma tal lacuna.

Em conversa com Paulo Ferreira da Cunha, num gabinete de ocasião, frente à sala de reuniões nos Gerais, sabedores da sua capacidade, lançámos-lhe o repto.

Surpreso, se bem me recordo, já que de um jovem escolar de leis se tratava, mas com uma notável curiosidade sobre temas de história, de sociologia, de filosofia, ponderou naturalmente e acedeu em prestar à sua Escola esse inestimável serviço

O seu envolvimento com a Editora Res, em que pontificava Reinaldo de Carvalho, terá permitido se cumprisse um tal *desideratum*,

E, tempo volvido, com uma primeira edição em papel bíblia, a História da Faculdade de Direito de Coimbra, a que Paulo Ferreira da Cunha emprestara o cunho do seu franco empenhamento, dedilhando as fontes históricas relevantes e produzindo, com a colaboração de Reinaldo de Carvalho, obra de real valia, revela à sociedade a sua estatura, o que tais passos prenunciariam e o Homem que se propôs Pensar o Direito de perspectivas menos ortodoxas, surpreendendo, afinal, quem o não conhecera nem lhe vaticinaria o futuro cujas portas se lhe abririam de par em par.

A História da Faculdade de Direito de Coimbra, que a lume veio em 1991, é uma obra notável, cuja Edição Comemorativa do VII Centenário da Universidade fora curiosamente patrocinada pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em momento em que nos retirávamos para Paris, para a Faculté de Droit à l' Université de Paris XII (Paris-Est Créteil).

A História da Faculdade de Direito de Coimbra é uma obra de relevo com a chancela de um notável, eminente jurista, dos mais jovens catedráticos da nossa Academia, hoje alçado à mais alta magistratura do País.

Recordá-lo, neste instante, num livro de memórias por quem viveu esses momentos, é mais do que imperativo de circunstância.

Porque decerto, por modéstia, o homenageado jamais revelou o pormenor e a eclosão do convite para a obra a que com devotado fervor deu expressão, já fora da sua condição de discente, mas com um acurado sentido de serviço. Que justo é evidenciar.

Homem de múltiplas vivências, não o é de um Continente só: é uma Homem que une, com a sua trajetória, com a sua erudição, os salões da mais nobre e erudita cultura das duas ribas do Atlântico. E que extravasa fronteiras nas redes que criou e nos laços que atou.

Permanece fiel à sua vocação, com uma invulgar capacidade para unir em torno de projectos que entende susceptíveis de revolucionarem o Direito e a Comunidade em que se inscreve e serve denodadamente, nas múltiplas missões a que foi chamado.

Com uma impressionante folha de notáveis obras dadas à estampa, invade domínios invulgares como

- O Direito Constitucional (matriz da sua formação)
- O Direito Público
- Ciência Política

- Filosofia Política
- Filosofia
- História do Direito
- Metodologia e Propedêutica Jurídicas
- Ensaio Gerais
- Ensaio Interdisciplinares
- Poesia
- Ficção

Paulo Ferreira da Cunha tem uma dimensão universal.

É, na sua estatura, um Homem das Sete Partidas do Globo

É, com efeito, um Homem Global com o que hauriu do seu deambular pelo mundo e das suas reflexões sobre “Pensar o Direito”.

Que ora se obriga a permanecer fiel a estoutro desafio, qual seja, o da aplicação do direito aos casos da vida na nobre missão da judicatura que a si mesmo se impôs, num exercício de coragem que cumpre, a justo título, assinalar.

Na sua mundividência não deixa de ser um Homem do Porto.

Do Porto que Eugénio de Andrade cantara com um sentimento a terra e com os traços singulares de carácter da sua gente.

Do Porto que nos entenece porque nele há também rastos da nossa ancestralidade.

Mas foi Coimbra que nos uniu.

Ambos deslocados.

Ambos rendidos aos mitos da Cidade e da sua (nossa) Universidade.

Daí que em jeito de homenagem consigne ao insigne Homem de Leis (com a projecção que a expressão assumira ao tempo e ao longo dos tempos) um poema que jamais teve foros de publicidade e ora assume expressão, já que encerra, afinal, o que traduzem os símbolos da Casa que nos formou e a que retornamos de onde em onde como que em romagem de saudade:

À TORRE

Torre, ò Torre
Erguida ao vento
Tens o pendor
Do pensamento...

Marco perene,
Símbolo, meta
Qual Dinamene
Para o Poeta!
Padrão de Glória,
Templo-Saber

Dado da História
Do nosso Ser...

Guia, bandeira
Torre-pendão
Sulco, esteira
Rasgo, clarão...

Torre-Vigia
Espaço Ondulante
Em que porfia
O Estudante!

Torre-Padrão
Louvor em Hino
“Cabra-Cabrão”
Nomes de Sino!

Torre-Tormenta
Tonitruante,
Torre-“sebenta”
Pão d’Estudante

Símbolo-Cidade
Fonte d’Encanto
Torre-Saudade
Lago de pranto!

Torre-Diálogo
Feita Unidade
Capa-Catálogo
D’Universidade...

Coimbra-Torre
Templo-Ciência,
Deusa do Amor
Paixão-Vivência

Torre-Mondego
Rio-Ilusão
Fino nó cego
D’inspiração...

Torre-Mensagem
À despedida
Marca, imagem
P’ra toda a Vida!

Coimbra, Maio de 2020

Memoire d'une conférence à Tunis: le professeur Paulo Ferreira da Cunha et la liberté d'expression

Meriam Boughanni⁵⁰⁶

Le mémoire de la conférence du professeur «Paulo Ferreira Da Cunha et la liberté d'expression» s'inscrit incontestablement parmi les riches thématiques débattues et organisées le 8 février 2018 par l'association pour la recherche sur la transition démocratique tenue à la salle de Daly Jazy au sein de la faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis II Carthage .

Cette réminiscence de la dite conférence a été, pour l'ensemble des étudiants présents, une forme de familiarisation avec les concepts et aspects fondamentaux de la liberté d'expression contemporaine, nous l'avons donc étudié sous le prisme constitutionnel, celui de deux visages, fastes de deux expériences postrévolutionnaires, soit celles de la Tunisie et du Portugal.

Son intervention nous a permis d'imager les acquis de deux états alliés, de deux nations aux visages différents ayant conduit deux révolutions que le temps et l'espace certes séparent mais dont l'objet et les modalités se sont rejoint.



A autora, em uma conferência.

A autora falando em Monastir.

Je vais donc essayer, en modeste chercheuse en droit, que je suis, m'apprêter à transposer ce que cette référence internationale nous a transmis, à moi ainsi qu'au reste de mes collègues présents et témoins de l'ensemble des acrobaties analytiques si justes et rigoureuses que ce mémoire nous fit part.

Le 8 février 2018, s'orna donc de ses couleurs, soit celles de la liberté d'expression en toute sa splendeur intellectuelle, ce thème qui s'est inscrit dans le plein du contexte tunisien celui de la transition démocratique tunisienne, le professeur Da Cunha a juxtaposé les deux contextes portugais et tunisien pour nous définir ce que la liberté d'information et de communication est à la règle de droit.

⁵⁰⁶. Chercheuse en master de droit international et relations euro-Maghreb à la faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis II Carthage.

Le contexte Tunisien, à la suite de la révolution du jasmin s'est retrouvé en demande d'une certaine analogie en termes d'analyses, de contextes historiques sociaux et juridiques voisins, en ce sens, le professeur Da Cunha nous a permis d'embrasser l'expérience démocratique portugaise et d'en tirer des acquis de réflexion afin de mieux cerner la nôtre.

Son cour a été le logos d'une transition ordonnée entre la révolution du jasmin qu'est la nôtre et celle des œillets, qu'il nous a fait partager, soit une parole libre comme fut celle de ce dernier.



Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales de Tunis II Carthage

Il nous exposa les impératifs permettant la préservation de la démocratie naissante qu'est celle de toute nation post révolutionnaire afin de nous expliquer l'essence d'une liberté publique en tant que garante de cette même démocratie.

De son intervention je garde ce mot qu'il nous a confié *«la liberté d'expression c'est bien le premier étalon de mesure de toute nation qui se respecte»*

Il nous a présenté ce thème à travers l'exposition des acquis qui ont façonné le Portugal d'aujourd'hui, une analogie de concepts que celle de la liberté d'expression à l'heure actuelle, arcade majeure du constitutionalisme actuel.

Je me remémore donc les croquis d'idées de ce mémoire de conférence dont je fus témoin, une réflexion qui fut un rappel de ce qu'est les jalons de la tradition française à la démocratie moderne, partant de Rabelais à Voltaire jusqu'à l'arrêt du conseil du roi du 5 juillet 1788 et le règlement électoral du 24 janvier 1789, un cour qui fut aussi fleuri que nos deux révolutions.

Entre le caractère pacifiste et le respect de la dignité humaine, la liberté d'expression a été à l'honneur en chaque mot en chaque terme utilisé.

De sa réflexion, je garde l'originalité de nos histoires distinctes mais si similaires dans le fond qui nous a permis en tant qu'étudiants de valser de droit la liberté d'expression au rythme de notre actualité.

Le mémoire du professeur Da Cunha nous a offert à moi ainsi qu'à l'ensemble de l'audience présente en ce jour-là une certaine boussole de réflexion, une sorte d'*«itinéraire entendu comme le trajet qu'on se propose d'accomplir»* tel que l'a écrit si bien le professeur émérite François Vallançon dans son article intitulé *«Anticonstitutionnellement?»* publié au sein du mélange *«PENSAR, ENSINAR, E FAZER JUSTICA»* paru en 2020 à l'honneur du professeur Paulo Ferreira Da Cunha en décrivant ce qu'est la constitution à la règle de droit.

Coimbra vê e escuta o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha

Miguel Amorim⁵⁰⁷

Há alguns anos, não muitos, ao contrário do que já pensei e pensam ainda muitos desses imberbes incautos que por aí grassam, o Bedel da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, brilhantemente comandado pelo Sr. Neto, funcionou, provisoriamente, por via de obras no edifício próprio, no, também ele vetusto, Palácio dos Grilos.



O autor na Queima das Fitas de Coimbra



PFC no seu doutoramento solene em Coimbra e recebendo o abraço do Doutor de Coimbra, o então Vice Reitor da UM, Prof. Vítor Aguiar e Silva

Certo dia, penetrava eu, satisfeito e descontraído, dito Palácio adentro, em direcção ao Bedel, onde constaria a minha nota de Introdução ao Estudo do Direito, quando dali vejo sair o Paulo Cunha, na sua pose característica, em momentos de preocupação, de demasiado novo para ser tão sério e de demasiado sério para ser tão novo, furibundo, vociferando contra a nota que obtivera à mencionada cadeira. Era o primeiro ano, aliás, o meu primeiro exame e logo, a minha primeira nota na Faculdade, uma altura em que ainda me encontrava embriagado na excitação de pisar os locais que já bem conhecia do *In Illo Tempore*, do Dr. José Francisco Trindade Coelho, ou, ainda mais

⁵⁰⁷. Advogado.

marcante para mim, do *boémia coimbrã (dos anos 40)*, do Dr. A. Nicolau da Costa, não constando de nenhuma das minhas preocupações as notas, tendo então pensado, uma vez mais, a propósito do Paulo Cunha: mas que gajo tão esquisito!



Cortejo de entrada no doutoramento de PFC



Sala dos Capelos, doutoramento solene de PFC, assistência

A verdade, porém, é que o Paulo Cunha já apelava fortemente à minha atenção, não tanto pelo mencionado invólucro, mas pela inusitada dialéctica entre o que aparentava ser, à primeira vista e o que ia revelando de cada vez que era exposto: era, incondicionalmente, um grande humanista – e isto, para quem tem sensibilidade, distingue-se quase pelo olfacto - muito mais do que um intelectual de gema, o que também era, definitivamente, não um dos típicos predadores de notas, mas alguém que sabia o que queria e nunca voltava a cara à luta. Esta última característica, revelou-a imediatamente a seguir à fúria supra descrita e em modo absolutamente *sui generis*, quer para idade, ou a fase em que nos encontrávamos na Faculdade, quer mesmo para esta, nada habituada a ver baterem-lhe o pé, muito menos, pasme-se, caloiros: liderou uma indómita, e, naturalmente, muito bem fundamentada zurzidela ao enunciado da prova cujo resultado tanto lhe desagradou. Sem arrimar às teorias da conspiração, hoje tão em voga, mas conhecendo a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra como conheci, e sem que alguma vez o Paulo Cunha me tenha falado ou sequer sugerido algo a propósito, estou absolutamente convicto que tal proémio lhe terá dificultado, por ali, a brilhante carreira académica que empreendeu e plenamente continua a realizar. Ao ler este texto, o Paulo caiu das nuvens, e afiançou-me que estava muito convencido de que, pelo contrário, até lhe pareceu que essa sua bravata de caloiro lhe tinha valido uma simpatia (talvez condescendente, mas simpatia, ainda assim) em vários docentes. Não podia deixar de registar em acta a respetiva reacção. Homem livre como é, ele fez questão de dar o seu ponto de vista, mas morreria para que eu pudesse dar o meu.

Mas não é só. O Paulo Cunha seria, muito provavelmente, o único dos estudantes que, integrando a já de si muito escassa estirpe intelectual daquele jaez, não se confinava ao quarto, ou às bibliotecas, ao discurso elitista ou esotérico – muito embora usasse muitas vezes o desusado, mas em modo patentemente jocoso, tratamento de colegas na segunda pessoa do plural: “vi-vos há pouco, vínheis da biblioteca geral” – mas vivia e convivia como um estudante saudável, alegre e bem-disposto pelas faculdades, sobretudo as mais bem frequentadas, no que às musas diz respeito – o que aliás bem se compreende, atentas as necessidades, instantes, inerentes à prolixa criação intelectual e artística que todos os que têm o privilégio de conhecer tanto apreciam.

Apesar de tudo, os nosso “pontos de contacto” ficaram-se muito mais pelas trocas de sorrisos, mais ou menos cúmplices, conforme as circunstâncias, penhor de uma empatia de alguma forma improvável, tanta era a intensidade com que abraçávamos as

nossas actividades em Coimbra: O Paulo, dedicado à filosofia, à ciência jurídica e às letras em geral e eu, às praxes e à vida académica na sua vertente boémia – obviamente, qualquer de nós mitigando com um bocadinho do muito do outro.



PFC nos tempos de Mestrado



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

De todo em todo, foi com enorme surpresa e grande alegria que um dia, por Março/Abril de 1995, recebi um convite do Magnífico Reitor da Universidade de Coimbra, para comparecer à sessão do doutoramento solene do Paulo Cunha. Não queria acreditar. Por um lado, nada o fazia prever, atenta a relativa distância que acabei de mencionar e por outro, era a primeira vez que me era dada a oportunidade de viver este lado – o que me faltava – da vida académica Coimbrã. Fiquei felicíssimo.

Pouco depois, liga-me a nossa colega de curso, a velha e grande amiga Regina Varão, infelizmente falecida em Março, p.p., dizendo-me, com aquela voz roufenha, fruto dos cigarros que por nada deste mundo largava “óh pá, então o Paulo Cunha vai-se doutorar em Coimbra e tu não sabes que o gajo me convidou para o doutoramento?”. Naturalmente, combinamos ir juntos e fui buscá-la a Vila Nova de Gaia, de onde seguimos para a nossa querida Coimbra. O assunto do caminho foi, obviamente, o Paulo Cunha: a sua personalidade, as suas façanhas, a sua tenacidade, a forma como, pensávamos ambos e insisto, sem qualquer sugestão a propósito do próprio, depois de o seu espírito crítico e do atrevimento de o expressar livremente, naquelas paredes centenárias, lhe ter tolhido o caminho que lhe pertencia por direito próprio, voltou e lhe viu franqueada a porta maior.

Faltar-me-ia quase tudo e desde logo o saber para comentar a tese do Doutor Paulo Cunha, sob o título “Constituição, Direito e Utopia”, nem, creio, é isso que de mim se espera nestas breves palavras sobre o meu amigo. Há, haverá muitos que seguramente o farão de acordo com o mérito respectivo. Eu vi outra coisa e é disso que aqui pretendo falar:

Durante toda a magnificente cerimónia, na Sala dos Capelos (Sala Grande dos Atos) – sem, de forma alguma, apoucar o elogio do Doutor Pinto Bronze, brilhante, sem dúvida, mas salientando o que, a meu ver, deve ser salientado, ser-me-ia impossível não reter o elogio do Doutor Faria-Costa, de um brilho e uma eloquência como só ele – e

mesmo no Palácio de S. Marcos, naturalmente, num ambiente muito mais descontraído, vi um permanente sorriso de extrema felicidade, a felicidade da concretização de um projecto, de se atingir exactamente o objectivo que se pretendia, sorriso que revejo sempre que reencontro o Paulo, seja em pessoa, seja nas diversas publicações ou eventos que integram a sua imagem. Tal demonstra outra característica peculiar e muito raramente vista, do Paulo Cunha: Resiliente o bastante para lutar até atingir os seus objectivos, tem a sagesa que lhe permite conservar o gozo de os ter atingido, sem a permanente recolocação da fasquia mais alta, com as consequentes frustrações e desânimos que infernizam a vida do comum dos homens.



PFC não jurista – na Confraria das Tripas à moda do Porto

É um homem de grande sucesso e o seu sorriso demonstra que o sabe.



O autor capitaneando um carro da Queima das Fitas, em Coimbra

Venho-o seguindo a uma distância intelectualmente próxima e continuo a deleitar-me com o seu êxito – afinal, além de colega de curso, é um amigo – sendo uma enorme honra contar com a sua amizade.

Paulo Ferreira da Cunha y el Derecho Natural Hispánico

Miguel Ayuso⁵⁰⁸

1. Pórtico

El profesor Francisco Elías de Tejada (1917-1978), sucesivamente catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho en las Universidades de Murcia, Salamanca, Sevilla y Complutense, entre 1942, en que ganó por oposición la primera cátedra, y la fecha de su muerte prematura, con sesenta años de edad, ha sido una de las personalidades más relevantes de la filosofía jurídico-política y más ampliamente de la cultura hispánica de la segunda mitad del siglo XX⁵⁰⁹. Los tres grandes ejes de su obra fueron la renovación del derecho natural según la tradición de nuestros clásicos, lo que llamó el derecho natural hispánico⁵¹⁰; la reconstrucción del modelo teórico de la monarquía tradicional a partir de su ejecutoria histórica federativa y misionera⁵¹¹; y el trazado del mapa de la literatura jurídico-política de nuestros mayores en lucha secular contra las «locuras de Europa»⁵¹². Así pues, filosofía del derecho, filosofía de la política e historia de las ideas políticas como tres grandes campos de observación, unificados a través del prisma de la tradición hispánica.

En 1972 organizó unas importantes Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, celebradas en un Colegio Mayor de la Universidad Complutense, en las que se fijó teóricamente en qué consiste el derecho natural hispánico y en las que se pasó revista simultáneamente a la situación del derecho natural en las culturas jurídicas *occidentales*. Lo primero pudiera parecer difícil de aferrar, pues el derecho natural evoca la universalidad y parece compadecerse mal con una presentación en clave histórica y volcada además en un espacio geográfico acotado. No es así. Porque el derecho natural hispánico (frente, como hemos dicho, el europeo, tomando este término no geográfica sino culturalmente) es el derecho natural clásico, frente al moderno, y es el derecho natural católico, frente al protestante. En cuanto a lo segundo, escogió a un grupo de personalidades que pudieran, al menos parcialmente, reconocerse en la caracterización anterior, para ilustrar su encarnación en los distintos mundos. Y, así, Frederick D. Wilhelmsen se ocupó del mundo anglosajón, Guy Augé (en nombre de Michel Villey) del francés, el barón von der Heydte del germánico, Giuseppe Ambrosetti del itálico, José

⁵⁰⁸ Universidad Pontificia Comillas de Madrid. Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II Professor Titular Sênior da FEUSP.

⁵⁰⁹ Cfr. Miguel AYUSO, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid, Fundación Elías de Tejada, 1994.

⁵¹⁰ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, «Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el derecho natural hispánico», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), t. XLV, n. 1-2 (1962), págs. 7-20.

⁵¹¹ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *La monarquía tradicional*, Madrid, Rialp, 1954.

⁵¹² FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia del pensamiento político catalán*, Sevilla, Montejurra, 1963-1965 (3 vols.); *Nápoles hispánico*, Sevilla y Madrid, Montejurra, 1958-1964 (5 vols.); *El Señorío de Vizcaya*, Madrid, Minotauro, 1963; *El Franco-Condado hispánico*, Sevilla, Jurra, 1975; *Historia de la literatura política en las Españas*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1991 (3 vols.) o *La tradición portuguesa*, Madrid, Actas, 1997.

Pedro Galvão de Sousa del lusitano y Gonzalo Ibáñez del hispanoamericano. Las actas, al cuidado de Francisco Puy, se publicaron en 1973 y siguen constituyendo un monumento para los cultores del tema⁵¹³.

2. Las Segundas Jornadas Hispánicas de Derecho Natural

De dichas Jornadas nació la Asociación de Iusnaturalistas Hispánicos Felipe II, presidida por Elías de Tejada, que empezó a reproducir la iniciativa en distintos ámbitos *regionales*. Gonzalo Ibáñez, con gran dinamismo, empezó a convocar en Santiago de Chile unas jornadas anuales, lo mismo que José Pedro Galvão de Sousa en São Paulo y el propio Elías de Tejada en Nápoles⁵¹⁴.

La muerte repentina de Elías de Tejada en 1978 desbarató en buena parte la prometedor obra. De manera que hubieron de pasar muchos años para poder relanzar una idea que el paso del tiempo no había convertido en obsoleta, sino mucho más urgente. Años después de la muerte del profesor Elías de Tejada, su viuda, la napolitana Gabriella Pèrcopo creaba la Fundación que su marido había soñado y la ponía en manos del gran jurista Juan Vallet de Goytisolo, albacea testamentario de Elías de Tejada. A finales de los años ochenta del siglo pasado se había procedido a instituir una Biblioteca Francisco Elías de Tejada, como un legado incluido dentro de los fondos de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, la cual se comprometía a su vez a un instituir un premio con el nombre del fundador. Y a mediados de los años noventa la Fundación estaba a toda máquina: había recuperado la red internacional, acrecida incluso con la de la *Ciudad Católica* de Juan Vallet⁵¹⁵; estaba presente en el Seminario de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación⁵¹⁶; tenía en marcha un plan ambicioso de publicaciones...

Se acercaban las bodas de plata de la primera edición y, a partir de un seminario anual que funcionaba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, gracias a la intervención del profesor Manuel Fernández Escalante, que coordinábamos Diego Medina y quien escribe estas líneas, se pensó que todo estaba maduro para unas Segundas Jornadas Hispánicas de Derecho Natural. ¡Veinticinco años después! Al final, en realidad, fueron veintiséis, pues el tiempo para una organización de la envergadura de la afrontada (más de treinta ponencias, más comunicaciones y presidencias de sesión) no paraba de crecer y, sobre todo, reparamos en que el 13 de septiembre del año 1998 se cumplirían los cuatrocientos años del *diez natalis* de Su Católica Majestad el Señor Don Felipe II. ¿Qué mejor ocasión? Un cuarto de siglo después de la aparición de las actas de las Primeras Jornadas y cuatrocientos años de la muerte del Rey de todas las Españas. Entre los días 14 y 19 de septiembre de 1998 se desarrollaron finalmente las Jornadas⁵¹⁷, con gran éxito, y a partir de entonces no han dejado de convocarse, celebrarse y publicarse las actas. De manera que los veinte años que han seguido han visto cuatro más⁵¹⁸, y están anunciadas

⁵¹³ Francisco PUY (ed.), *El derecho natural hispánico*, Madrid, Escelicer, 1973.

⁵¹⁴ Para los primeros años de la historia de la Asociación Felipe II, véase Miguel AYUSO, *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, cit., págs. 104 y sigs.

⁵¹⁵ Cfr. Miguel AYUSO, «Cuarenta años de *Verbo*», *Verbo* (Madrid), núm. 399-400 (2001), págs. 785 y sigs.; «Cincuenta años», *Verbo* (Madrid), núm. 499-500 (2011), págs. 755 y sigs.

⁵¹⁶ Cfr., para su historia, Juan CAYÓN, «El Seminario de Derecho Natural y Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación: apuntes para su historia veinticinco años después», *Verbo* (Madrid), núm. 517-518 (2013), págs. 577 y sigs.

⁵¹⁷ Miguel AYUSO (ed.), *El derecho natural hispánico, ¿pasado o futuro?*, Córdoba, Caja Sur, 2001.

⁵¹⁸ En 2008 las Terceras (Guadalajara de la Nueva España), en 2012 las Cuartas (Madrid), en 2016 las Quintas (Ciudad de Méjico) y en 2019 las Sextas (Santafé de Bogotá). Y las actas: Miguel AYUSO (ed.), *Cuestiones fundamentales de derecho natural*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2009; *El bien común. Cuestiones actuales e implicaciones político-jurídicas*, Madrid, Itinerarios, 2013; *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Madrid-Barcelona-Buenos

otras, que serán las séptimas o las octavas incluso, para el año 2022, medio siglo después de las primeras⁵¹⁹.

Igual que al final de las Primeras Jornadas nació la Asociación de Iusnaturalistas Hispánicos Felipe II, las Segundas vieron el renacimiento de la Asociación, eso sí, crecida, en el Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II. Porque, a la sección de estudios de derecho natural, se quiso sumar otras dos, de estudios históricos y políticos, respectivamente. Presidido inicialmente por Juan Vallet de Goytisolo, los directores de las tres secciones fueron los profesores Dip, Segovia y Castellano. El mendocino Segovia era el único que no había podido asistir a las jornadas de Córdoba, pero se ha convertido con posterioridad en pieza fundamental del Consejo. A la muerte de Juan Vallet, recayó sobre mí la presidencia, manteniéndose los tres directores de los centros mencionados.



Córdoba, Círculo de la Amistad, septiembre de 1998. De izquierda a derecha: Maria Beatriz y Mario Emilio Bigotte Chorão, Miguel Ayuso (detrás), PFC, Francesco Gentile, Guido Soaje, Juan Vallet de Goytisolo y Estanislao Cantero.

3. La representación portuguesa y brasileña en las Segundas Jornadas Hispánicas de Derecho Natural

Hacia 1996 empezamos a preparar la reunión. No había duda respecto de la selección de algunas delegaciones. En los Estados Unidos no estaba ya con nosotros Federico Wilhelmsen, pero vino Thomas Molnar, que no era un filósofo del derecho, pero sí un filósofo de verdad, atento de resultas a todo, compañero de armas de Wilhelmsen en la batalla no acabada contra el conservadurismo americanista⁵²⁰. Al que se sumó un yerno del propio Wilhelmsen, agudo observador de las vicisitudes del derecho natural en el mundo anglosajón, Michael Ewbank. En la Argentina, de los fundadores de la sección rioplatense de la Felipe II, acudieron a la llamada Guido Soaje⁵²¹, maestro de todos, y –de entre la generación siguiente– Bernardino Montejano y Félix Lamas. Del *finis terrae* chileno, junto con Gonzalo Ibáñez, uno de los supervivientes de las Primeras Jornadas, tuvimos a Juan Antonio Widow, el principal discípulo del mayor maestro local del tomismo hispánico, el padre Osvaldo Lira⁵²². En el mundo germánico, siempre tan kantiano, tan complejo de penetrar por tanto, teníamos al romanista Wolfgang Waldstein, e incorporamos también al moralista Horst Seidl para que nos ofreciera un estudio de la

Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2016; *Derecho natural y economía. La economía católica, a la luz de la ley natural y de la doctrina social de la Iglesia, frente a los problemas actuales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2020.

⁵¹⁹ Las Séptimas, previstas para Madrid en 2021, versarán (D. m.) sobre «Barroco e Hispanidad», mientras que las Octavas, en 2022, a los cincuenta años de las primeras, tienen por tema *¿El derecho natural contra el derecho natural? Historia y balance de un problema*.

⁵²⁰ Cfr. Rafael GAMBRA, «Al luminoso recuerdo de Federico Wilhelmsen», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada* (Madrid), núm. 2 (1996), págs. 167 y sigs.; Miguel AYUSO, «Frederick D. Wilhelmsen, tradicionalista hispánico», *Fuego y Raya* (Córdoba de Tucumán), núm. 10 (2015), págs. 113 y sigs.; Miguel AYUSO, «In memoriam Thomas Molnar», *Verbo* (Madrid), núm. 487-488 (2010), págs. 551 y sigs.

⁵²¹ Véase Miguel AYUSO, «In memoriam Guido Soaje», *Verbo* (Madrid), núm. 433-434 (2005), págs. 212 y sigs.; Bernardino MONTEJANO, «In memoriam Guido Soaje», *Verbo* (Madrid), núm. 433-434 (2005), págs. 215 y sigs.

⁵²² Rafael GAMBRA, «In memoriam Osvaldo Lira, Ss. CC.», *Verbo* (Madrid), núm. 351-352 (1997), págs. 151 y sigs.; Miguel Ayuso, «In memoriam Osvaldo Lira, SS. CC.», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada* (Madrid), núm. 2 (1996), págs. 171 y sigs.

obra del primero. La península italiana era fácil: Pietro Giuseppe Grasso, Francesco Gentile y Danilo Castellano formaban un equipo insuperable⁵²³. Se añadieron, además, para nuestra satisfacción, otros colegas. Y de Francia, desaparecido Villey⁵²⁴, y también su discípulo Augé, sólo quedaban de la escuela Michel Bastit, François Vallançon y Alain Sériaux. Todos quisieron estar presentes.

He dejado deliberadamente para el final la representación brasileña y portuguesa. Del Brasil el vacío de José Pedro Galvão de Sousa sólo se podía intentar colmar con sus discípulos. Clovis Lema Garcia, el de mayor edad, y Ricardo M. Dip, el más activo. Ambos escoltaron a Alexandra Chequer, viuda de José Pedro, para que no hubiera duda de la continuidad. Tenía gran importancia esa presencia brasileña, pues no en vano Galvão de Sousa era quizá uno de los amigos más cercanos a Elías de Tejada⁵²⁵.

¿Y de Portugal? Guilherme Braga da Cruz, amigo de Elías de Tejada, y prácticamente coetáneo suyo, había fallecido hacía años, casi a la misma edad⁵²⁶. En Bolzano, en el Instituto Internacional de Estudios Europeos Antonio Rosmini, que no es *rosminiano* sino que se acoge a un gran nombre de la cultura italiana contemporánea⁵²⁷, había conocido sin embargo a principios de los noventa a Mario Emilio Bigotte Chorão. Mario, personalidad verdaderamente delicada y buena, acompañado siempre de la admirable Maria Beatriz, cultivaba la filosofía jurídica en la clave del realismo clásico, así que lo invité sin dudar. Pero quería añadir a otro colega portugués, para romper ese maleficio de una cercanía que a veces se torna tan lejana. Mis amigos portugueses se movían más bien por el campo de la ciencia política y no terminaba de darme un nombre. Los que me eran conocidos por sus publicaciones pertenecían a las distintas escuelas positivistas. Y, de repente, a la vez, me fue sugerido el nombre de Paulo Ferreira da Cunha por el propio Mario Bigotte Chorão y por François Vallançon. Así que lo invité.

4. La aportación de Paulo Ferreira da Cunha

El colega portuense nos sorprendió a todos por la vivacidad intelectual y por la amplitud de sus saberes. También por la abundancia de sus escritos. A la hora de acercarse al problema del derecho natural, sea objeto o ciencia, procura en cambio mantenerse lejos de su ideologización. Nos recuerda la ironía de Michel Villey respecto del iusnaturalismo, caracterizándolo como una enfermedad que hipertrofia y altera los órganos del derecho natural⁵²⁸. Visto así, claro, el iusnaturalismo es el derecho natural racionalista: moderno, protestante y europeo, según lo que antes dijimos. En Villey no ofrece duda. En Ferreira da Cunha, en cambio, todo aparece más difuminado. Aunque el derecho natural renazca siempre de sus cenizas y acabe por ser, en tiempos de crisis o tras ella, la única *convicción* legítima para un jurista. Porque –dice– puede ser una forma de

⁵²³ Véanse mis textos «El derecho político realista de Pietro Giuseppe Grasso», *Verbo* (Madrid), núm. 443-444 (2006), págs. 213 y sigs.; «In memoriam Francesco Gentile», *Verbo* (Madrid), núm. 479-480 (200), págs. 739 y sigs.; «Danilo Castellano en la tradición católica», *Verbo* (Madrid), núm. 537-538 (2015), págs. 793 y sigs.

⁵²⁴ Miguel AYUSO, «Presentación» a Michel VILLEY, *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2019, págs. 13 y sigs.

⁵²⁵ Francisco ELÍAS DE TEJADA, «José Pedro Galvão de Sousa en la cultura brasileña», *Verbo* (Madrid), núm. 221-222 (1984), págs. 49 y sigs.; Miguel AYUSO, «José Pedro Galvão de Sousa, filósofo del derecho y iuspublicista», *Verbo* (Madrid), núm. 305-306 (1992), págs. 529 y sigs.

⁵²⁶ Gonçalo SAMPAIO E MELO, *Guilherme Braga da Cruz: introdução ao estudo da sua biografia*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2018.

⁵²⁷ Danilo CASTELLANO y Vera PASSERI PIGNONI, *L'Institut international d'études européennes «A. Rosmini». Cenni storici e notizie delle sue attività*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

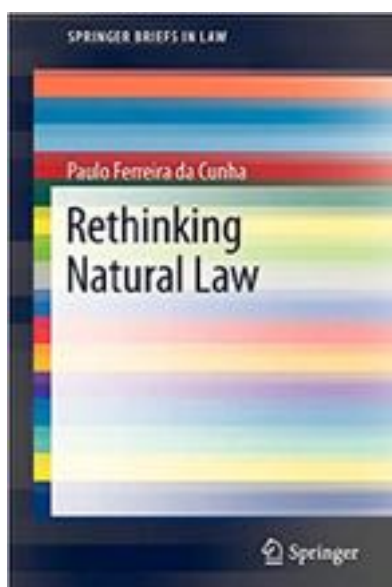
⁵²⁸ Michel VILLEY, «Jusnaturalisme. Essai de définition», *Revue Interdisciplinaire d'Études juridiques* (Bruselas), vol. 17, núm. 2 (1986), págs. 25-32.

justificar una doctrina política, religiosa o moral, que se convierte así en indiscutible al ser presentada como de derecho natural.



En la reunión cordobesa uno de los españoles presentes, de la generación que hizo posibles las Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural un cuarto de siglo antes, a la que se reservó la presidencia de las sesiones pero se le excluyó cuidadosamente de las ponencias, pudiendo verse las huellas del paso del tiempo, defendió un iusnaturalismo *light*. No era acertada la propuesta y hubiera sido rechazada de plano por el profesor Elías de Tejada. Nada más contrario al pensamiento, y también al estilo, que respectivamente alumbró y alentó en su obra y con su vida. La mayoría de los ponentes se sumaron a la crítica, algunos encendidamente, mostrando así que la nueva generación pertenecía a la vieja estirpe, mientras que algunos de la antigua, se habían trasbordado.

¿Y Paulo Ferreira da Cunha? ¿No podría quizá ubicarse, sin polémica, pero quizá con acierto, en esa línea? No me lo parece, la verdad. Si, primeramente, por *light* se quería entender –sin decirlo– débil, no es feliz la distinción entre un pensamiento fuerte y otro débil. Lo que se denomina pensamiento fuerte no es el clásico, sino el moderno *tout court*. El del iusnaturalismo (que no derecho natural) antes rechazado. Mientras que se reservaría la denominación de pensamiento débil al posmoderno, derivación coherente (a veces) del primero, concretada en el campo que nos ocupa en la reducción del derecho natural a pretensiones, esto es, a «derechos humanos». No creo que la obra de Paulo Ferreira da Cunha discorra por ese carril. Aunque los derechos humanos hayan aparecido con frecuencia entre las páginas abundosas de sus libros abundantes. Podría pensarse también, a continuación, en la confusión del objeto con el método, de modo que la postulada ingravidez llevaría a desarraigar el derecho natural de su entraña ontológica, dejándolo en un método (llamado) *tópico*, que en cualquier caso no coincide con la dialéctica clásica. Tampoco creo que en Paulo Ferreira da Cunha haya obrado una sustitución como esa. Como no lo veo, y sería una tercera posibilidad interpretativa, dejando de lado la dimensión criteriológica de la juridicidad natural, según el parecer de los que la ubican en el solo estrato moral.



¡Ah! ¿Y si fuera un derecho natural difuso? Eso es otra cosa. Pues no es que en Paulo Ferreira da Cunha desaparezca la ontología jurídica o se absolutice la metodología jurídica. Lo que pasa es que, junto con la criteriología jurídica, se presentan las anteriores con un trazo deliberadamente difuminado, desleído. Releamos el final de su ponencia cordobesa: «Mientras tanto, en esa última frontera del universo cultural, la nebulosa del derecho natural espera y, centelleantemente, sonrío. Perdón: esta es una imagen fijista, normativista, antidialéctica. Corrijamos pues: “El derecho natural, mientras tanto, actúa incesantemente, en la *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*. Mientras, eso sí, hay quien continúa maravillado dejando pasar las injusticia contemplando el cielo estrellado sobre sí y la ley moral dentro de sí. Solamente»⁵²⁹. La ironía, finísima, no puede ser más expresiva. ¿Cómo seguirla a través de la obra de nuestro autor? No podría hacerlo, ni aun queriendo, en este boceto que le ofrezco con todo afecto al colega y al amigo.

5. Encuentros... ¿y desencuentros?

A un colega y amigo que, tras la ocasión cordobesa, he vuelto a ver un puñado de veces. Reunidos más bien en torno de la Constitución y sus problemas, otro tema que ha concentrado su atención a lo largo de los años, y en el que con toda modestia he echado también mi cuarto a espadas.

La primera vez, salvo error, fue en 2003, en la sede acogedora del Instituto de Estudios Europeos de Bolzano, al que ya me he referido, a donde tuve la ocasión de invitarle –en mi calidad de vicepresidente– en un momento en que emergía la cuestión de la Constitución europea, dos años después fracasada *formaliter loquendo*. En su intervención, que lleva –como todas– la marca de la casa, se advierte una oscilación entre doctrinas de raíz tradicional y otras con un sello decididamente moderno. Así, con referencia al problema del federalismo en el seno de la Unión Europea, distingue la vieja monarquía *federativa* hispánica, a través de la oportuna cita de Galvão de Sousa, y el

⁵²⁹ Paulo FERREIRA DA CUNHA, «Metodología del derecho natural», en Miguel AYUSO (ed.), *El derecho natural hispánico, ¿pasado o futuro?*, cit., pág. 243. Por mi parte, la afirmación del derecho natural se presenta de modo neto: véase «¿Dos derechos? El imprescindible derecho natural», en Miguel AYUSO (ed.), *Utrumque ius. Derecho, derecho natural y derecho canónico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2014, págs. 263 y sigs.

federalismo moderno. En la primera, regida por el principio del *fuero*, las distintas entidades mantienen sus instituciones y leyes propias, con una autonomía que respeta sus mecanismos representativos. El segundo, conducente a la construcción de un Estado, está presidido por el designio de ignorar toda tradición institucional y jurídica previa, devaluando además los parlamentos nacionales. De manera que concluía su discurso defendiendo «un europeísmo democrático contra la euroburocracia» y proponiendo «el eurol pluralismo contra el eurostatismo, por el sueño siempre actual de la Unidad de las Naciones contra el peligro de la Eurolandia, el Estado leviatán europeo»⁵³⁰. Por mi parte, con coincidencias notables en la *pars destruens*, la divergencia es tanto mayor en la *pars construens*, más allá de la evocación, por su parte quizá un tanto retórica, de la experiencia histórica de la monarquía hispánica, tan alejada del europeísmo ideológico⁵³¹.

Una segunda ocasión se presentó pronto, en las jornadas que organizó el 2004 con su Instituto Jurídico Interdisciplinar de la Universidad de Oporto, donde tuvo la amabilidad de convidarme a tratar la relación entre derecho natural y derecho constitucional, en el seno de un gran *collage*, que evidenciaba una vez más el eclecticismo creciente de su pensamiento, sobre «Derecho natural, religiones y culturas»⁵³².

El año siguiente, 2006, el encuentro fue de nuevo en Portugal, en la Universidad Católica Portuguesa de Lisboa, para homenajear al otro amigo portugués de las jornadas cordobesas: Mario Bigotte Chorão. Paulo Ferreira da Cunha afrontó directa cuanto vaporosamente la conexión, relevante en el pensamiento del autor homenajeado, pero en modo alguno pacífica, entre iusnaturalismo, realismo y personalismo⁵³³. Si iusnaturalismo se refiere al derecho natural clásico, la correspondencia con un realismo de cuño igualmente clásico, esto es, ajeno a otro que tiene por signo distintivo la fuerza desnuda, es también perfecta. En su seno, la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) se abre a la naturaleza de la cosa (*natura rei*), comprendiendo todas las cosas divinas y humanas, tanto en su conjunto como separadamente, y alcanzando al mismo tiempo a las cosas y las relaciones entre ellas, al ser y al movimiento. Entre unas y otras se incluyen, en todo caso, a los hombres, las relaciones entre los mismos (instituciones, comunidades y sociedades), su entorno (físico, climático, biológico) y sus hechos actos o negocios⁵³⁴. La fundamentación metafísica de la persona tiene, claro está, su lugar destacado en ese cuadro. ¿Y el personalismo? Eso es otra, cosa, y no sólo por el *ismo*, indicio de ideología, sospechoso –*et pour cause*– para Paulo Ferreira de Cunha⁵³⁵. También porque el personalismo, paradójicamente, termina en la destrucción de la persona⁵³⁶.

La última vez que se han cruzado nuestros caminos, antes de esta gratísima de su homenaje, no fue en persona, sino tan sólo epistolarmente. En 2015 me sumó a un trabajo

⁵³⁰ Paulo FERREIRA DA CUNHA, «Costituzionalità e prospettiva sulla Costituzione europea», en Danilo Castellano (ed.), *Quale Costituzione per quale Europa?*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, págs. 105-106.

⁵³¹ Cfr. Miguel AYUSO, *El Estado en su laberinto. Las transformaciones de la política contemporánea*, Barcelona, Scire, 2011, págs. 31 y sigs.

⁵³² Paulo FERREIRA DA CUNHA (ed.), *Direito natural, religiões e culturas*, Coimbra, Coimbra editora, 2004.

⁵³³ Paulo FERREIRA DA CUNHA, «Realismo, personalismo e jusnaturalismo. Homenagem (telegráfica) ao Prof. Mário Bigotte Chorão», *Direito e Justiça* (Lisboa), vol. especial (2008), págs. 15 y sigs. Más problemática es la lectura de Danilo CASTELLANO, «La persona e l'ordinamento giuridico nel pensiero giusfilosofico di Mário Emílio Forte Bigotte Chorão», *loc. cit.*, págs. 97 y sigs., y Miguel AYUSO, «Las aporías presentes del derecho natural (De retorno en retorno)», *Direito e Justiça* (Lisboa), *loc. cit.*, págs. 51 y sigs.

⁵³⁴ Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho. II. Parte sistemática*, Madrid, CEURA-Consejo Superior del Notariado, 1996, págs. 28-37 y 133-196.

⁵³⁵ Paulo FERREIRA DA CUNHA y Ricardo M. DIP, *Propedéutica jurídica. Uma perspectiva jusnaturalista*, Campinas, Millenium, 2001, págs. 126-127.

⁵³⁶ Cfr. Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporáneo*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

por el dirigido sobre el proyecto de un Tribunal Constitucional Internacional. Acepté gustoso y no hube de esperar mucho –Paulo Ferreira da Cunha es un organizador siempre eficaz– para ver el volumen. En una contribución anterior, que titulé «Interconstitucionalidades», destaca ese mero término, pero en singular, como evocador de diversas «hibridaciones», a saber, las de la Constitución en red (horizontal) o del llamado constitucionalismo multinivel (vertical). Pero no le parece suficiente. De modo que lo utiliza en plural, ampliando la polisemia del nexo entre lo internacional y lo constitucional, a fin de superar las tesis nacionalistas y soberanistas, que juzga además poco jurídicas y contrarias a la integración en curso; así como de avanzar un proyecto de Tribunal Constitucional Internacional⁵³⁷. Mi aportación no discurrió exactamente por esas sendas. La construcción del constitucionalismo, me parece, plantea problemas relativos al Estado que se constituye, al poder constituyente a través del que se crea una Constitución y a la interpretación de ésta por un órgano al que se atribuye de modo eminente la interpretación y aplicación de la Constitución. Cuando trasladamos estos problemas al nivel internacional, lejos de facilitarse su solución, se hace más ardua. En particular en un tiempo en el que la crisis del constitucionalismo ha llevado a algunos a hablar de neo-constitucionalismo y a otros –como el autor– de post-constitucionalismo⁵³⁸.

6. Coda

De lo dicho quizá pudiera extraerse, en conclusión sumaria, pese a haber participado en las importantes jornadas que se celebraron Córdoba hace más de veinte años, la falta de adscripción de Paulo Ferreira da Cunha a la escuela del derecho natural hispánico. Y es cierto que la literatura de perfiles suaves y ondulantes que cultiva no se aviene con el trazo cortante y puntiagudo con que lo inventó (en el sentido de *invenire*) Francisco Elías de Tejada.

No obsta lo anterior, en cambio, para que se hayan dado en ocasiones convergencias y afinidades. Que, junto con las discrepancias, se han desgranado en amigable coloquio en Portugal tanto como en Castilla. Y a veces en tierras imperiales, no lejos del Trento de nuestros mayores, donde el carmelita Baltasar Limpo departió con el dominico Melchor Cano y el jesuita Diego Laínez.

⁵³⁷ Paulo FERREIRA DA CUNHA, «Interconstitucionalidades. Por um Tribunal Constitucional Internacional», *Jurismat* (Portimão), núm. 7 (2015), págs. 251 y sigs. El volumen colectivo apareció en la revista *Notandum* (São Paulo), núm. 41 (2016).

⁵³⁸ Miguel AYUSO, «¿Un Tribunal Penal Internacional? Una visión problemática», *Notandum* (São Paulo), núm. 41 (2016), págs. 53 y sigs. Puede verse también mi libro *Constitución. El problema y los problemas*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2016.

Paulo Ferreira da Cunha e a arte de fazer academia jurídica

Osmar Fernando Gonçalves Barreto⁵³⁹

Introdução

O presente artigo é uma homenagem ao Eminentíssimo Jurista e Professor Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha (PFC), do qual fui pupilo no Programa de Mestrado das Faculdades Metropolitanas Unidas em São Paulo – SP, na disciplina: Teoria do Direito e Política na Sociedade da Informação, no primeiro semestre de 2017.

Ademais, tive a honra de substituir o renomado Docente em algumas aulas do curso de graduação em Direito da aludida instituição, bem como de ser coautor, juntamente com o nobre colega Professor Ronny Max Machado, do artigo intitulado: *O Público e o Privado: Transformação da “Magno Divisio” Jurídica na Sociedade da Informação*, publicado na revista da *Jurídica da Cesumar* - Mestrado, em fevereiro de 2019.⁵⁴⁰

A contribuição de Paulo Ferreira no processo educativo por meio de seu notório saber jurídico é evidente. Suas aulas foram inspiradoras, intercaladas por ensinamentos estritamente técnicos e lições de vida, que transbordam a seara acadêmica.

Destarte, o elevado conhecimento deste grande Mentor me motivou a escrever sua biografia jurídica. Salientado que não tenho a pretensão de versar sobre todos os aspectos que permeiam a fecunda vida do mencionado Jurista, sendo o presente ensaio apenas um enxerto, principalmente, sobre sua atuação no Direito, em especial no meio acadêmico.

Pude ter um vislumbre da importância do trabalho do Catedrático PFC em Portugal, quando participei do Congresso Internacional organizado pelo CONPEDI, em setembro de 2017 na cidade de Braga. Em tal ocasião apresentei um artigo na Universidade do Minho - sendo que o Professor foi um dos fundadores do Curso de Direito em tal instituição-, e tive o prazer de conhecer a diretora da UMINHO, a Professora Eva Sónia Moreira da Silva, que inclusive foi aluna do referido Docente, a qual ficou muito surpresa quando falei que havia submetido um artigo, que fiz em coautoria com o Dr. Paulo, tendo em vista que ele é considerado um dos maiores juristas

⁵³⁹ Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP/ Bolsista CAPES). Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional-SP. Professor de Graduação em Direito no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP). Relator na CAASP. Advogado. *E-mail*: osmarbarreto2@hotmail.com.

⁵⁴⁰ MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves; CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. *O Público e o Privado: Transformação da “Magno Divisio” Jurídica na Sociedade da Informação*, *Revista Jurídica Cesumar*, v. 19, n. 1, janeiro/abril 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6481>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

contemporâneos de Portugal, colocando-o ao lado de José (Joaquim Gomes) Canotilho e Jorge (Manuel Moura Loureiro de) Miranda, e também apontou que na ocasião o Prelecionador estava cotado para ser Juiz Conselheiro do Superior Tribunal de Justiça do país em questão, o que se efetivou em 2019.



O autor apresentando o Professor PFC, antes de sua explanação na FMU (São Paulo - 2017)
Foto: Arquivo pessoal do autor.



Palestra de PFC no seminário Filosofia e Educação na USP. (São Paulo – 2011)
Foto: Cecília Bastos/Jornal da USP.

Ademais, o supracitado Juiz tem um papel relevante em diversas instituições de ensino, não somente em seu torrão natal, mas também no Brasil e em outros países que serão citados ao longo do ensaio.

Dessa forma, foi uma satisfação incomensurável receber o convite para participar da presente obra ao qual aceitei de pronto. Portanto, humildemente tentarei apontar as principais atuações do Magistrado ao longo do tempo, sem, jamais, ter a pretensão de sintetizar uma vida profissional tão profícua.

1. Trajetória acadêmico-discente

Paulo (Jorge Fonseca) Ferreira da Cunha nasceu em 1959, na cidade do Porto em Portugal.

Começou a se dedicar ao Direito em 1978, com 19 anos há época, por meio dos estudos de Graduação em Licenciatura em Direito, na Universidade de Coimbra (UC) em Portugal, a qual concluiu em 1984.

Em seguida, no ano de 1985, com 26 anos, começou a fazer Mestrado em Direito no curso de Ciências Jurídico-Políticas da mencionada Universidade de Coimbra. Defendeu sua dissertação com o Título: *Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e Histórica*, sob a orientação do Professor Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, obtendo o título de Mestre no ano de 1988. Na altura, o seu Mestrado prolongou-se por questões administrativas (com aulas ao longo de dois anos), e teve que esperar para poder apresentar a dissertação escrita.

No ano de 1988 ingressou no Doutorado na “Université Panthéon-Assas”, de Paris - França, sob a batuta do Prof. François Vallançon, o qual o orientou na elaboração da tese intitulada “Mythe et Constitutionnalisme au Portugal. Originalité ou influence Française?”⁵⁴¹, e obteve o título de Doutor em Direito no ano de 1992.

Outrossim, na busca implacável pelo saber, em 1992 o então Doutor Paulo da Cunha iniciou outro Doutorado, desta vez em seu país natal, mais precisamente retornando mais uma vez a UC, novamente sob a orientação do Professor Rogério

⁵⁴¹ “Mito e Constitucionalismo em Portugal. Originalidade ou influência francesa?”. Tradução livre.

Guilherme Ehrhardt Soares, confeccionando a tese com o título: *Constituição, Direito e Utopia*, concluindo tal doutoramento em 1995.

Não bastasse tanto, deu início a Graduação em História da Arte em 1997, na Faculdade de Letras da Universidade do Porto (FLUP) – Portugal, a qual interrompeu em 1999, sem nunca relegar o Direito.



PFC assinando termo de posse como membro efetivo de uma Academia. (São Paulo- 2019).
Foto: Gerusa Pimentel



Conferência “Fraternidade e Humanismo – Novos Paradigmas para o Direito”. (STF, Brasília - 2017)
Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e PFC

Depois iniciou ainda uma graduação em Curso Superior de Desenho no ano de 2000, na Escola Superior Artística do Porto (ESAP), Portugal, a qual, infelizmente teve que interromper em 2001, em razão dos encargos advindos da área jurídica.

Acabaria por concluir o curso de “Pintura de Paisagem” na Faculdade de Belas Artes da Universidade do Porto, em 2018.

Continuou sua trajetória acadêmica na seara jurídica se tornando Livre-docente em 2000, pela Universidade do Minho (UMINHO), Portugal, defendendo o relatório sobre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, com Agregação em Direito Público (em Portugal é o título que corresponde à Livre-Docência).

Em 2012 iniciou os estudos para sua mais recente titulação, a qual foi obtida no ano de 2013, quando recebeu o título de Pós-Doutor pela Universidade de São Paulo (USP) Brasil, versando sobre a Teoria do Estado. Esse estudo desaguaria no livro *Filosofia do Direito e do Estado*, que seria editado pela editora Fórum, de Belo Horizonte - Brasil, presentemente se preparando uma nova edição.

Concomitantemente, fez uma especialização em "International English Language Test System" (IELTS), língua inglesa, na Instituição de Ensino British Council. Além, de já ter cursado o “Institut Français” e o “Goethe Institut”.

Indubitavelmente, com essa breve linha do tempo sobre os estudos realizados pelo Emérito Paulo, pode se visualizar que é um acadêmico dedicado, principalmente, às Ciências Jurídicas, mas também denota conhecimento em outras searas, como línguas, história e, em especial, da arte, a qual também se dedica no seu tempo livre, pintando várias obras, inclusive participando de exposições com caráter pós-modernistas e, em especial, no Circolo Italiano San Paolo⁵⁴², na qual exibiu telas de 90x90 centímetros.

O trabalho prosseguirá versando sobre as atividades profissionais de Paulo Ferreira da Cunha, abordando sua atuação em Portugal e, posteriormente, em outros países.

⁵⁴² O Circolo Italiano de San Paolo é referência de tradição, cultura, arte e gastronomia, localizado em um dos pontos turísticos mais famosos da cidade de São Paulo-Brasil.

2. Atuação profissional em Portugal

Após sua graduação em Direito, o então bacharel Paulo Jorge começou a fazer estágio advocatício em 1984, no escritório dos Drs. José Emílio Sampaio e Castro, Ruy Albuquerque e Moreira Maia, logo em seguida se tornando advogado, atuando até o ano de 1986, quando pediu a sua suspensão dos quadros da Ordem dos Advogados de Portugal (OAP), o que coincidiu, certamente, com a sua admissão como Auditor de Justiça, para prosseguimento na carreira de Magistrado. Porém, não tomou posse para se enveredar na carreira acadêmica.

Em 1989 foi aprovado em concurso público para assistente na Faculdade de Letras da Universidade do Porto (FLUP), embora antes tenha lecionado noutras instituições, públicas e privadas.



PFC no 49º Prêmio Jabuti (São Paulo – 2007).



“Stencil” em homenagem a PFC
(Arte Sem Dono/Porto-2018).

Já em 1992, começa um capítulo a parte na vida docente de Paulo Ferreira, pois foi em tal ano que se iniciou uma ligação estreita entre o Professor e a Universidade do Minho (UMINHO), na linda Braga, que é uma das mais antigas de Portugal, e é dividida entre uma parte histórica, com prédios antigos, como o próprio Salão Medieval de Cerimônias da Universidade datado dos anos de 1500, e uma área totalmente contemporânea, com construções modernas. Assim, nessa cidade cosmopolita e acolhedora, a qual diversos brasileiros adotam como lar, passou a exercer inicialmente a função de Assistente na UMINHO e atuou como um dos fundadores do Curso de Direito da aludida Instituição de Ensino. Em 1993 passou a trabalhar como professor convidado, equiparado a professor auxiliar, também na Graduação em Direito, até 1995. Com o seu doutoramento em Coimbra, passou a professor auxiliar “tout court”. E em 1998, depois de concurso, passou a ser professor associado na Instituição do Minho, até o ano de 2001.

No ano de 1998 formou um forte Vínculo institucional com a Universidade Nova de Lisboa, mas dessa vez na área da Cultura, atuando em duas frentes: como investigador - função equiparada a de pesquisador no Brasil -, no Centro de História da Cultura e também no grupo de Pensamento e Cultura Hispânica. Embora tendo suspenso as suas funções desde que passou a lecionar no Brasil, mais tarde.

Posteriormente, em 2001 voltou à cidade do Porto, dessa vez para atuar como Professor Catedrático e fundador do Instituto Jurídico Interdisciplinar (IJI), que era um organismo oficial da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), cujos objetivos eram:

1. Promover a realização de projectos e trabalhos de investigação, organizados normalmente em linhas de investigação. 2. Promover o intercâmbio com outras universidades e unidades de investigação congéneres, nacionais, estrangeiras, ou internacionais, fomentando ainda a realização de projectos em comum com outras instituições análogas. 3. Promover e apoiar cursos, conferências, congressos, colóquios, seminários e iniciativas afins. 4. Promover e apoiar publicações. 5. Gerir e organizar a biblioteca do Instituto. 6. Disponibilizar aos seus membros os meios (nomeadamente bibliográficos, informáticos e de mobilidade) necessários ao desenvolvimento dos respectivos projectos.⁵⁴³

Desde 2001 atuou na supramencionada Universidade. Porém, desde 16 de fevereiro de 2015, encontra-se em licença sem remuneração, fundada em circunstâncias de interesse público, conforme requerimento de 23 de julho de 2014.

Ademais, também trabalhou como pesquisador na Universidade Católica Portuguesa do Porto, desde 2002, trabalhando na investigação do pensamento jurídico contemporâneo, no Centro de Estudos do Pensamento Português.

Em razão de todos os trabalhos relevantes realizados no Porto, Cunha foi objeto de uma justa homenagem em suas ruas, através da técnica “stencil” e com a barba formada por plantas. Tal arte foi realizada pelo coletivo cultural Arte Sem Dono, o qual:

Através de cartazes, azulejos, esculturas ou do "stencil", espalha pelas ruas do Porto a identidade nacional e da Invicta. O JN acompanhou o grupo numa das suas saídas. Começaram, há dois anos, com dois elementos; hoje, são cinco a promover "a arte independente", orgulhosa do seu país, das suas figuras ilustres e dos seus "heróis anónimos".⁵⁴⁴

Em Portugal, PFC atuou em todas as Escolas e Faculdades de Direito públicas e, em quase todas as privadas.

Porém, a atividade profissional de Paulo não se resume ao seu país de origem, como se verá no próximo tópico.

3. Atuação profissional em outros países

A dedicação e comprometimento de PFC, aliadas a sua competência e habilidades naturais para o exercício da docência, fizeram com que passasse a ser reconhecido noutros continentes.

Dessa forma, começou a receber inúmeros convites para compartilhar de seus conhecimentos jurídicos ao redor do globo.

A primeira parada da viagem foi na América do Norte, mais precisamente no Canadá, entre os anos de 1993 e 2001, nos quais brilhantemente atuou no “Réseau International "Droits Fondamentaux”⁵⁴⁵ (RIDF).

⁵⁴³ FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO. *Instituto Jurídico Interdisciplinar*. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/uni_geral.unidade_view?pv_unidade=78. Acesso em: 03 de maio 2020.

⁵⁴⁴ JORNAL NACIONAL NOTÍCIAS. *A Arte sem donos nas ruas no Porto*. Disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/especial/galerias/a-arte-sem-dono-nas-ruas-do-porto-9098641.html>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

⁵⁴⁵ Rede Internacional de Direitos Fundamentais. Tradução livre.

Prosseguindo o roteiro, o grande Mestre desbrava o Continente Europeu. Abarcando momentos de aprendizado e troca de saber jurídico.



XIII Seminário Internacional Filosofia e Educação – Fundamentos e Políticas. (São Paulo 2012)
Foto: Francisco Emolo/Jornal da USP



Conferência sobre Direito à Saúde, na OAB, no Brasil. (Publicado no blog do PFC em 2013).
Foto: arquivo pessoal de PFC

Na França, no ano de 2000, trouxe grande contribuição acadêmica na “Université Paris 13 (Paris-Nord)” - Campus de Villetaneuse, lecionando Direito para médicos, em pós-graduação.

A partir de tal ano, o notável Docente passou a contribuir com o seu vasto conhecimento na “Institut de Criminologie Paris II’ (ICP2), o que faz até hoje, como membro do “groupe de recherche du département de philosophie pénale de Institut de Criminologie de l’Université Paris II”⁵⁴⁶.

Na América do Sul, o distinto Paulo Ferreira laborou nas principais faculdades e em diversos Estados do Brasil.

Sua caminhada acadêmica em terras tupiniquins começa em 2005, na região Sudeste, na imensa cidade de São Paulo, onde passa a ser Professor Convidado e Conferencista em Direito Constitucional da Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo (ESDC-SP).

Em 2009, novamente na América do Norte, atua como Professor “Associé au Dep. de Droit Et Justice”, na “Laurentian University of Sudbury”⁵⁴⁷, mais uma vez no Canadá.

Trabalhou em outro nicho, em 2010, na França, na editora Buenos Books (BB), como Diretor de Coleções no conselho na seleção de livros nas áreas de Direito, Ciências Sociais e Humanidades.

Com início em 2011, é Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP).

Doravante, é Professor na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP), na qual continuo seguindo seus passos, cursando o Doutorado, por considerá-lo um disseminador de idéias e de valores, um verdadeiro paradigma como pensador do Direito.

Lecionou no decorrer de 2012, como professor visitante, na Ucrânia, na disciplina de Direito Constitucional na “Kyiv University of Law, National Academy of Sciences of Ukraine”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Grupo de pesquisa do Departamento de Filosofia e grupo de pesquisa do Departamento de Filosofia Penal do Instituto de Criminologia da Universidade Paris II. Tradução livre.

⁵⁴⁷ Associado ao Dep. de Direito e Justiça, na Universidade Laurentian de Sudbury. Tradução livre.

Em 2014, partiu com destino ao México, onde realçou os quadros da “Universidad Autónoma Del Noreste, U.A. NORESTE”⁵⁴⁹, como Professor Visitante.

Em maio do mesmo ano, apresentou, ainda no México, seminários de doutoramento, especialmente sobre Raízes Teóricas, Integração Constitucional Européia, Tribunal Constitucional Internacional e Novos Rumos do Constitucionalismo Global, no terceiro módulo da matéria de Tendências Teóricas Constitucionais, no Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do Nordeste, em Saltillo.

No Continente Africano, saliente-se a atividade na Tunísia, um país situado no Norte da África, limitado pelo Mar Mediterrâneo e pelo Deserto do Saara, onde em 2014, atua como Professor na “Académie Internationale de Droit Constitutionnel” (AIDC).⁵⁵⁰

Ainda em 2014, mas já na cidade de São Paulo, passou a colaborar com a Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular (FUNADESP), onde também foi Coordenador de Projeto de Pesquisa.

Do mesmo modo, é membro correspondente da Academia Paulista de Letras Jurídicas, em São Paulo. Ainda no Brasil, desde 2014, tem laços com a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em Belo Horizonte.

No ano de 2015, ainda em terras paulistanas, tece vínculo de emprego com a LAUREATE, primeiramente na Universidade Anhembi Morumbi (UAM), como Professor de Direito e depois no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), onde brilhantemente atuou como Professor nos cursos de Graduação e Mestrado, e onde tive a imensa felicidade de conhecer o Grandioso Paulo Ferreira da Cunha no ano de 2017, como já mencionado.

Leva-se ao conhecimento do leitor, que o nobilíssimo Paulo Ferreira, atuou como Professor Visitante da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos, no litoral Paulista. Além de ser Professor Honorário da Universidade Mackenzie, na cidade de São Paulo.

Ademais é co-editor, das revistas “International Studies in Law and Education”, Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros, “Collatio, Notandum e Mirandum”, que é uma co-edição do Departamento de Filosofia e Ciências da Educação da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, da “Harvard Law School Association of Brazil” e da Editora Mandruvá.

No norte da região Sul, na cidade do Paraná, tornou-se sócio Correspondente do Centro de Letras do Paraná.

Ao longo de suas viagens também lecionou e proferiu palestras em várias cidades - nos mais diversos continentes -, dentre as quais: Santiago de Compostela, Paris, Londres, Nápoles, Trieste, Lucerna, Málaga, Atenas, Wroclaw, Kiev (Europa), Santiago do Chile (América do Sul), Quebec (América do Norte), Cidade da Praia (Cabo Verde, África), Macau (Ásia), além de várias Universidades e instituições jurídicas de muitos estados do Brasil. Além de participar de júris acadêmicos na Espanha, França e Brasil.

Tais trabalhos, aliados as suas publicações, renderam prêmios para PFC, e ambos (publicações e prêmios) serão mencionados no tópico seguinte.

⁵⁴⁸ Universidade de Direito de Kiev, Academia Nacional de Ciências da Ucrânia. Tradução livre.

⁵⁴⁹ Universidade Autônoma do Nordeste. Tradução livre.

⁵⁵⁰ Academia Internacional de Direito Constitucional, AIDC.

4. Obras e Prêmios

Professor, filósofo, jurista, poeta, artista nato e, sobretudo, um universitário com espírito interrogativo e inquieto, apaixonado pela academia, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha, tem mais de 600 artigos científicos publicados, muitos deles em periódicos indexados (isto é, em que há avaliação pelos pares), e 120 livros, sob sua autoria. É um dos Doutrinadores mais citados na seara do Direito Constitucional.

Ao longo dos anos, influencia gerações de jovens acadêmicos em diversas partes do mundo. Têm estudos publicados em espanhol, francês, inglês, português (línguas as quais fala fluentemente, sendo, portanto, um poliglota), italiano, alemão, chinês, dentre outros idiomas.

Com o seu livro *Direito Constitucional Geral* (para além da “trilogia” *Constituição & Política, O Contrato Constitucional e Direitos Fundamentais: Fundamentos e Direitos Sociais*), publicado em Portugal pela Quid Juris e no Brasil pela Método, ganhou o 49º Prêmio Jabuti - o qual é o mais tradicional galardão literário do Brasil, e é concedido pela Câmara Brasileira do Livro (CBL) aos principais escritores -, e realizou-se em 2007, premiando obras literárias referentes a lançamentos de 2006. Ademais, no mesmo ano ganhou menção honrosa da Sociedade Histórica da Independência de Portugal (SHIP), pelo livro *Lusofílias*.

Um português enamorado pelo Brasil publicou nesse país diversas obras, que elucidam discentes, docentes e leitores afins.

Sucintamente serão pontuados alguns de seus inúmeros artigos publicados em diversas partes do mundo, com o modesto objetivo de instigar o leitor a mergulhar no vasto universo literário do excelso Paulo Ferreira.

Em 2012, escreveu para Crônica Constitucional VIII, o artigo *Proibição do Retrocesso do Possível: Princípios Constitucionais para Tempos de Crise*, discorreu que é uma válvula de segurança do programa constitucional, que assumidamente se limita a reduzir a mínimos (mas os assegura de forma equitativa) no caso de uma situação difícil, de carência, sobretudo financeira – não se fala, obviamente de (im)possibilidade ontológica, matemática, física, lógica, como é óbvio – mas com o fim de, assim, se assegurar o essencial do quadro jurídico-político, social, econômico e cultural da Constituição.

Ademais, escreve a obra *A Constituição é Soberana*, na qual brilhantemente elucidada que:

A Constituição está acima de toda e qualquer outra manifestação jurídica, e, naturalmente, política. Por isso tem sido identificada, na pirâmide normativa (e jurídica em geral), com o vértice. Todo o Direito tem de estar de acordo com a Constituição. As normas, mesmo pretensamente constitucionais, que não respeitem a Constituição, são inconstitucionais e devem ser apagadas (quanto possível, pela natureza das coisas) da ordem jurídica. Estas como outras ideias simples nem sempre são aplicadas (ou se têm presentes) na prática do debate político. Quando, por exemplo, se pensa em revisões constitucionais. Estas também têm de respeitar a hierarquia normativa, logo, os próprios limites e requisitos da Constituição.⁵⁵¹

⁵⁵¹ CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. *A Constituição é Soberana*. Cemoroc-Feusp / IJI - Univ. do Porto., Agosto de 2010.

Produz no ano de 2014, o artigo denominado *A igualdade e as suas irmãs valorativas* e poeticamente expõe que:

A liberdade e a fraternidade são as irmãs valorativas da igualdade, sem as quais sempre será apenas uma promessa não cumprida. A Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade são assim três estrelas de cintilante a luz no firmamento da nossa existência valorativa: são estrelas-guias.⁵⁵²

E ainda, produziu artigos diversos para a Revista Jurídica de “Investigación e Innovación Educativa”, “Bibliothèque de Philosophie Comparée”, “Essais de Philosophie Pénale et de Criminologie”, “ΕΥΔΙΚΙΑ”, Filosofia Prática, Revista Brasileira de Direito Constitucional, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais e Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça, “International Journal of Harvard in Brazil”, sendo estas algumas das mais conceituadas, no que se afere a estudos jurídicos, no mundo.

Em 2017, também recebeu o Prêmio Inovação Jurídica (CemOrOc, USP). Ainda em 2017, é agraciado com a Comenda *Venturis Ventis*, e recebe a Láurea de Mérito Docente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em São Paulo-BR.

No ano de 2019, o Sr. Paulo Ferreira da Cunha foi congratulado com o título de acadêmico efetivo imortal, foi empossado na cadeira de número IV, tendo escolhido como patrono o Poeta Paulo Lébeis Bonfim.

Ainda em 2019, conforme já supracitado, tivemos - o Professor Ronny Machado e este quem vos escreve -, o privilégio de publicarmos pela Revista Jurídica Cesumar, o artigo *O Público e o Privado: Transformação da “Magno Divisio” Jurídica da Sociedade da Informação*⁵⁵³, onde discorremos sobre a transformação da dicotomia entre o público e o privado, e em especial sobre o impacto que tal mudança sofreu com o advento da Sociedade da Informação.

Em janeiro de 2020, a Cemoroc, Centro de Estudos Medievais Oriente & Ocidente da Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, promoveu a edição do livro *Pensar, Ensinar e Fazer Justiça*, nos quadros do XXI Seminário Internacional Filosofia & Educação, dedicado a homenagear, muito justamente, o Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, onde amigos, renomados juristas do Brasil e do mundo discorrem sobre seus brilhantes trabalhos.

Contudo, o tema mais importante, aos olhos de PFC, é o projeto do Tribunal Constitucional Internacional, sobre o qual já escreveu alguns artigos e por isso merece um capítulo a parte nessa singela obra.

5. Tribunal Constitucional Internacional e Paulo Ferreira da Cunha

O Preceptor Paulo Ferreira da Cunha, com o olhar aguçado e sensível para questões além de seu tempo, se filia a ideia de Moncef Marzouki, ativista de direitos humanos e ex-presidente da Tunísia, entre 2011 e 2014:

⁵⁵² CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. *A Igualdade e as suas Irmãs Valorativas*. Ed. Scientia Iuridica 13. Tomo LXIII, nº 334, Agosto de 2014.

⁵⁵³ MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves; CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. *O Público e o Privado: Transformação da “Magno Divisio” Jurídica na Sociedade da Informação*, *Revista Jurídica Cesumar*, v. 19, n. 1, janeiro/abril 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6481>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

[...] que é o proponente do Projeto do Tribunal Constitucional Internacional. O Projeto consiste na criação de uma instituição judicial internacional para monitorar as disposições e práticas constitucionais dos países-membros da ONU.⁵⁵⁴

Dessa forma, a proposta de um Tribunal Constitucional Internacional (TCI), visa à criação de uma nova separação de poderes em nível internacional. Esta demanda emerge da necessidade sobre uma Corte Internacional, que venha suprir os déficits democráticos existentes em diversos países, pois, as instituições locais, muitas vezes, não conseguem resolver os seus conflitos, nem cumprem as diretrizes de suas Constituições e muito menos os Tratados Internacionais, principalmente os que se referem aos Direitos Humanos.

Assim, é necessário fazer um parêntese e, explicar que constituição é:

[..] um conjunto de leis, normas e regras de um país que regula e organiza todas as possíveis atuações do Estado perante sua população. Por oportuno, quando trazemos o conceito de Lei Maior, define-se em sentido jurídico, político e sociológico em determinado Estado de Direito.⁵⁵⁵

Há de se acrescentar que no sentido jurídico, para Hans Kelsen⁵⁵⁶, “a constituição deveria ser entendida como conjunto de normas fundamentais que exterioriza os elementos essenciais do Estado. Com base no sentido lógico-jurídico, a constituição é norma hipotética fundamental.”

Indubitável, é que quando falamos de Supremacia Constitucional, estamos a referir acerca de sua importância no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que se trata da Lei Maior, isto é, o conjunto de normas que regem o Estado.

Desta feita, resta plenamente cabível, que a Constituição a partir de um sentido lato, significa um poder de mando de última instância numa sociedade política. Nessa linha de pensamento, um conceito ligado diretamente à política, ao poder político. A Soberania pretende ser, segundo Bobbio⁵⁵⁷, a racionalização jurídica do poder legítimo, ou seja, do poder de fato em poder de direito.⁵⁵⁸

Portanto, o TCI tem por escopo agir como um revisor de decisões e emissor de pareceres consultivos. Por oportuno, é uma alternativa mediante severos déficits democráticos, que não atuam de forma idônea frente aos problemas evidenciados a partir de uma consciência mundial pela busca da Dignidade Humana.

O Catedrático Doutor Paulo sustenta que não existe uma ruptura da Soberania a partir das decisões do Tribunal Constitucional Internacional, mas, sim, uma participação

⁵⁵⁴ MENEZES, Quênia de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, v. 13 n. 2, 677-705, maio/agosto 2017.

⁵⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁵⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional / Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. – 38. Ed., ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37;

⁵⁵⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, v. 2

⁵⁵⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de maio 2020.

efetiva na melhoria dos serviços públicos indispensáveis e inerentes à qualidade de vida dos cidadãos.⁵⁵⁹

Neste sentido começa a desaparecer aquela plenitude do poder estatal que é característica da Soberania, ou seja, desaparece desta forma as fronteiras, os limites antes estabelecidos tão rigorosamente. Os movimentos de colaborações internacionais estreitaram-se de tal forma que acabam por desgastarem os modelos tradicionais de estados soberanos. O diálogo inter e intraconstitucional já não é um cenário impossível, mas se caracteriza como o momento presente e futuro de uma civilização humana que conheceu, no passado, a violência, o arbítrio e a indiferença de uma Soberania egoísta.⁵⁶⁰

É passada à hora de se repensar uma teoria da tripartição dos poderes, do sistema de freios e contrapesos, o qual não se limite tão somente aos interesses pátrios, mas destes em comunhão com Justiça que prima, justamente, por guarnecer os direitos sociais e a igualdade como pilar do valor fundamental da dignidade da pessoa humana no mundo.⁵⁶¹

Frisa-se que o TCI seria o último estágio de controle de decisões, utilizado somente após o esgotamento de todos os recursos existentes, oferecidos pelas distintas ordens jurídicas nacionais.

Conclama-se todos a um esforço de "self-restraint"⁵⁶² ideológico, sob pena de a discussão resvalar para uma guerra de todos contra todos. Respeitemos doravante, cada vez mais, o princípio da especialidade temática e de estilo: o foco é trabalhar em comum com todos, todos mesmo, por um projeto para a Humanidade. Independentemente do amor ou ódio que pelas suas ideologias, religiões, filosofias e outras idiossincrasias tenhamos. Isso será Fraternidade na prática, que realmente é um dos objetivos substanciais de uma Corte Constitucional Internacional⁵⁶³.

Convém assinalar que o Tribunal Constitucional Internacional não se sobrepõe às constituições nacionais, pois objetiva-se a decisões consultiva e deliberativa que deverão, sempre, ser colegiadas, a partir de seu relator. Preliminarmente em breve trecho impõe-se o dever de conhecer a realidade local, seus hábitos e costumes, a fim de verificar como elaborar a melhor resposta para aquela demanda judicial, conferindo significado à Constituição daquele(s) país(es), aos Direitos Humanos e à Dignidade Humana.⁵⁶⁴

O panorama exposto, por óbvio, não exclui os diversos avanços alcançados. No que tange aos Direitos Humanos, com toda certeza, seria mais uma ferramenta ao combate das desigualdades sociais, culturais e s e políticas, protegendo a aplicabilidade efetiva dos direitos fundamentais.

Em razão de tudo que foi abordado acima, fica claro o motivo pelo qual Paulo Ferreira é um defensor tão ferrenho e dedicado da criação de um Tribunal Constitucional

⁵⁵⁹ CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. Do Constitucionalismo Global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 15 – jan./jun. 2010

⁵⁶⁰ Op. Cit.

⁵⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

⁵⁶² *Judicial Self-Restraint* - Numa das mais conhecidas anedotas que surgiram em torno da lenda em que se transformara, conta-se que Holmes, comprovando seu apego à auto contenção judicial (*judicial self-restraint*), cansado da retórica de um jovem bacharel, que insistia em que a Corte desconsiderasse o que expressamente dispunha a lei e “fizesse justiça”, teria interrompido a oratória do inexperiente jurista para adverti-lo de que estava num tribunal onde se aplicava o direito, e não onde se “fazia justiça”: “Meu jovem, este é um tribunal de direito, não uma corte de justiça. AVILA, Ana Paula Oliveira; MIRANDA, Paula Mandará. Supremo Tribunal Federal: Ativismo ou *Self-Restraint* na Efetivação de Direitos Sociais? *Quaestio Iuris*. vol. 10, n°. 01, Rio de Janeiro. p. 519-543. 2017.

⁵⁶³ CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. *Direito Fraternalista. Novo paradigma Jurídico*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2017.

⁵⁶⁴ CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. Do Constitucionalismo Global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 15 – jan./jun. 2010.

Internacional. Por isso, já efetuou várias publicações sobre o tema, bem como participou e fomentou a realização de congressos (o primeiro em 2014) e encontros para versar sobre os pontos mais sensíveis para a implementação do TCI, pois nos dizeres do próprio professor:

Quando, mesmo em ambiente acadêmico, se levanta a hipótese da criação de uma Corte ou Tribunal Constitucional Internacional, temos que reconhecer que ainda se vão manifestando muitos sinais de estranheza, se considerarmos um universo muito lato de pessoas abordadas.⁵⁶⁵

Isso ocorre, porque ao se partir para um debate mais aprofundado sobre a questão, as objeções são mais de caráter político e prático, em especial fora da Europa, e principalmente em grandes países, como o Brasil, o maior dilema:

[...] que em alguns acaba por constituir uma verdadeira barreira epistemológica (latíssimo sensu), é o grande tópico “soberania nacional”. É curioso como muitas pessoas acreditam numa soberania onipotente, e sem exceções, e talvez não pensem, por exemplo, sequer, que a própria existência do Direito Internacional Privado (sim, privado!) é uma prova patentíssima que nem sempre se aplica apenas direito “nacional”, saído da soberania pátria.⁵⁶⁶

Por derradeiro, visando derrubar essa “barreira” e expandir o projeto de aludido Tribunal para as mais variadas camadas sociais em diversas sociedades, é que o Professor Paulo vem ao longo de vários anos e, principalmente, por meio de suas viagens, propagando esse projeto tão nobre.

Conclusão

Primeiramente, aponta-se que um artigo é muito pouco para versar sobre todas as façanhas acadêmicas de Paulo Ferreira da Cunha. Contudo, tentou-se, de maneira modesta, destacar as principais atuações do Eminentíssimo Professor ao longo de sua jornada acadêmica, que ainda há de se seguir por muitos e muitos anos.

Assim, abordou-se a trajetória acadêmico-discente de PFC, desde seu ingresso na Graduação em Direito, passando pelas Especializações, Mestrado, Doutorado, Pós-Doutorado, até a obtenção do título de Livre-docente. Porém, com a breve linha do tempo traçada sobre os estudos realizados pelo Professor Paulo, pôde-se visualizar que é um acadêmico dedicado, principalmente, às Ciências Jurídicas, mas também que possui conhecimento em outras áreas, como línguas, história e, em especial, da arte. E por isso pode ser chamado de polímata.

Sua caminhada como acadêmico começou em Portugal, mas em razão de sua dedicação e de seu dom natural para lecionar, acabou se estendendo para várias partes do globo, como: Europa, América Latina, América do Norte, África e Ásia. Mantendo relação com muitas instituições em alguns desses lugares até hoje.

⁵⁶⁵ CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. *A discussão da Corte Constitucional Internacional na Sociedade da Informação - alguns debates preliminares em rede social*. Convent Internacional 26 Cemroc-Feusp / IJI - Univ. do Porto. jan-abr 2018.

⁵⁶⁶ Idem.

Ademais, Paulo Ferreira também é um prolífico autor, contando com mais de 600 artigos científicos publicados, muitos deles em periódicos indexados (isto é, em que há avaliação pelos pares), e 120 livros versando sobre vários assuntos.

Sua atuação como profissional acadêmico aliada à sua vasta bibliografia, culminaram no recebimento de alguns prêmios, entre eles pode-se sublimar o Jabuti, láurea máxima da literatura brasileira.

Desta forma, seus feitos e seu profissionalismo foram coroados, recentemente, com sua nomeação como Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, o que fez com que tivesse que suspender algumas de suas atividades como acadêmico.

Porém, PFC além de ser um teórico, é também um pragmático, um homem que faz acontecer e que luta por seus ideais, entre os quais se encontra o projeto do Tribunal Constitucional Internacional. Pelo qual já organizou alguns debates e, inclusive, congressos versando sobre o tema e, pelo qual, com certeza, continuará militando, sempre pensando em uma Justiça Constitucional, que possa abarcar a maior parte dos países.

Nessa vereda, com o tempo de convivência que tive com o Professor Paulo Ferreira da Cunha, somado a pesquisa para o presente estudo, posso afirmar que cada vez mais o admiro e, humildemente, pretendo obter, como acadêmico do Direito, uma ínfima parte das realizações atingidas por este Eminentíssimo Jurista.

Referências Bibliográficas

AVILA, Ana Paula Oliveira; MIRANDA, Paula Mandará. Supremo Tribunal Federal: Ativismo ou Self-Restraint na Efetivação de Direitos Sociais? *Quaestio Iuris*. vol. 10, nº. 01 Rio de Janeiro, p. 519-543. 2017

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2., 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Maio 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 de maio 2020.

CIRCOLO ITALIANO SAN PAOLO. *Apresentações artísticas*. Disponível em: <https://www.circoloitaliano.com.br>. Acesso em: 07 de maio de 2020.

CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A Constituição é Soberana*. Cemoroc-Feusp / IJI - Univ. do Porto., em 20/08/2010.

_____. *A discussão da Corte Constitucional Internacional na Sociedade da Informação - alguns debates preliminares em rede social*. Conventit Internacional 26. Cemoroc-Feusp / IJI - Univ. do Porto. jan-abr 2018.

_____. *A Igualdade e as suas Irmãs Valorativas*. Ed. Scientia Iuridica 13. Tomo LXIII, nº 334, Agosto 2014.

_____. *Direito Fraternal Humanista. Novo paradigma Jurídico*. Rio de Janeiro: GZ editora, 2017.

_____. Do Constitucionalismo Global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 15 – jan./jun. 2010.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO. *Instituto Jurídico Interdisciplinar*. Disponível em: https://sigarra.up.pt/fdup/pt/uni_geral.unidade_view?pv_unidade=78. Acesso em: 03 de maio 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional / Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. – 38. Ed., ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

JORNAL NACIONAL NOTÍCIAS. *A Arte sem donos nas ruas no Porto*. Disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/especial/galerias/a-arte-sem-dono-nas-ruas-do-porto-9098641.html>. Acesso em: 25 de abril de 2020.

MACHADO, Ronny Max; BARRETO, Osmar Fernando Gonçalves; CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da. O Público e o Privado: Transformação da “Magno Divisio” Jurídica na Sociedade da Informação, *Revista Jurídica Cesumar*, v. 19, n. 1, janeiro/abril 2019. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6481>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

MENEZES, Quênída de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, v. 13 n. 2 , 677-705 , maio/agosto 2017.

Lembranças da visita do Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha à PUC de São Paulo

Notas sobre suas valiosas reflexões numa “quarta constitucional” em torno à Corte
Constitucional Internacional e seu impacto na efetividade dos direitos humanos

Pietro de Jesús Lora Alarcón⁵⁶⁷

À maneira de introdução

Pedimos vênua aos leitores para iniciar invocando palavras que se afiguram hoje premonitórias na obra do Professor Paulo Ferreira da Cunha. Nos referimos à primeira parte da sua fantástica construção em torno ao Direito à Felicidade e à Democracia crepuscular, na qual, fornecendo sólidos argumentos que ligaram, nessa oportunidade, o Direito à realidade vivenciada na Europa, rejeitou falar de Direitos Fundamentais como uma categoria descontextualizada. Por isso foi inevitável na sua análise apresentá-los, muito embora, como se sabe, sendo uma categoria tão valiosa quanto imprescindível para fundar uma convivência civilizada, à maneira como em tempos de crise se visualizavam, isto é, lamentavelmente eclipsados.



PFC e o autor

E dizemos premonitória, situados em terra brasileira, porque neste lado da América à grave crise sanitária por todos conhecida se adiciona outra, ocasionada pela falta de segurança psicológica e emocional que paira acima da cidadania. Assistimos, tristemente, ao infortúnio de um Estado federal cujo Chefe do Executivo provoca espanto crônico em termos econômicos, políticos, sociais e culturais. É certamente uma época na qual figuras como as descritas por Tony Judt, na lembrança do Professor Paulo, apresentam um “certo timbre” e diuturnamente se mobilizam rejeitando a ciência e promovendo um cenário de incertezas econômicas, violência e políticas confiscatórias de

⁵⁶⁷. Coordenador da Área de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da PUC/SP.

direitos.⁵⁶⁸ Trata-se no Brasil contemporâneo, tal e qual como também na Europa descrita naquela obra ora comentada e sempre festejada, precisamente, entre outras questões, de enxergar com clareza que esse recorte de direitos que evidenciamos - não sem reações, diga-se de passagem - somente pode-nos também conduzir a uma agonia democrática.



Entretanto, como também se diz pelo Professor, é evidente que para sair da crise existe um incômodo por parte de alguns segmentos de supostas “lideranças” que pregam para outros as medidas de austeridade que nunca lhes atingem, especialmente quando se fala em taxar as grandes fortunas, enquanto repudiam as declarações de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal que limitam sua ação. Por isso, ousamos fazer nossas as palavras do Mestre lusitano:

“(…) é a razão jurídica a que tem de domesticar a razão política, e muito mais a econômica, - e jamais o contrário. Ora, os tecnocratas de hoje não entendem esta hierarquia de saberes e de racionalidades, e invertem-na. E quando a ordem natural das coisas é momentaneamente reposta por uma declaração de inconstitucionalidade, já clamam aos céus contra um pretensão ‘governo dos juizes’. O ‘dos banqueiros’ não os parece chocar porém”.⁵⁶⁹

No contexto brasileiro, a crise da pandemia tem servido para um retorno ao Estado. Entretanto, não para avançar ao reconhecimento de que a morfologia estatal inaugurada em 1988 alimenta o compromisso com as necessidades públicas, como corresponde a uma estrutura dirigente, senão essencialmente para um Estado que entrega recursos ao capital financeiro enquanto concede um auxílio tão insuficiente e precário quanto pouco abrangente para quem mais precisa. Trata-se do desprezo ao Estado social, sob o amparo de uma falsa dicotomia entre economia e saúde, na qual para os tecnocratas de Chicago a primeira não poderia ser sacrificada e a segunda, quando lamentavelmente vidas humanas são a diário perdidas, passou a ser uma questão de estatística

Daí que razão assista ao Professor Ferreira da Cunha quando adverte a necessidade de recuperar a hegemonia vinculante dos direitos fundamentais e

⁵⁶⁸ O professor Paulo se refere à obra de Judt e Snyder *Thinking the Twentieth Century* publicada em 2012 pela Editora 70. Consultar, *Direitos Fundamentais e Crise Europeia*. Pp. 19-20.

⁵⁶⁹ *Direitos Fundamentais e Crise Europeia*. Pp. 25-26.

particularmente do Direito à vida, bem como a centralidade epistêmica do Direito e da Constituição.⁵⁷⁰

Esse é o pano de fundo do país no momento que redigimos o presente texto, que lembra a visita à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP -, em março de 2019, do prezado Catedrático para inaugurar o ciclo das “Quartas Constitucionais” correspondentes a esse ano. O tema da sua exposição, que deixou aos alunos com uma curiosidade científica urgente, foi a necessidade de criação de uma Corte Constitucional Internacional, assunto por sobre o qual tomamos as notas que alicerçam nossos breves e despretensiosos comentários

I – A Corte Constitucional Internacional, um convite a pensar em um novo tempo.

Vale, talvez por oportuno, lembrar que as “Quartas Constitucionais” são um espaço para a reflexão científica crítica no âmbito do Direito Constitucional, que resultou da parceria entre o Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da PUC/SP, particularmente a coordenação de área dessa disciplina específica, e o Centro Acadêmico XII de Agosto. Destarte, durante a primeira semana de cada mês os alunos participam de um debate, que conta com a exposição de um professor convidado externo à PUC sobre tema de especial interesse e atualidade. Os alunos discutem, indagam e questionam, ao lado de professores da PUC convidados à mesa de trabalho e de outros que, oriundos de várias áreas do Direito ou, incluso, de outras vertentes do conhecimento, honram com a sua presença.

Sobra dizer que melhor convidado e assunto mais instigante não poderia haver para dar início às atividades do ano. E coube a mim, com alegria e orgulho, recepcionar ao Professor e logo entrevista-lo para a TVPUC, o que me permitiu testemunhar o brilhantismo do seu raciocínio como jurista, bem como a sua simpatia, da qual já tinha-me apercebido quando em janeiro do mesmo ano tive a possibilidade de atender a gentileza de seu convite em evento na Universidade do Porto.

O tema da Corte Constitucional Internacional suscita uma compreensível expectativa na comunidade jurídica. A proposta, como explicou o Professor, está acima da mesa da Organização das Nações Unidas já faz alguns anos e consiste na criação de uma instância para resolver impasses jurídicos nacionais, ocasionados pelo estrangulamento do sistema político quando existem graves violações à democracia e aos direitos humanos.

Na sua explanação, o Professor sugeria uma Corte de dimensão universal com três funções: a primeira, relacionada à verificação de certames eleitorais, questão que parece ter uma consensualidade maior. Certamente, em lugar de missões *ad hoc* para verificar os processos nos vários países do mundo em que em jogo está a lisura da democracia representativa, ameaçada por fatores que se interpõem ao respeito à vontade popular, o mandato da Corte facultaria que um grupo de comissionados se dirigisse, sempre a convite do país, para acompanhar o importante processo; em segundo lugar, uma missão consultiva, em grandes temas de Direito Constitucional que envolvam protagonistas nacionais no meio de dificuldades jurídicas de repercussão global; finalmente, uma dimensão ligada a proteção dos direitos humanos. Tal e como se adverte, e afirmado claramente pelo nosso convidado, não haveria sentido em avançar à criação de uma Corte se desvinculada da proteção desses direitos, questão que, inevitavelmente, transporta o assunto ao tormentoso problema de delimitar competências.

⁵⁷⁰ Idem Ibid. P. 28.

Em que pese a suficiência de questões tão complexas, ainda haveria outra matéria, que conta com uma resistência importante, a ser reconhecida de início: poderia uma Corte Constitucional Internacional conhecer ou ser uma instância final de controle de constitucionalidade dos Estados que subscrevessem sua participação? Deveriam estes Estados acolher obrigatoriamente suas decisões? É uma dúvida, foi reconhecida na ocasião. Entretanto, apontava, isso está para se definir, depende da vontade dos Estados, das possibilidades, dos consensos. Alguém acerta ou erra por último em questões de constitucionalidade. E, ainda, continuando com as indagações, e como senão bastasse: poderia também a Corte atender demandas dos cidadãos que a procurassem após o esgotamento dos meios nacionais? O ponto de partida, no caso, seria que o Estado admitisse sua jurisdição ou, talvez houvesse alguma alternativa?

De certo, todos estes interrogantes somente poderão ser resolvidos logo de uma ampla discussão, que deverá ser o mais participativa possível, envolvendo atores que incluem representantes de Estados, de organizações internacionais, da sociedade civil, juristas, políticos, sociólogos, entre membros de comunidades científicas das mais diversas áreas. Ponderou o Professor, tanto na sua empolgante exposição como na entrevista televisionada que, muito embora as ressalvas, se aguarda que triunfe a ideia e que um grupo destes atores assuma a linha de frente, encabeçando e pautando os debates.

A questão, portanto, está em franca e aberta controvérsia. As provocações de Paulo Ferreira da Cunha e, sobretudo, seu pensamento e compromisso com um presente de primazia de valores constitucionais tão prezados como a democracia, a liberdade, a igualdade, a tolerância, a solidariedade, em tempos de isolamento forçoso, fazem que desde esta trincheira, na perspectiva de um tempo novo, inédito e pos-Covid19, sejam estas retomadas com novos brios.

É o que se pretende realizar e por isso ousamos refletir e manifestar algumas opiniões com o ânimo de contribuir, alicerçados na ideia de que o tão mencionado “dia seguinte” alertado pelos filósofos somente será de fato inovador se fornece condições para avançar na trilha da paz e reconhecimento de direitos e dignidade para todos.

2. A reflexão sobre uma Corte Constitucional Internacional no marco do Constitucionalismo e o Internacionalismo Contemporâneos

2.1. A convergência de movimentos.

Já tem se afirmado que o Constitucionalismo e o Internacionalismo, como movimentos destinados a reduzir a arbitrariedade no exercício do poder nos campos nacional e internacional, tem impactos ligados à própria confecção do Direito.

Com efeito, o Constitucionalismo, emergido precocemente na Inglaterra do século XIII, foi consolidado na Europa Continental e posteriormente expandido às Américas durante o século XIX, época de surgimento dos Estados nacionais neste segmento do mundo. A finalidade do movimento foi e continua a ser fechar os espaços ao despotismo, sob a premissa da separação de funções para o exercício da vontade popular, de maneira a conduzir ao respeito pelos direitos fundamentais.

Analisando o tema, o Professor Ferreira da Cunha, em obra publicada no Brasil, alertava em torno à pré-história do Direito Constitucional que há um capítulo perdido na evolução do conhecimento das Ciências Sociais, no qual se verifica que os antecessores dos “juristas constitucionalistas” são os chamados “cameralistas” da Alemanha do século XVIII. Na época, a conjugação de saberes de política, administração pública, economia e

direito preanunciavam o Constitucionalismo e a nova ramificação pedagógica da Ciência Jurídica.⁵⁷¹

Pode-se dizer, a grosso modo, que com o sucesso da Revolução Gloriosa de 1688 e da Revolução Francesa de 1789 o Constitucionalismo desenharia uma racionalidade que vingou ao longo do tempo, reforçando-a mais recentemente a partir da supremacia constitucional, da aplicabilidade direta e imediata dos textos normativos dos diplomas constitucionais, da musculatura do controle de constitucionalidade e, especialmente, do estabelecimento de um projeto político de sociedade, moldado a partir do reconhecimento de direitos individuais e sociais, bem como da necessária reprodução de uma cultura de convivência em democracia.⁵⁷²

Por sua vez, o Internacionalismo amadureceu voltando-se aos direitos das pessoas – cabe esclarecer que nos referimos a seu impacto na prática, porque tal e como afirma o Professor Ferreira da Cunha, é a razão prática a que deveria importar aos juristas.⁵⁷³-. Salientamos que, em termos teóricos, a Escola de Salamanca séculos atrás já se pronunciava em favor da proteção universal do homem através de pensamentos tão avançados como os de Francisco de Vitoria e Francisco Suárez.

Retomando o ponto, dizemos que houve um amadurecimento porque se identifica no percurso uma mudança de rumo no século XX. De fato, abandonou-se uma direção ligada exclusivamente ao comércio internacional para se orientar também à criação das primeiras fórmulas protetivas em favor dos refugiados da Primeira Guerra. A feliz orientação do Internacionalismo foi reafirmada após a Segunda Grande confrontação com a criação da Organização das Nações Unidas e da proclamação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Logo, o que se tem constatado e que talvez venha em reforço às questões trazidas pelo Mestre do Porto, é uma convergência entre os dois movimentos que ora estudamos. O núcleo do encontro é, com certeza, o prestígio da dignidade da pessoa humana, vetor do qual emanam tanto os direitos que as Constituições albergam como “fundamentais” quanto aqueles que no Internacionalismo procuram impactar as legislações nacionais com a adjetivação – até certo ponto redundante, também já tem sido dito – de “humanos”.

Por isso, não raro, os mesmos direitos aparecem consignados nos documentos constitucionais e nas declarações de direitos. A diferença, entretanto, não repousa na literalidade das expressões, isto é, não repousa nos textos, senão essencialmente em duas questões: a primeira, no fato de que ao redor dos primeiros se cria um sistema doméstico de proteção, enquanto que aos outros se lhes oferece um sistema internacional de amparo e, obviamente, isto tem como razão de ser a segunda questão, consistente em que no primeiro há uma aspiração nativa de cuidado da relação entre o homem e seu Estado, enquanto que no espectro internacional existe uma aspiração de universalidade, que conduz a prestar a devida atenção jurídica a outra relação, esta vez entre o homem e a comunidade internacional.

O que podemos deduzir por enquanto é que, na perspectiva de uma evolução, o exame da criação de uma Corte Constitucional Internacional parece não só razoável, mas também necessária e quase natural a esta altura. Contudo, não isenta de dificuldades e polêmicas, tanto de ordem jurídica quanto política. Mas, avancemos mais um pouco na nossa reflexão, seguindo nas provocações do Mestre Ferreira da Cunha.

⁵⁷¹ Paulo Ferreira da Cunha. *Direito Constitucional Geral*. Pp. 64-65

⁵⁷² Tivemos a oportunidade de nos deter nestes eventos e sua relevância no Constitucionalismo na obra *Ciência Política, Estado e Direito Público*. 4ª edição. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020

⁵⁷³ Paulo Ferreira da Cunha. *Teoria Geral do Direito*. P. 409.

2.2. A questão hermenêutica

Pois bem, se o Direito é uma ciência prática, que serve para razoavelmente resolver litígios de maneira a regular a vida a partir de critérios axiológicos e teleológicos, tanto em uns como nos outros sistemas – nacionais e internacionais - o que interessa sobremaneira é a dimensão interpretativa.

Isso significa que, mas que a simples leitura dos textos constitucionais ou das declarações, que pode ser até elementar, importante é, de fato, a efetividade dos direitos neles contidos, o que resulta regularmente do trabalho do intérprete em um exercício conjugado com a própria aplicação do Direito. Como mencionam autores da talha de Streck, a Hermenêutica é, hoje, um outro olhar para o mundo em geral.⁵⁷⁴

O exercício hermenêutico contemporâneo sugere que, se existe preservação e respeito pelos textos constitucionais – a partir de técnicas especiais de interpretação, fruto da necessidade de maximizar a força normativa das constituições - e neles se atribui alcance jurídico especial aos direitos comumente chamados de *fundamentais*, bem como a seus institutos ou garantias de proteção, paralelamente existe uma especial atenção aos textos que consagram os *direitos humanos*.

Essa atenção singular é perfeitamente explicável, porque não se pode esquecer que tratados de proteção de direitos humanos, a diferença daqueles que se mostram evitados de concessões mútuas pela reciprocidade, inspiram-se em considerações de ordem pública, o que os leva a serem de obrigatória referência no âmbito interno dos Estados que os ratificam, incidindo na relação entre o poder público e os indivíduos⁵⁷⁵. Por isso, tanto o que sejam os “fundamentais”, como o que sejam os “humanos” instalam-se juridicamente salvaguardados por uma elevada apreciação sobre sua autoridade para submeter e condicionar a atuação do Estado ou do particular.

Se estamos no caminho certo, qualquer iniciativa de proteção dos direitos - humanos ou fundamentais - não pode ou deve ser dissociada nem da constitucionalização do ordenamento, nem da adoção de medidas internas de implementação dos tratados. Logicamente, no terreno hermenêutico, o primeiro passo consiste em superar a arbitrariedade dos governantes a partir do Direito e dos direitos, com o ser humano como elemento central.

Liminarmente, nesse sentido e como sublinhou na sua exposição o Professor Ferreira da Cunha, impende ratificar a majoritária e corajosa intenção de construir nos cenários nacionais e no internacional um espaço comunitário de acolhimento, reiterar-se, propício para a efetividade dos direitos. Um desses cenários poderia ser uma Corte Constitucional Internacional

Pode-se argumentar, nessa mesma toada, que a convergência de movimentos aliada às formulações hermenêuticas nas perspectivas nacional e internacional tem desembocado em duas questões relevantes: pôr um lado, na aplicação do princípio *pro homine*, que obriga a interpretar e decidir a través dos preceitos – sejam oriundos do Constitucionalismo ou do Internacionalismo – que melhor e com maior contundência, caso a caso, ofereçam proteção à imprescindível dignidade. Por outro lado, no modelo funcional pelo qual, esgotadas as instâncias para a solução dos conflitos na ordem nacional, especialmente quando se trata de gravíssimos atentados à vida e às liberdades,

⁵⁷⁴Sobre o ponto, veja-se o posicionamento de Ferreira da Cunha quanto à Hermenêutica filosófica inspirada em Gadamer e que acompanha o raciocínio de autores como Lenio Luiz Streck. *In Teoria Geral do Direito*. Pp. 349-352.

⁵⁷⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos. In: Paulo Sérgio Pinheiro; Samuel Pinheiro Guimarães (Org.). *Direitos Humanos no Século XXI*. Brasília: IPRI, 2002. p. 19-47.

seja facultada a pessoa a procurar a solução para o problema da quebra daqueles direitos nas cortes internacionais.

Veja-se que algo não pode passar despercebido: nesta procura pela conformação de um quadro protetivo suficientemente forte e de musculatura capaz de conter as violações aos direitos, passou-se de um relacionamento vertical, cuja discussão central consistia em saber se primeiro se encontravam as Constituições ou os tratados - num debate no qual a ideia de “supremacia” se antepunha, as mais das vezes, ao efetivo amparo do ser humano e à tutela do seu direito - para passar a outra forma de relação, agora de horizontalidade. Originou-se, assim, uma hermenêutica mais direta e direcionada.

Por isso, a questão de uma Corte Constitucional Internacional poderia, conforme se desprende da exposição na PUC/SP do Professor Paulo Ferreira da Cunha, constituir uma contribuição de elevada importância para avançar na reconstrução de cenários de respeito às liberdades quando as sociedades padecem de gravíssimos conflitos históricos.

Agora bem, o que podemos deduzir neste momento é que a questão aponta não só para uma compreensão de complementariedade quase natural e em sintonia com as conquistas dos dois movimentos jurídicos, senão também com o aquilo que seria uma evidência de progressos hermenêuticos.

Por isso, há algo de lógico e plausível, e talvez incontroverso, na possibilidade de uma Corte Constitucional Internacional, que implica um novo passo que pode ser determinante para continuar no caminho da máxima efetividade dos direitos. Pode, por evidente, não existir consenso, porém, o próprio Bauman adverte que *o consenso não é mais que um acordo alcançado por pessoas com opiniões essencialmente diferentes, um produto de negociações e compromissos difíceis, de muita disputa e contrariedade, e murros ocasionais*⁵⁷⁶. De maneira que, perspicazmente e por essa linha de raciocínio, nada obstará a que quem se opunha em princípio depois conclua que uma Corte dessa natureza terá possibilidades plenas em tão só uma dimensão das já apontadas pelo professor Ferreira da Cunha na sua exposição da PUC/SP. Isso já seria significativo no debate.

2.3. PENSANDO NAS DIFICULDADES

Os impasses para a sustentação de uma Corte Constitucional Internacional são conhecidos e foram desde um começo reconhecidos. Não pretendemos uma enumeração exaustiva, que seria impossível e inadequada. Contudo, algumas questões merecem certa atenção.

Por essa via, no terreno dos Direitos Humanos já existe o Tribunal Penal Internacional em funcionamento sob as diretrizes do Estatuto de Roma, que pela sua natureza tem possibilidade de condenar a quem cometa gravíssimas violações a esses direitos, questão que pode oferecer alguma dificuldade em termos de repartição de competências. Preocupam, nesse plano, os apertos para colocar em prática as normas destinadas a castigar especialmente os promotores de agressões internacionais, que tem conduzido a acusações de politização do Tribunal e a sabotagem de algumas potências hegemônicas.

Outra questão resultaria bastante complexa em termos de aceitação da Corte. Nos referimos a que as opções sobre direitos humanos, tanto as oriundas do Internacionalismo como as que procedem do Constitucionalismo, podem ser, além de insuficientes ou

⁵⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 17.

deficitárias, até certo ponto impositivas para algumas culturas. E a questão pode se agravar diante do previsível embaraço de conciliar a pretensão de universalidade, plasmada na internacionalização crescente desses direitos e evidenciada na quantidade de Documentos que a eles se referem elaborados ao longo dos últimos 50 anos da história da civilização humana, com a tradição constitucional de alguns Estados.

Lembremos que, de fato em momentos variados do seu desenvolvimento os povos organizaram Constituições e tratados atendendo a suportes valorativos que o homem singularmente considerado estabeleceu, nas suas precisas circunstâncias – *hic et nunc* -, como parâmetros de um “*dever ser*” moral e juridicamente “justo”. Souberam, em tal sentido, dar gradação hierárquica a esses valores, tornando-os referenciais axiológicos do Direito. Por isso, e tendo no horizonte a ideia da Corte Constitucional Internacional e abordar sua importância, o tratamento científico jurídico dos direitos humanos torna-se vital.

Alguma proposta deverá ser anunciada e, nesse compasso, parece-nos que é importante iniciar pelo concreto, pela vivência, convivência e experiência humana, despojando-nos da ideia de que um texto jurídico normativo tudo resume. A experiência é a única que permite estabelecer o que os direitos, sejam considerados *fundamentais* ou *humanos*, sejam realmente.

Haveremos de desamarrar-nos de um discurso hermético, que pretende entendê-los introduzidos entre as balizas de um sistema normativo pautado pela duvidosa executoriedade de uma programaticidade não raro ultrapassada, que os condena à ação exclusiva do Executivo, deixando de lado a sua essencialidade e especialmente os critérios de interpretação que os dirigem a sua praticabilidade máxima em tempo e espaço nitidamente considerados, incluso quando da omissão de quem deve em princípio torná-los efetivos.

Parece-nos que as chances de uma Corte, como a ora comentada, se atrelam a um discurso jurídico crítico, que se origina na *praxis* e foge dos artificialismos, promove o engajamento com a modelação dos valores na realidade e procura remover os obstáculos sistêmicos que atentam contra as possibilidades de reprodução da dignidade.

Desde logo, nessa ordem de ideias, a visão do outro, como ser humano, capaz de compreender a postulação de um horizonte ético, pode facilitar o estabelecimento de graus de responsabilidade nas diversas situações da vida, especialmente quando se está diante das mais dramáticas circunstâncias e tendo em vista a abrangência que teria uma Corte de competências variadas.

Os dilemas jurídicos, atrevemo-nos a antecipar, se localizariam na abertura ou fechamento de possibilidades de atuação do sujeito. Assim, por exemplo, e tomando algumas referências de nosso tempo: é possível responsabilizar por graves violações aos direitos humanos aos agentes que, mesmo sob a cobertura ou orientação dos seus superiores, em nome do Estado praticaram torturas ou submeteram pessoas a tratamentos degradantes? O fato de poder resistir a ordens superiores lhes permitiria optar por realizar ação diversa, mas, e senão pudessem resistir? Em situação mais atual ainda: é possível reduzir a locomoção de maneira indefinida em tempos de pandemia? Recordemos que no Brasil, ainda que com prescrições normativas que estabelecem a necessidade de isolamento, passeatas foram realizadas com o aval e a autorização tácita do presidente da república, que procurava apoio para suas pretensões, contrárias às diretrizes da OMS, ainda no meio da maior crise sanitária de que se tem notícia.

Por outro lado, algumas pessoas argumentavam que reduzir ou restringir direitos era próprio de Estados totalitários. Há quem justifique seu “direito à autocontaminação” e outros que aproveitaram para exigir o retorno da ditadura militar. Existem esses direitos fundamentais? Pode se dizer qualquer coisa sob pretexto de termos liberdade de

expressão amparada por constituições e declarações internacionais? Desde a nossa ótica não!

A nosso ver, a construção da norma que define a lide no processo e julgamento das causas de direitos humanos sugere aprimorar dois grandes momentos da interpretação/aplicação do direito, o *momento argumentativo e o momento da decisão*. No campo dos direitos humanos quem interpreta e aplica não pode aceitar qualquer valor ou razão, senão que sua decisão vai indissolivelmente atrelada a um pressuposto principiológico, seja na jurisdição nacional ou internacional, constituído por referenciais históricos objetivos, de profundo conteúdo ético. Trata-se do *inegável ponto de partida* do qual não pode fugir aquele que argumenta dogmaticamente⁵⁷⁷. O desfecho da dimensão factual do problema, é dizer, o trânsito da realidade de não reconhecimento àquela de afirmação do direito humano em pauta, implica sempre uma opção pela valoração ética adequada, conforme um conteúdo construído juridicamente em cujo cerne está a dignidade humana.

Nessa ordem de ideias, tanto as Cortes nacionais como as internacionais e, ainda, uma Corte Constitucional Internacional deve levar em conta contribuições da *juris ciência* contemporânea que nos atrevemos a assinalar: a) todo texto normativo constitucional ou constante numa Declaração *deve ser interpretado*, ainda quando seu sentido pareça suficientemente claro como para decidir subsuntivamente; b) o plano dos direitos humanos exige a *interpretação dos textos normativos e dos fatos* e circunstâncias nas quais ocorreram as violações; c) toda interpretação e posterior escolha de um vector de decisão *deve ser imediatamente concretizável*, de ordem a modificar a realidade em favor da efetivação dos direitos desconhecidos ou violentados; d) a interpretação das causas de direito humanos requer um trânsito de natureza horizontal entre a Constituição e o texto normativo internacional (Declaração ou Pacto ou Convenção de direitos).

Nas marcas da *juris ciência*, haveremos de partir sustentando que o Direito não é nem moral nem ideologia, e que isso somente reafirma a necessidade e uma *dogmática científica*⁵⁷⁸ - de uma Ciência do Direito como discurso que aborde o tema dos direitos humanos com profundo sentido crítico, tanto no seu aspecto de sistematização quanto de efetivação ou eficácia social dos direitos, especialmente em sociedades na quais a ausência de uma cultura republicana e a violência como mecanismo de solução de conflitos foram impostos para acobertar interesses privados comprometidos com um panorama de exclusão.

Trata-se de um pensar que questiona e rompe com a visão estreita, confortável e glamorosa de direitos humanos e rompe com o discurso oficialmente posto, para avançar numa perspectiva emancipadora, comprometida com a transformação da realidade a partir de uma consciência participativa e engajada com um instrumental pedagógico para conduzir a uma atitude para a efetivação dos direitos, que não legitima o *status quo* senão que pretende superá-lo e para o qual usa criativamente o arcabouço histórico de textos normativos constitucionais e das declarações internacionais⁵⁷⁹.

Sobre estas bases, que sem dúvida não esgotam o repensar crítico do Direito, parece-nos possível avançar na superação de debates que ocultam a natureza real dos problemas de efetividade dos direitos e achamos que a Corte Constitucional Internacional poderia ser forma e substância de reconhecimento e aplicação de direitos.

⁵⁷⁷ João Maurício Adeodato. *Filosofia do Direito. Uma crítica à verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva. 2009. P. 15.

⁵⁷⁸ ADEODATO, João Maurício. Ob. Cit. P. 18-19.

⁵⁷⁹ Neste sentido, WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. P. 19. E, ainda: WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. Pp. 19-21.

Hoje, quando os autoritarismos parecem querer ressurreição e a pandemia é aproveitada para legislações à margem, confiscatórias de direitos, como ressaltamos ao início, convém lembrar da superação civilizatória que emergiu da compreensão da vida e das liberdades orientando a confecção de todo um arcabouço internacional e de constituições que negaram o imediato passado em 1945 para fazer uma proposta de futura claramente diferenciada.

É a este momento - ou a esta época, se alguém prefere - a que apontam os ensinamentos naquela Quarta Constitucional na PUC/SP do Mestre Paulo Ferreira da Cunha e sua visão sobre uma Corte Constitucional Internacional.

Bibliografia

ADEODATO, João Mauricio. *Filosofia do Direito. Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria Geral do Direito*. Oeiras: Causa das Regras. 2018.

_____. *Direitos Fundamentais e Crise Europeia. Do Direito à Felicidade à Democracia Crepuscular*. 2013.

_____. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método. 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos Direitos Humanos. In: Paulo Sérgio Pinheiro; Samuel Pinheiro Guimarães (Org.). *Direitos Humanos no Século XXI*. Brasília: IPRI, 2002. p. 19-47.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito. A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2009.

A difícil ponderação entre a “reserva do possível” e a proibição do retrocesso – uma contribuição de Paulo Ferreira da Cunha

Ricardo Antonio Lucas Camargo⁵⁸⁰

Antes de mais uma advertência: o texto que o leitor tem diante dos olhos foi escrito na necessária reclusão domiciliar por decorrência da pandemia do Coronavírus, com o que a acessibilidade a bibliotecas outras que a pessoal do autor ficou prejudicada em muito, o que justifica a ausência de rigores formais quanto a citações, centrada, ainda, a discussão no texto que se escolheu para glosa.

Honrado com o convite para participar da homenagem ao querido amigo e Professor Paulo Ferreira da Cunha, a primeira dificuldade que me emergiu foi no que toca ao aspecto que poderia explorar de suas facetas e de sua obra. Além de jurista, poeta de escol, pintor, cantor (voz de baixo-barítono). Sua obra jurídica enfrentou vários temas distintos, no âmbito do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, e pode-se, nele, ver um dos grandes nomes do jusnaturalismo.



O autor no último Colóquio do IJI

⁵⁸⁰. Professor Associado da Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Professor Visitante da Università degli Studi di Firenze – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Considerando que a minha área de reflexão se situa no Direito Econômico e as minhas áreas de atuação, tanto acadêmica quanto forense, se situam no Direito Constitucional, no Direito Econômico e no Direito Financeiro, parece-me de bom alvitre realizar uma glosa sobre seu texto voltado à ponderação entre a proibição do retrocesso e a reserva do possível, sobretudo diante do retorno dos debates em redor do “tamanho ideal do Estado” e dos custos que suas prestações implicam.

Esta passagem será o ponto de partida das reflexões que se seguem:

“a mera contraposição principal nos parece relevar de uma consideração isolada dos princípios, esquecendo-se a necessidade de atentar a um princípio de unidade da Constituição (que se pode estender a unidade na própria hermenêutica constitucional), em conexão com o princípio da interpretação segundo a Constituição e o princípio da máxima efetivação ou efetividade da Constituição. Poder-se-ia então (cercando os dois princípios aparentemente contrapostos, e iluminando-os com a luz dos vários outros que acabamos de invocar) começar a entender que reserva do possível e proibição do retrocesso devem ser vistos em consonância, como concorrendo ambos para a efetivação, para a concretização e para a defesa e salvaguarda da Constituição, na sua aplicação prática, concreta, real. No fundo, a reserva do possível só pode conceber-se como uma forma de cortar no acessório para salvar o essencial. Nunca pode ser um sacrifício do essencial” [CUNHA, Paulo Ferreira da. Proibição do retrocesso e reserva do possível: princípios constitucionais para tempos de crise. In: <https://works.bepress.com/pfc/140/>, acessado em 11 fev 2020].

Uma das grandes conquistas do constitucionalismo do Estado Social de Direito, sem sombra de dúvidas, foi a “proibição do retrocesso”, chamada por José Joaquim Gomes Canotilho na 5ª edição do seu *Direito Constitucional*, datada de 1991, “não-retroactividade reacionária”.

Com efeito, a ampliação da matéria a que se conferiu dignidade constitucional, a partir do momento em que se superou a capacidade de convencimento que tinham os argumentos justificadores do voto censitário – um de seus últimos baluartes foi Frédéric Bastiat, multicitado entre os pensadores brasileiros ligados à defesa dos interesses empresariais - conduziu a que não somente se ampliasse a noção de serviços públicos – e um exemplo evidente, recorrentemente lembrado, é a criação do seguro social, por obra de Bismarck, na Alemanha unificada, a fim de evitar que se repetissem ali os eventos verificados na França em 1871 – não se deu com muita facilidade, e foi expressivo o número dos que entendiam que a ideia do Estado Social, na realidade, não passava de um vírus socialista a destruir os fundamentos da liberdade.

Uma das formas que se encontraram para que as mitigações aos desequilíbrios decorrentes da diferenciada distribuição do produto da economia, traduzida nas relações entre os patrimônios individuais, fossem introduzidas nas Constituições foi, precisamente, relegar a implementação delas ao detalhamento em lei, com o que veio a ganhar certo prestígio a noção de “norma programática”, e os exemplos prediletos da doutrina recaíam nos direitos sociais e nas disposições relacionadas à ordem econômica.

Sobretudo a partir da década de 80 do século XX, veio a ganhar corpo, no Ocidente, a tese segundo a qual a Constituição não deveria ser interpretada como se somente uma parte dela tivesse valor e a outra não, porque isto teria a consequência de abalar a própria segurança daqueles a quem ela se dirigiria: as autoridades poderiam

“escolher” qual a parte da Constituição que lhes serviria e qual a que não lhes serviria, e mesmo para defensores do constitucionalismo liberal mais ortodoxo uma premissa destas seria profundamente preocupante, comprometeria a previsibilidade da atuação estatal.

Essa ideia de previsibilidade, que, em última análise, vem a reduzir a margem de risco na realização do cálculo econômico, do cálculo das possibilidades de vantagem e de desvantagem que existem em razão das tomadas de decisão no campo econômico, vem a se apresentar como um dos principais fundamentos da famosa dupla dimensão do princípio da reserva de lei: ao particular, tudo o que não estiver disciplinado em lei é permitido; ao Poder Público, tudo o que não estiver autorizado em lei, é proibido.

Como se sabe, este ideal de previsibilidade, antes restrito aos agentes que podiam praticar atos concretos, passou a ser estendido à própria atuação do legislador, com a perquirição do próprio fundamento de validade das determinações deste, o que rendeu ensejo a que se tratasse a Constituição como algo mais do que um organograma que distribuiria as competências entre os órgãos que compõem o Estado, como, em realidade, o fundamento tanto formal como material da validade dos comandos provenientes desses mesmos órgãos.

Na condição de fundamento material dos comandos normativos, presta-se atenção não somente em comandos negativos – proibições – como também em comandos positivos – determinações, permissões e autorizações -, e a previsão do detalhamento por lei passou a ser vista, antes, como um dever a ser adimplido pelo legislador infraconstitucional do que como uma forma de subtrair juridicidade ao comando constitucional.

Em função desta circunstância, foi sustentado que se poderia verificar a inconstitucionalidade não somente pela atuação direta em sentido contrário ao comando constitucional, como também por omissão no atendimento a um dever positivo, inclusive, de legislar, embora, a partir daí, tivesse de ser realizado um equacionamento com o princípio da separação de poderes como um dos instrumentos voltados a dificultar o despotismo daquele a que se confere o monopólio do exercício da força.

Além de teses importantes sobre o caráter vinculante de todas as normas constitucionais, variando, apenas, em termos de intensidade – citemos, no Brasil, em termos de contribuições da época, Washington Peluso Albino de Souza, José Afonso da Silva, Eros Roberto Grau, todos eles com os olhos voltados em especial para a ordem econômica -, a mais radical das teses acerca da redução do espaço de “discricionariedade” do legislador foi, com toda a certeza, a sustentada em Coimbra por José Joaquim Gomes Canotilho ao urdir o conceito de “Constituição dirigente”, abandonado por ele nos seus textos mais recentes.

Daí foi um pequeno passo para a ideia da vedação do retrocesso, no sentido de que, uma vez iniciada a implementação das determinações constitucionais mediante atos legislativos, não se poderia, sem frustrar o projeto constitucional, retornar a uma situação em que não existia o detalhamento ou substituir a este por uma disciplina que realizasse em menor grau o comando posto no nível superior.

E vale dizer que a ideia da vedação do retrocesso, por estranho que este enunciado possa parecer, ainda se mostra menos ousada do que a da própria inconstitucionalidade por omissão, porque nesta há uma atuação do julgador para sancionar a ausência de legislação para implementar o Texto Constitucional, ao passo que naquela o espaço do legislador se preserva com muito maior amplitude.

Claro que, quando se chegue no tema da própria reforma constitucional, da parte do poder constituinte “derivado” ou “instituído” – não me parece adequado, para os propósitos deste estudo, realizar a discussão em torno da denominação mais correta para o poder de alterar a Constituição nela mesma disciplinado -, a discussão em torno do

próprio conceito de “progresso” ou “retrocesso” também se porá, e nem sempre o critério cronológico da adoção de tais ou quais ideias se mostrará o mais seguro: o III Reich, instaurado na terceira década do século XX, constituiu uma negação de conquistas de um corpo de ideias construído durante a Idade Moderna, como é o caso da identificação da condição humana à personalidade.

Aliás, é no estabelecimento das denominadas “cláusulas pétreas” que o constituinte explicita os valores que considera, por esta ou aquela razão, dotados de uma tal relevância que o respectivo abandono traduziria, indubitavelmente, um retrocesso, a despeito de se verificarem pronunciamentos críticos à própria ideia de “cláusula pétrea”, porque implicaria uma restrição às “gerações futuras” na definição da escolha de um outro caminho que lhes parecesse melhor.

Entretanto, um argumento se mostrou profundamente sedutor, diante dos aspectos financeiros do atendimento às prestações próprias do Estado Social, foi justamente o da impossibilidade de se realizarem despesas públicas à falta de recursos autorizados nas leis orçamentárias, e este argumento é o que se denominou, por decorrência da antiga parêmia romana segundo a qual *nemo ad impossibilita tenetur*, “princípio da reserva do possível”.

Em se tratando das prestações a serem realizadas pelo Poder Público, este, na condição de devedor, tem a natural tendência a somente adimplir o débito se não houver algum motivo que o faça dele desvencilhar-se; natural, não por ser Poder Público, mas sim por ser devedor.

Não se trata, propriamente, de má fé – até porque, como se sabe, o Poder Público não tem “boa” ou “má fé”, quem as tem é a pessoa física investida nas funções de praticar os atos existenciais em nome do Poder Público -, mas sim da constatação de que a posição de devedor é, sempre, desconfortável, porque implica uma restrição na capacidade de autodeterminação de quem quer que seja que nela se ache.

Por outro lado, o Poder Público, justamente por gerir recursos que são extraídos, em uma grande parte – mas não só, porque também a ele aportam dinheiros a partir da receita originária -, compulsoriamente aos que se submetem à sua autoridade, deve destiná-los, mediante critérios objetivos, ao atendimento de necessidades coletivas.

Esses critérios objetivos são estabelecidos, desde a Idade Moderna, nas leis orçamentárias, que, por sua vez, devem estar voltadas a assegurar recursos suficientes para que o Estado atenda às necessidades cujo atendimento é a própria razão de ele existir.

Muitas vezes, a invocação da “reserva do possível” tem sido trazida como um argumento em prol de reformas constitucionais voltadas à implementação do denominado “Estado Mínimo”: se, para atender às demandas feitas ao Estado, haverá mister agravar os ônus sobre os contribuintes, advogam eles que se transfiram as atribuições que a Constituição deu ao Estado para o mercado, que proverá com maior eficiência a tais necessidades.

Claro que, neste caso, os compulsivos reformadores não respondem à pergunta concernente ao descumprimento dos deveres anteriores à reforma, que permanece em relação ao referencial jurídico então vigente e, por outro lado, não põem a questão em torno de quais as necessidades cuja satisfação pode depender exclusivamente da boa vontade do particular que tenha condições de prover os meios para tal satisfação, e é de notar que a própria noção de “liberdade de iniciativa” supõe precisamente a liberdade de “desempenhar ou não” a atividade relacionada à satisfação da necessidade, e quais delas necessitariam da presença do Estado enquanto provedor indispensável.

O diagnóstico do Professor Paulo Ferreira da Cunha, aqui, revela que não se trata de opor o Quixote da “vedação do retrocesso” ao Sancho da “reserva do possível”, mas sim de verificar quando um ou outro terá pertinência:

“a reserva do possível só pode conceber-se como uma forma de cortar no acessório para salvar o essencial. Nunca pode ser um sacrifício do essencial. Ao aplicar este princípio, apropriadamente, não se ataca senão na aparência a proibição do retrocesso, porque, afinal, se trata de um passo a trás para poder dar dois à frente, em tempo mais oportuno. Do mesmo modo, a proibição do retrocesso também não pode ser vista como uma obstinada manutenção, por exemplo, de despesismo, desperdício, mordomias, gastos sumptuários, privilégios de casta, de corporação, etc.” [CUNHA, Paulo Ferreira da. Proibição do retrocesso e reserva do possível: princípios constitucionais para tempos de crise. In: <https://works.bepress.com/pfc/140/>, acessado em 11 fev 2020].

É importante saber que não existe ação estatal que seja gratuita e, por outro lado, o Estado que não gasta – no limite, o sonho dos que sustentam a proposição “imposto é roubo” – é, pura e simplesmente, o Estado inoperante, o Estado inútil, o Estado que não tem razão para existir, e a este ponto, o do puro e simples anarquismo, não chega nenhum pensador liberal.

O discurso fácil e enganoso de que os direitos civis e políticos se caracterizam como direitos de liberdade porque implicam abstenções estatais e, portanto, implicam um Estado que não gaste, facilmente se refuta quando se recorda que a tutela do direito de propriedade não se poderia realizar se o Poder Público não tivesse pessoal treinado, uniformizado, com condições de se deslocar para onde se estivesse a verificar o ataque a esse direito individual por excelência, e dotado dos instrumentos para eliminar a resistência ao restabelecimento da ordem: todo este aparato não é gratuito, e exige ação positiva, não omissão, do Estado.

Também é importante saber que o simples facto de se atribuir o desempenho de uma tarefa ao Estado não é um índice de puro e simples paternalismo ou demagogia – proposição muito ao gosto dos que repetem a famosa frase de Margaret Thatcher acerca da inexistência de dinheiro público, mas tão-só de dinheiro extraído aos contribuintes –, mas, pelo contrário, pode referir-se a uma necessidade tão essencial que não pode o seu atendimento remanescer no campo da boa disposição da vontade do agente privado.

Além de certas atividades que sequer se tem como precificar, porque não há como individualizar, para cada qual, o benefício delas decorrente – cite-se o exemplo do policiamento ostensivo, bem diferente da “venda de proteção” por parte dos denominados “Estados paralelos” como a Máfia, tema recorrente nas obras de pensadores liberais como Luigi Einaudi e Vittorio Emanuele Orlando –, tenha-se presente que não cabe a aplicação do conceito de “ausência de essencialidade” pelo simples facto de a atividade ter características tais que não é apta a gerar uma expectativa de retorno ágil e, portanto, não interessar ao particular.

Costuma-se chamar a atenção, em se tratando da racionalização dos gastos públicos, para as limitações com as despesas com pessoal e a necessidade de que sobreem mais recursos para a realização de despesas de capital, já que estas produzem acréscimos ao Erário e possibilitam à iniciativa privada emprestarem a sua contribuição para o progresso nacional.

Embora seja verdade que o Estado, numa república, não deva ser vocacionado aos empirismos e às sinecuras, também é verdade que a máquina pública não se

movimenta sozinha, ela o faz por meio dos respectivos servidores, e a defasagem do quadro pode, por vezes, conduzir ao comprometimento do cumprimento das tarefas que ele, Estado, tem de desempenhar obrigatoriamente, sem qualquer possibilidade de se desvencilhar, em especial aquelas que exigem a investidura nos poderes de exercício da força.

A interrupção, pelo Estado, de uma ação voltada ao atendimento de uma necessidade essencial – pense-se no monitoramento de incêndios, que tanto afligiram Portugal no caso de Perdigão e vêm afligindo o Brasil, no caso da Amazônia -, ao argumento da “reserva do possível”, sustentando a ausência de recursos para tanto, não constitui um tema de fácil solução, sobretudo porque se trata de atividade em relação à qual devem estar, necessariamente, previstos recursos e, se não estão, é mister indagar a razão para tanto.

O mesmo que se disse acima acerca da interrupção pode aplicar-se em relação a medidas que atendam, em menor velocidade e intensidade, a essa necessidade essencial, algo que pode traduzir um “retrocesso” um pouco menos profundo, mas, ainda assim, um “retrocesso”, e note-se que se disse “pode traduzir”, porque a substituição de um modo mais eficaz por um menos eficaz pode vir acompanhada de efeitos colaterais muito mais graves do que a cessação pura e simples.

O mesmo juízo se pode fazer em relação à reversão de medidas voltadas à redução de desequilíbrios que se verificam em relações que se travam de indivíduo a indivíduo: supor que o empregado, que necessariamente está sujeito ao dever de obedecer o respectivo patrão, estaria em plenas condições de barganhar com este sem qualquer necessidade de atuação do Estado no âmbito legislativo e, mesmo, da criação de instituições que reforçassem o trabalhador, e, com base nisto, empurrar tais relações para o campo puramente civilístico, não deixaria, dentro da perspectiva do homenageado, e minha, de traduzir, em si, um retrocesso.

Agora, poder-se-ia dizer traduzir retrocesso a cessação de pagamentos de pensões a pessoas que, em realidade, não dependeriam delas para sobreviver e seriam custeadas pelos cofres públicos em razão do status que ostentava o respectivo instituidor?

Traduziria ou não um retrocesso, num Estado Federal, a substituição, por uma grandeza aritmética fixa, do percentual da vinculação de receitas públicas para o pagamento das dívidas das entidades menores – Estados e Municípios – em relação à União Federal?

Note-se, a partir da perspectiva sugerida pelo homenageado, qual o convite que está a ser feito: para além da interpretação da literalidade dos textos normativos – e é sempre bom, para se evitar cair no campo do voluntarismo, alertar que a literalidade é sempre a porta de entrada para o intérprete, embora não seja, muitas vezes, o ponto final da jornada -, há mister indagar o grau de essencialidade dos valores que estejam a ser atingidos, para se saber, ao cabo, se se está diante de uma situação de retrocesso ou não.

A aludida essencialidade, longe de se fundamentar na denominada “autoevidência”, deve ser demonstrada a partir da indicação do que significaria a ausência de seu atendimento, seja em termos individuais, seja em termos sociais: se a cessação ou a substituição por ações de caráter menos intenso contribuiria para aprofundar o desequilíbrio regional ou social e em que medida, se haveria como estabelecer contrapartidas.

A chamada “autoevidência” não se manifesta igualmente para todos e, por outro lado, num contexto democrático, as razões de Estado devem, como regra, ser de conhecimento público, o sigilo deve ser exceção, justamente para que cada qual possa tomar as suas decisões, possa autodeterminar-se tendo uma noção aproximada do

resultado que a direção de sua vontade poderá acarretar para si e para quantos por ela possam vir a ser atingidos.

A distinção entre um direito subjetivo e um privilégio – e note-se que, quando se fala em “direito subjetivo”, hoje, não se limita mais o conceito a sujeitos individuais, pois já se fala em sujeitos coletivos e sujeitos indeterminados, titulares de interesses coletivos e interesses difusos, respectivamente – é o que, efetivamente, fará a diferença entre a configuração da cessação da situação de que se trate como um “retrocesso” ou como simplesmente admissível, quando não como um “progresso”.

Tal é o debate que se põe, no Brasil, acerca da possibilidade de, mediante emenda constitucional, suprimir-se a imunidade dos templos de qualquer culto à incidência de impostos, se tal imunidade seria indispensável a que se pudesse materializar o exercício da liberdade religiosa ou se ela traduziria um privilégio, uma vez que, conforme a resposta, a possibilidade de sua supressão seria juridicamente sustentável ou não.

Por outro lado, a “reserva do possível” deve ser compreendida, antes e acima de tudo, como uma situação de facto: não basta alegar a insuficiência ou inexistência dos meios, é preciso que esta situação seja, efetivamente, reconstituída; tratá-la como questão puramente de direito conduz tanto a que ela seja invocada de modo fútil, como uma simples forma de o Poder Público dizer que pura e simplesmente não quer atender a um dever preexistente, quanto a que ela sirva de pretexto para o julgador, conforme as simpatias e antipatias da ocasião, acolher ou rejeitar uma pretensão.

E, reconstituída que seja, é mister que o seu surgimento não se possa imputar à conduta de quem a alega para arredar dever preexistente, como se aprende mesmo da dogmática civilística, a partir da famosa distinção entre a “imprevisão”, que autoriza a revisão dos termos das avenças, e a “imprevidência”, que se traduz pelo mero descuido em se precaver contra o advento da situação mais gravosa: se, no âmbito das relações privadas, em que há plena disponibilidade dos interesses, esta distinção será o diferencial para se considerar o não atendimento, pelo devedor, da obrigação por ele assumida, no âmbito das relações com o Poder Público o problema cresce de vulto, quer porque ele não pode fazer o que não estiver autorizado por lei, quer porque ele não pode desvencilhar-se dos encargos que lhe sejam cometidos, em especial em nível constitucional, quer porque, em se tratando de finanças públicas, tudo o que estiver na margem de previsibilidade deve ser tomado em consideração na programação dos gastos públicos.

Ou seja, o debate da “reserva do possível” é antes e acima de tudo um debate de “facto”, não “de direito”; é matéria eminentemente probatória, e não puramente argumentativa, não é um espaço para, pura e simplesmente, o julgador exprimir sua convicção política pessoal *ex parte populi* ou *ex parte principis*, até porque o facto de um julgador não poder ser “neutro” – porque, se o fosse, não resolveria os conflitos de interesse dando a razão a um em detrimento do outro, teria de rechaçar a ambos ou acolher a ambos, o que arredaria, inclusive, o próprio elemento essencial a qualquer conflito – não é incompatível com a inarredável exigência de que ele seja “imparcial”, isto é, não é incompatível com a inarredável exigência de que os conflitos de interesse não estejam por ele “pré-decididos”.

A busca da harmonização entre estes dois princípios, na obra do homenageado, de outra parte, longe de constituir a manifestação do desejo pela sempre tentadora solução do ecletismo, põe-se, em realidade, como um resgate indispensável da própria operacionalidade do Estado de Direito, enquanto irrenunciável legado do iluminismo:

“Ao vermos estes dois princípios assim, solidários, pelo bom senso, pelo sentido da medida das coisas, pela necessidade de harmonização, suspeitamos que haja algum princípio superior que presida a ambos. Um

desses princípios silenciosos, que, se fosse expresso apenas por si, se arriscaria certamente a não ser entendido em todo o seu alcance podendo mesmo quedar-se vazio. Mas que vive e se actualiza e tem efeito útil na dialéctica ‘cúmplice’ destas duas vertentes do problema. Não seria fácil nomear o princípio que aos dois move. É um princípio de fidelidade à Constituição, com flexibilidade quando haja latitude para tanto, e inflexibilidade quando a tal seja obrigado. Um princípio cibernético que umas vezes fará com que as comportas da Constituição se fechem a mudanças confiscadoras de direitos, e outras vezes se permitam algumas perdas, temporárias, estratégico-táticas, sem perda do essencial e muito em especial do horizonte dos grandes fins constitucionais” [CUNHA, Paulo Ferreira da. Proibição do retrocesso e reserva do possível: princípios constitucionais para tempos de crise. In: <https://works.bepress.com/pfc/140/>, acessado em 11 fev 2020].



PFC na Academia Internacional de Direito Constitucional

Longe de um embate de princípios em termos ludopédicos – “ou vedação do retrocesso ou reserva do possível” -, o princípio do compromisso do intérprete com a inteireza da Constituição enquanto um referencial indispensável a que se viabilize a convivência social vem a ser a última das boias a que se pode ligar a nau da civilização, para que não seja arrastada para o meio de um oceano de águas revoltas, com ondas que a podem cobrir.

Eu, enquanto positivista, preocupado com os progressos do voluntarismo ao redor do mundo, não poderia deixar de ficar gratificado com a preocupação manifestada pelo homenageado, que, jusnaturalista, manifesta esta mesma preocupação que, em última análise, é de que se evite a soltura das Fúrias sobre a humanidade.

Paulo Ferreira da Cunha: um educador para além-mar

Ricardo Glasenapp⁵⁸¹

1. Uma introdução necessária

Em janeiro de 2020 fui convidado a escrever o presente artigo tendo por finalidade integrar o segundo volume da obra “Pensar, Ensinar e Fazer Justiça: estudos em homenagem a Paulo Ferreira da Cunha”, o que muito me honrou, é claro; como também trouxe-me a responsabilidade de revisitar as passagens em que convivi com o professor homenageado para não só definir a temática como também o enfoque a ser adotado.



PFC e Ricardo G.

E pensando nos momentos de convívio com o Paulo Ferreira da Cunha fui, assim, levado em minhas memórias ao bairro de Higienópolis, em São Paulo, no já distante ano de 2005 mais precisamente nas instalações da Escola Superior de Direito Constitucional, do amigo Marcelo Lamy. Foi na ESDC que fiz minha pós graduação em Direito Constitucional com ênfase em Direito Tributário e, conseqüentemente, adentrava ao caminho sem volta da academia jurídica. O convívio com excepcionais professores de Direito fez surgirem da ESDC tantos outros incontáveis professores de Direito; todos com a mesma paixão: pensar, ensinar e fazer Justiça.

⁵⁸¹ Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor de Direito Público na graduação e na pós-graduação. Presidente do IBPD – Instituto Brasil – Portugal de Direito. Advogado na Glasenapp & Sabah Sociedade de Advogados. Palestrante. Autor de livros.

Todavia, há que se destacar que o Marcelo Lamy, idealizador desta verdadeira escola, não apenas trazia para sua escola os principais professores de Direito de São Paulo, como também os trazia de Portugal, especialmente um: Paulo Ferreira da Cunha.

E foi no auditório da ESDC que conheci Paulo Ferreira da Cunha numa palestra sobre Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Naquela ocasião pude ouvi-lo falar da relação do Direito com as demais áreas do conhecimento humano, como a Filosofia, as Artes e as Letras, bem como a importância do Direito Constitucional para a Humanidade. Ao conhecê-lo, passei a ler suas obras jurídicas, como “Pensar o Direito: II. Da Modernidade à Postmodernidade”, “Direito Constitucional Geral” e tantos outros artigos publicados sobre a criação futura da Corte Constitucional Internacional, dentre outros textos brilhantes. Depois do primeiro contato nos idos de 2005, para felicidade minha, outros vieram anos depois; como no reencontro num congresso em Maceió / AL na UniNassau já no ano de 2017 acerca do Direito Ambiental; como também em eventos jurídicos em São Paulo / SP e, em especial, o convite para proferir uma palestra no Colóquio Internacional “Um Tribunal Constitucional Internacional para a democracia na Sociedade da Informação” realizado em janeiro de 2019 na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.



Ao longo deste convívio pude notar, sempre, a paixão pelo pensar, pelo ensinar e, especialmente, pelo fazer justiça por meio do ensino jurídico, por meio da academia jurídica; em que suas palavras sempre eram proferidas com a sabedoria que lhe é peculiar, acrescentadas à certeza de que

“A reflexão sobre o direito é um jogo de espelhos.
Pois o Direito se pensa, e assim se vê ao espelho. Aí verá imagens de si próprio. E ao ver, teorizará. E ao teorizar, verá. Ver para teorizar; teorizar, vendo.”⁵⁸²

Portanto, para mim, que segui a carreira acadêmica sob a influência do professor homenageado, nada mais natural falar neste breve artigo do relevante papel de Paulo Ferreira da Cunha no ensino jurídico para além-mar; pensando, ensinando e fazendo Justiça.

⁵⁸² FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o Direito: II. Da Modernidade à Postmodernidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 9.

2. A universidade, o ensino jurídico e o espírito jurídico

O professor homenageado compreende a Universidade como, sobretudo, uma instituição de criação e transmissão do saber formativo; em especial quanto ao ensino jurídico, que deve objetivar manter, e por que não dizer desenvolver, a cultura do Estado Constitucional, Democrático e Social do Direito; onde o pluralismo e a tolerância possibilitariam a formação técnica e cultural-filosófica de maneira profunda.

Para Paulo Ferreira da Cunha, “a Universidade (e a Faculdade de Direito em especial) tem um papel que vai além treinamento técnico-profissional: é um centro de criação e propagação de conhecimento. O estudante deve concluir o curso de Direito municiado de espírito jurídico e, para isso, é necessário o estudo crítico das bases, dos fundamentos das disciplinas”⁵⁸³. Em outras palavras, a Universidade tem um papel para além da formação técnica de seus estudantes; para ele, a Universidade tem que exercer plenamente o seu papel de desenvolver e propagar o conhecimento entre seus estudantes.

No que tange ao ensino jurídico, dentro desta ideia de Universidade criadora e propagadora do conhecimento, Paulo Ferreira da Cunha dedicou em sua obra “Pensar o Direito: II. Da Modernidade à Postmodernidade” um capítulo todo dedicado ao tema sob o título de “Universidade e Direito”, onde podemos desfrutar de três artigos que tratam exatamente de seus pensamentos como um educador. No artigo “Direito, Escola e Sociedade (no sétimo centenário da Universidade de Coimbra)”, Paulo Ferreira da Cunha lembra que “os juristas têm que saber fazer melhor”; e que “jurista não é o que sabe leis de cor”, mas sim aquele que obtêm a dupla formação cultural, filosófica e técnica, para ocuparem os mais elevados cargos na “governança pública, na diplomacia, na finança, na economia, bem como na cultura e nas artes”⁵⁸⁴. Já no “Do Direito à Educação, do Direito na Educação (Uma construção jurídica realista e postmoderna)” o professor homenageado afirma que o ensino nada mais é do que uma área social de relevante influência pública social, mas cujo conhecimento profundo é restrito a uma elite; o que faz observar a necessidade de: que o Estado não se deva alhear da solução do problema do ensino; que as universidades públicas ou privadas tenham autonomia real; e que a sociedade possa questionar e demandar o Estado pela sua responsabilidade na formação e na graduação dos diplomados. E, por fim, no “Para uma universidade postmoderna (Pensando um “Anteprojecto” de Estatutos)” Paulo Ferreira da Cunha “não trata de mais uma universidade com existência jurídica autônoma”, mas sim da possibilidade de uma universidade, já existente ou não, de adquirir uma nova feição observando a tradição jurídica necessária ao ensino jurídico”⁵⁸⁵.

Há que se destacar, neste último artigo, a apresentação de um “anteprojecto de Estatuto” inspirado nas seculares tradições universitárias mas adaptado ao momento atual que vivemos; nas palavras do Paulo Ferreira da Cunha, trata-se de “um esforço para preservar o ainda útil e operacional” espírito jurídico após as mudanças decorrentes da tecnocracia, politização, submissão ao poder estatal, capitulação subserviente frente à empresas, dentre outras.

Portanto, clara se faz a ideia de Paulo Ferreira da Cunha da necessidade de, dentro deste ensino jurídico criador e propagador do conhecimento, haver um espírito

⁵⁸³ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007, p. 10.

⁵⁸⁴ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o Direito: II. Da Modernidade à Postmodernidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 278.

⁵⁸⁵ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o Direito: II. Da Modernidade à Postmodernidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 284.

jurídico, que vem a ser “... antes de mais, animado pelo anelo de Justiça, o que significa que não é um espírito mesquinho e muito menos egoísta, particularista ou sectário”⁵⁸⁶. Este espírito jurídico deve ser rigoroso, portador de uma lógica transcendente, amigo das Artes e das Letras, da Filosofia e do Pensamento; como, ainda, deve ser de dedicação e de serviço aos outros.



O autor e PFC no jantar de encerramento de um Colóquio do IJI

E mais. Esse espírito jurídico, na sábia palavras do professor homenageado, “começa decisivamente a criar-se no aplicado e crítico estudo nos bancos da Faculdade de Direito (...), no diálogo com os professores”⁵⁸⁷.

Logo, um espírito jurídico que pense, ensine e faça Justiça por meio da inter-relação professor x aluno; o que lhe é peculiar como bem sabem todos seus alunos ao longo desta jornada de ensino jurídico tanto em Portugal como no Brasil e outros países em que já proferiu palestras

3. A presença de Paulo Ferreira da Cunha no ensino jurídico luso-brasileiro

Se o ensino jurídico em Portugal se iniciou no século XIII⁵⁸⁸, portanto há mais de sete séculos; antes mesmo do início da Era dos Descobrimentos, no século XV, período em que Portugal deu início ao processo de exploração e expansão do então mundo conhecido; o ensino jurídico brasileiro iniciou-se tão somente seis séculos depois, no

⁵⁸⁶ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007, p. 28.

⁵⁸⁷ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007, p. 29.

⁵⁸⁸ Ao assinar o “Scientiae thesaurus mirabilis”, D. Dinis criava a Universidade mais antiga do país e uma das mais antigas do mundo. Datado de 1290, o documento dá origem ao Estudo Geral, que é reconhecido no mesmo ano pelo papa Nicolau IV. Começa a funcionar em Lisboa, sendo transferida definitivamente para Coimbra em 1537, por ordem do Rei D. João III, após um período de migração entre estas duas cidades. É no Paço Real da Alcáçova, mais tarde Paço das Escolas, que se concentram todas as Faculdades da Universidade de Coimbra – Teologia, Cânones, Leis e Medicina. Trecho extraído do site da Universidade de Coimbra. Acesso em 05/05/2020. Link: <https://www.uc.pt/sobrenos/historia>.

século XIX, mais precisamente em 11 de agosto de 1827⁵⁸⁹, quando da promulgação da lei que criava os cursos de ciências jurídicas e sociais em Olinda e em São Paulo.

Ao longo de toda essa história do ensino jurídico luso-brasileiro não foram poucos os professores que cruzaram o Atlântico de lado a lado, mas talvez poucos tenham obtido o êxito de Paulo Ferreira da Cunha, pois não apenas seus números são incríveis mas especialmente a qualidade de suas publicações e suas aulas destacam-se.

A presença de Paulo Ferreira da Cunha no ensino jurídico, tanto lá como cá, dá-se imergida neste espírito jurídico acima comentado. Impossível falar do Paulo Ferreira da Cunha sem mencionar a sua inegável vocação para a docência; não a docência meramente de transmitir ensinamentos aos alunos, mas a docência inspiradora na ideia de que os juristas, os estudiosos do Direito, “têm que saber fazer melhor”⁵⁹⁰.

Diferente não poderia ser para alguém com formação na Universidade de Coimbra, onde concluiu a licenciatura no ano de 1984 e o mestrado em 1988, na Université Paris II – Panthéon-Assas, onde realizou seu doutoramento, e na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP onde fez seu pós-doutoramento já em 2013.

E assim se deu o início da presença de Paulo Ferreira da Cunha no ensino jurídico português: participando da fundação da Escola de Direito da Universidade do Minho, onde também foi o primeiro diretor do Núcleo de Estudos de Direito – NED e do grupo de Ciências Jurídicas Gerais; como também sendo, posteriormente, aprovado por unanimidade para a vaga de catedrático na recém criada Faculdade de Direito da Universidade do Porto; onde permaneceu por muito tempo acumulando alunos e disciplinas como Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Direito Comunitário II, Filosofia do Direito e Direito Internacional Público.

Se foi no século XV que Portugal começou a cruzar o Atlântico; primeiro rumo à Ceuta em 1415; em seguida ao Cabo Bojador em 1434; já em 1488 dobraram o cabo da Boa Esperança com Bartolomeu Dias; em seguida a descoberta do Brasil em 1500, que culminou na colonização do Brasil em 1530 com a fundação de São Vicente; Paulo Ferreira da Cunha, da mesma forma que os antigos portugueses fizeram, resolveu cruzar o Atlântico para descobrir um Novo Mundo em pleno século XIX, trazendo consigo todo seu espírito jurídico.

E foi em meio a sua transição entre a Universidade do Minho e a Faculdade de Direito da Universidade do Porto que Paulo Ferreira da Cunha fez sua primeira travessia do Atlântico em direção ao Brasil, vindo proferir palestras junto ao já extinto Tribunal da Alçada Criminal de São Paulo (TACRIM) bem como junto ao CEO, a UNIP e a ESDC, onde tive a oportunidade de conhecê-lo.

Entre tantas vindas ao Brasil para proferir aulas e conferências, veio aqui permanecer entre os anos de 2012 a 2013, realizando seu pós-doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), trabalhando sob a orientação do Prof. Fernando Menezes de Almeida, como também lecionando em Universidades da Laureate International Universities e com bolsa da FUNADESP na Faculdade Autónoma de Direito de São Paulo (Fadisp).

Portanto, inegável o papel de educador para além-mar de Paulo Ferreira da Cunha; que, com sua sabedoria, conhecimento vasto e vocação para o ensinar, fez o ensino jurídico luso-brasileiro ter um pouco mais do espírito jurídico, que, para ele,

⁵⁸⁹ Lei de 11 de agosto de 1827. Acesso em 05/05/2020: <https://drive.google.com/file/d/0B5YvPrLYuLt-a3hzdWlhbFd3SmM/view>

⁵⁹⁰ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o Direito: II. Da Modernidade à Postmodernidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 277.

“começa decisivamente a criar-se no aplicado e crítico estudo nos bancos da Faculdade de Direito (...), no diálogo com os professores”⁵⁹¹.

E nós, eternos alunos de Paulo Ferreira da Cunha, sabemos muito bem que foram estes diálogos com ele que nos levaram a pensar, a ensinar e a fazer Justiça por meio do ensino jurídico.

Só temos a agradecer ao educador Paulo Ferreira da Cunha.

Desde São Bernardo do Campo, em meio ao isolamento social decorrente da pandemia, Maio de 2020.

⁵⁹¹ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007, p. 29.

Fraternidade: paradigma dos direitos humanos na sociedade da informação

Roberto Senise Lisboa⁵⁹²

"O direito fraterno encerra, realmente, um novo paradigma, e pode certamente aspirar, com a sua precisão humanística, a ser considerado o conteúdo, o timbre, a essência ou especificidade do direito pós-moderno. E a promessa do futuro do direito contemporâneo" (Paulo Ferreira da Cunha, Direito fraterno humanista – novo paradigma jurídico, pp. 138-139).

1. A fraternidade como valor político moderno

A superação do pensamento hobbesiano pela teoria lockeana, tornando-se amplamente aceito que a liberdade individual é o primeiro direito natural, direito esse que deveria ser expressado socialmente por meio do exercício da propriedade individual, é uma conquista histórica que se insere no pensamento jurídico do individualismo⁵⁹³.



O autor

A oposição ao regime absolutista, divulgada pelos intelectuais defensores da liberdade individual, ganhou a simpatia popular sob a premissa de que a sociedade apenas poderia atingir um nível civilizatório adequado mediante a aquisição da propriedade.

⁵⁹². Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo - USP. Professor de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor de Direito Civil da Universidade São Judas Tadeu e das Faculdades Integradas Campos Salles.

⁵⁹³ Paulo Ferreira da Cunha observa que *não estamos a fazer julgamentos de valor: não é que o nominalismo e o individualismo não tivessem tido um papel importante, e contrastante com o tempo e os objetos contra que reagem. (...) Simplesmente, a modernidade (e muito mais a pós-modernidade, mas não nos antecipemos) vai levar o individualismo a uma posição mais extremada, designadamente tendo a sua base metodológica na invenção do direito subjetivo (que parte da concepção do direito como atributo de um sujeito), base ainda de boa parte da arquitetura teórica de muitos setores do Direito, hoje, a começar pela teoria geral da relação jurídica (Direito fraterno humanista – novo paradigma jurídico, p. 16).*

Dessa maneira, a liberdade individual proporcionaria ao titular da propriedade um instrumento eficiente para combater a pobreza.

Pode-se dizer que nas revoluções francesa e das treze colônias norte-americanas, de 1789 e 1776, respectivamente, o conceito de fraternidade se encontra originariamente indissociável em ambos os acontecimentos que mudaram a história⁵⁹⁴. A democracia moderna nasceu exatamente dessa fraternidade que a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América não previu expressamente, mas que deve ser continuamente exercida.



PFC junto do Autor, numa foto de grupo na Casa de Portugal em São Paulo

De fato, os protagonistas desses dois acontecimentos históricos, a liberação do jugo inglês e do *Ancien Régime*, não apenas aspiravam, como lutaram pela liberdade como direito natural. Pode-se dizer que a fraternidade gaulesa, através das armas, buscou a liberdade que foi esperada de maneira geral. Isso é perceptível pela simples leitura do artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.8.1789: *os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos*. Mencionado dispositivo passou a se tornar expresso em todas as declarações de direitos posteriores, locais, nacionais e internacionais⁵⁹⁵.

Inegavelmente, fraternidade era vocábulo utilizado de maneira diferente daquela que atualmente se pesquisa, delimitada a designar as associações de pessoas envolvidas em embates armados, para atingirem os fins colimados.

Fraternidade (do latim *fraternitas*) é vocábulo que possui os significados: parentesco entre irmãos; amor ao próximo; união ou convivência como irmãos; e harmonia entre as pessoas da mesma comunidade e que lutam por um mesmo ideal⁵⁹⁶. Considera-se também fraternidade a *associação ou organização com um objetivo determinado, geralmente religioso, social, cultural e/ou político*⁵⁹⁷.

A *Encyclopédie* afirma que se dá o nome de fraternidade tanto ao vínculo existente entre irmãos como também à *associação entre dois cavaleiros para um alto empreendimento que deveria ter um termo fixo, ou mesmo para todos aqueles que eles nunca poderiam fazer; juraram compartilhar igualmente os trabalhos, a glória, os perigos e os lucros, e não se abandonarem enquanto precisassem um do outro*. E prossegue: *A estima, a confiança mútua de pessoas que freqüentemente se encontravam*

⁵⁹⁴ Peter Haberle entende que 1789 – junto com 1776/1787 (*Bill of Rights de Virgínia, Declaração da Independência americana, Constituição Federal dos Estados Unidos*) possui um significado constitutivo para a história, a atualidade e o futuro do tipo Estado constitucional (*Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional* p. 37).

⁵⁹⁵ Peter Haberle, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*, p. 49.

⁵⁹⁶ Dicionário Michaelis. In: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=fraternidade>, acessado em 15-5-2020.

⁵⁹⁷ Dicionário Aurélio. In: <https://www.dicio.com.br/fraternidade/>, acessado em 15-5-2020.

*juntas nas mesmas expedições, deram origem a esses compromissos; e aqueles que os tomaram tornaram-se irmãos, camaradas de armas*⁵⁹⁸.



O autor, Cardoso da Costa, Braz Teixeira, PFC em colóquio na FDUP

Antes da revolução francesa, a fraternidade era considerada um valor social que abrangia determinadas relações, sem possuir uma conotação política generalizante⁵⁹⁹.

Como o acesso à propriedade individual não foi efetivado da maneira desejada pela coletividade, entender-se que a titularidade de bens seria uma extensão da própria personalidade⁶⁰⁰ apenas reafirmava a necessidade da melhor distribuição de riquezas.

Sobreveio a *questão social*⁶⁰¹, com diversos movimentos ideológicos que tinham aspirações igualitárias e, ainda, fraternas⁶⁰². O vocábulo possui evolução histórica ligado à *compagnie*, que se oporia à sujeição ou servidão e não teria o mesmo sentido de igualdade⁶⁰³. Os opositores à sujeição ou servidão seriam os “irmãos das armas”.

Admite-se que a elevação da fraternidade como valor político acabou por ocorrer, de maneira paulatina, a partir dos anos 1790. Em um dos seus textos que serviriam para discurso perante a Assembleia Nacional, Maximilien de Robespierre destaca, ao lado dos

⁵⁹⁸Boucher-D’Argis, Antoine-Gaspar. In: <https://artflsrv03.uchicago.edu/philologic4/encycopedie1117/navigate/7/0/0/0/0/0/0/0/337/?byte=3242005>, acessado em 15-5-2020.

⁵⁹⁹ Fausto Gorja, *Fraternidade e Direito: algumas reflexões*, p. 27.

⁶⁰⁰ John Locke considera a propriedade individual como extensão da personalidade individual e elemento necessário para a conservação e o exercício da dignidade pessoal (*The Two Treatises of Civil Government*, capítulo 5, 25, 26, 27 e 33).

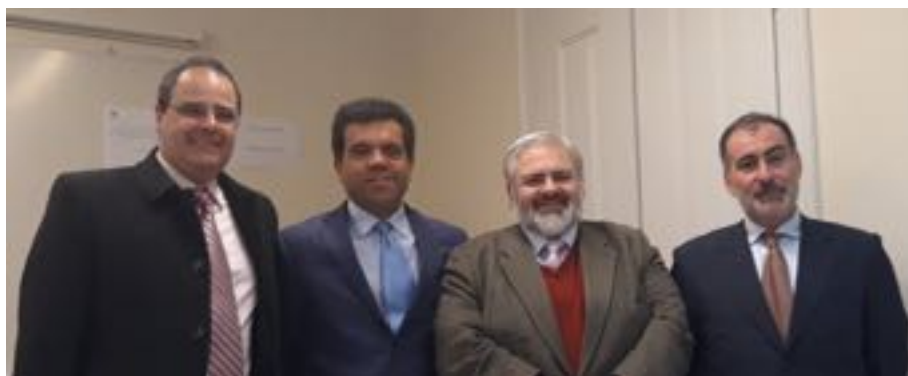
⁶⁰¹ Jaques Donzelot, *L’invention du social*, pp. 49-72. Conforme afirmei noutra ocasião: *A chamada “invenção do social” ocorreu num contexto histórico marcado pelo surgimento de diversos movimentos e ideologias, contrários ao absolutismo e às políticas centralizadoras e antidemocráticas, desgastadas pela insuficiência de procedimentos e pela inadequada obtenção de resultados realmente proveitosos para a comunidade. Alguns desses movimentos e ideologias foram extremados e até mesmo violentos (Solidarismo internacional e constitucional: em defesa do estatuto de erradicação da pobreza, p. 47-62).*

⁶⁰² Antonio Maria Baggio afirma que a lei de 22 de dezembro de 1789, por exemplo, ainda impunha o juramento por “a Nação, a Lei, o Rei”. *Depois de 1789, os franceses foram aprendendo aos poucos a se sentirem livres; mas, enquanto durou a monarquia, não se sentiam, de forma alguma, iguais. Até o golpe de Estado de 10 de agosto de 1792, que derrubou Luís XVI, vigorava um regime censitário, que conferia o direito de voto somente à metade da população, relegando a outra metade à condição de subclasse de cidadãos (A ideia de fraternidade em duas revoluções: Paris 1789 Haiti 1791, p. 25).*

⁶⁰³ Antonio Maria Baggio observa que fraternidade teria sido primeiramente utilizado pela humanista cristão Étienne de la Boétie, que elaborou o *Discours de la servitude volontaire*, em 1550 (publicado em 1574, em *Le Réveille-Matin des français (A ideia de fraternidade em duas revoluções: Paris 1789 Haiti 1791, p. 36).*

dizeres *les français*, a tríade *liberté, égalité et fraternité*, expressões que deveriam ser inscritas no emblema dos uniformes da força de segurança pública ⁶⁰⁴.

No ano seguinte, foi promulgada a Constituição de 3 de setembro, que prevê a fraternidade em seu preâmbulo, ainda sem lhe conferir o valor político devido ⁶⁰⁵.



O autor, João Caetano, PFC e Casimiro Ferreira num colóquio na Univ Aberta em Coimbra

O Decreto de agosto de 1792 conferiu valor político à igualdade, que passou a ter um tratamento jurídico equivalente à liberdade: *juro que serei fiel à Nação e mantereí a liberdade e a igualdade, ou morreréi em sua defesa*.

O valor da fraternidade remonta ao vocábulo *compagnie*, que se oporia à sujeição ou servidão e não teria o mesmo sentido de igualdade.

No entanto, a insurreição de 10 de agosto de 1792 levou a uma desconfiguração desse valor, que passou a ser politicamente empregado pela concepção de *irmandade ou morte*, no período do terror, num ideário de *fraternidade trancada ou secreta* ⁶⁰⁶.

Georges Jacques Danton, em 1º de abril de 1793, valeu-se do ideário da fraternidade: *nós somos solidários através da identidade de nossa conduta*. A fraternidade tornou-se o slogan da revolução jacobina, ao lado da liberdade e da igualdade.

Sob a égide dos jacobinos, adveio o que passou a ser denominado de “regime do terror”: a Constituição de 10 de agosto de 1793 (a Constituição do ano I), que estabeleceu que *o governo provisório da França será revolucionário até a paz*. O Decreto de 10 de outubro do mesmo ano deu vigência ao texto constitucional, até que sobreveio a Constituição de 22.9.1795.

O uso do vocábulo *fraternidade* passou a ser muito criticado mesmo àquela época, por conta dos jacobinos terem se valido dessa expressão durante o período de “terror”⁶⁰⁷, o que proporcionou o enfraquecimento da fraternidade enquanto valor político

⁶⁰⁴ Carlos Augusto Alcântara Machado. *A fraternidade como categoria jurídica – fundamentos e alcance*.

⁶⁰⁵ *Il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens, et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux lois*.

⁶⁰⁶ Laurence Mall, *Le deuil de la fraternité dans les Mémoires (Quelques notices...) de Louvet (1795)*, p. 25-26.

⁶⁰⁷ É o caso de Jean-Baptiste Louvet, que se recusou a usar o termo fraternidade quando elaborou as suas memórias, incluindo o trabalho *Quelques notices pour l'histoire et le récit de mes périls depuis le 31 mai 1793*. Revolucionário entusiasmado, inconformou-se com o regime do Terror. O abuso de palavras na retórica jacobina é denunciado silenciosamente: o termo é oco, ironicamente invadido pela sombra antífrase. Por trás da história de tantos laços amarrados e desamarrados, esse é o espectro da fraternidade desprezada que assombra essas memórias, meditação oblíqua sobre o lema “fraternidade ou morte”, levando a: fraternidade, portanto, à morte. *A fraternidade fraterna está morta; viva a fraternidade fratricida*, diz ele. As Memórias de Louvet permitem entender como ele passou esse sentimento político e foi perseguido em sua vida individual,

e sua paulatina superação por outras expressões (cooperativismo, mutualismo, solidarismo, socialismo...) e uma indesejada hipertrofia ao valor igualdade, o que ocasionou um desgaste do seu conteúdo e alcance, dado pelas diversas ideologias socialistas, marxistas, anarquistas e comunistas que surgiram na era novecentista⁶⁰⁸.

2. Fraternidade na sociedade da informação

O período que sucedeu ao término da II Grande Guerra revelou-se profícuo no processo de migração das conquistas tecnológicas dos instrumentos de guerra para os processos de comunicação. Pode-se dizer que a guerra por conquista de espaço territorial, por meio das armas, foi superada pelo conflito não armado estabelecido pelos dois grandes protagonistas que integraram as forças aliadas: Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. A guerra fria estimulou a propagação ainda maior da comunicação, tornando-se guerra espacial. Nesse conflito sem embates diretos contra a vida das pessoas, a comunicação tornou-se o sinônimo da modernização⁶⁰⁹.

O Estado Social de Direito, que superou o Estado Liberal Clássico, não oportunizou respostas condizentes com as metamorfoses sócio-econômicas e culturais da sociedade internacional que se desenvolveu a partir de 1946, tendo a Conferência da Assembleia Geral das Nações Unidas fixado, mediante a Resolução 59, de 14 de dezembro daquele ano, que o Conselho Econômico e o Social deveriam incluir o conceito de liberdade da informação ao se tratar de direitos, obrigações e práticas; e ainda, envolver pessoas engajadas com os meios de comunicação em massa, visando à propagação da informação.

Antes da execução dos projetos estelares, de viagem à Lua e da colcação de satélites, a teoria matemática da comunicação, desenvolvida por Norbert Wiener (*Cybernetics: or control and communication in the animal and the machine*, 1948), e, ainda, a teoria matemática da informação, do seu ex-aluno Claude Shannon (*A mathematical theory of communication*, em 1948), aliadas à teoria da criptoanálise da máquina decodificadora de enigmas, do também ex-aluno Alain Turing (*Computing Machinery and Intelligence*, em 1950)⁶¹⁰, foram decisivas para a implementação da nova sociedade que adviria paulatinamente após a nova configuração geopolítica mundial: a sociedade da informação.

É bem verdade que o compartilhamento da informação passou a ser objeto de pesquisas acadêmicas, como nova economia, tal qual propôs Fritz Machlup, em sua obra *The production and distribution of knowledge in the United States*, de 1962, porém deve-se à pesquisa japonesa a construção da *teoria social da sociedade da informação*⁶¹¹.

até ser finalmente abandonado pelos seus pares, a pretexto da “fraternidade” dos jacobinos, ou seja, pelo ódio que eles nutriam com a sua dissidência. Isso começou a destruí-lo. Na ordem jacobina, a orientação republicana era considerar que toda a dissensão deveria ser banida. Todos seriam vigiados e os traidores, por simplesmente pensarem diferente, seriam denunciados e excluídos (Laurence Mall, *Le deuil de la fraternité dans les Mémoires (Quelques notices...) de Louvet (1795)*, p.31).

⁶⁰⁸ Analisar essa hipertrofia e os desgastes desnecessários ao valor da igualdade é algo compelxo, que exigiria outro trabalho.

⁶⁰⁹ Armand Mattelart, *A globalização da comunicação*, p. 85.

⁶¹⁰ Conforme apresentação que tive a honra de fazer à obra *Inteligência artificial e decisão judicial: Análise dos Impactos da Inserção dos Algoritmos no Processo de Tomada de Decisão*, de Afonso Vinício Kirschner Frolich e Wilson Engelman, no prelo.

⁶¹¹ Tratei do assunto em *Direito da sociedade da informação: a contribuição japonesa*, p. 26-31.



Le temps des cerises, aquarela de PFC

A denominação, oriunda de debates acadêmicos transmitidos pelos meios de comunicação de massa à época existentes no Japão (o rádio e a televisão), deve-se ao antropólogo e historiador Tadao Umesao, que já havia se referido à sociedade pós-industrial como a sociedade da informação, propôs uma nova teoria industrial, fundada nos serviços e no entretenimento (*Information Industry Theory: dawn of the coming era of the ectodermal industry*, de 1963; e, depois, com seu *Sociology of informaiton society*, de 1964).

Sociedade da informação é, destarte, projeto de poder sócio-econômico e cultural cujas raízes históricas encontram-se ligadas ao desenvolvimento dos conflitos de busca da hegemonia da sociedade internacional a partir do uso e aprimoramento da tecnologia, no concurso pela captação de novos mercados.

Como a sociedade da informação incrementa em proporções infinitas as possibilidades de interações dotadas de qualidade jurídica, deve-se buscar interpretar a norma jurídica mediante a harmonização de valores como a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Assim como os valores da liberdade individual e da igualdade pessoal devem ser continuamente revisitados para os fins de utilização dos princípios informativos deles decorrentes, o mesmo sucede com a fraternidade. Logo, a sociedade pós-industrial, que é a sociedade da informação, exige do intérprete a continuidade dos estudos e pesquisas imprescindíveis para compreender o fenômeno do avanço tecnológico e como os valores políticos e jurídicos devem ser utilizados, para os fins de se conceder uma efetividade real e concreta em conformidade com as circunstâncias do caso.

Um dos princípios informativos da sociedade é justamente a *solidariedade por compartilhamento dos dados*, tanto que dentre os teóricos estadunidenses em geral, adeptos da orientação do *free flow of information*, defende-se o compartilhamento máximo das informações e a consequente redução do mapa da proteção da privacidade pessoal⁶¹². Não fosse a resistência dos países europeus que integram o G-8, essa teoria teria sido aplicada da maneira mais liberal possível, pois a sociedade contemporânea

⁶¹² Armand Mattelart observa que, no período de 1960 a 1995, adotou-se como estratégia do Pentágono norte-americano uma política de longo prazo, buscando-se no plano diplomático a legitimação da doutrina do *free flow of information* junto aos organismos internacionais, cada vez mais assimilada à economia da livre troca. Basta observar que, em 1965, os Estados Unidos propuseram aos países do chamado *mundo livre* da época o 1º sistema de comunicação global, o Intelsat (*International Telecommunications Satellite Consortium*) (*História da sociedade da informação*, p. 64-65).

superou a sociedade industrial, mais poluente e voltada para o consumo de bens materiais, pela circulação dos ativos imateriais resultantes dos serviços e da hipervalorização econômica da informação na atividade empresarial, o que foi assimilado por boa parte das empresas transnacionais.

O resultado dos debates desenvolvidos pelo G-8, em 1999, viabilizou a realização da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação, dela resultando a Declaração Internacional de Genebra, de 2003, e a ratificação de Túnis, de 2005, ambas denominadas Declaração da Sociedade da Informação. Nelas, prevê-se expressamente o direito à liberdade de acesso universal à informação, assim como à transmissão dos dados, reafirmando-se a superação da dualidade do conflito econômico pela multilateralidade da concorrência econômica dos Estados e das empresas transnacionais.

Sem o compartilhamento dos dados, o que seria da sociedade contemporânea? Por isso, os valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade devem ser repensados, inclusive à luz de uma eticidade atual⁶¹³, para melhor se adequar a discussão sobre a gênese da norma jurídica e sua interpretação, numa sociedade complexa e multifacetada que espera a solução adequada dos sistemas jurídicos estatais que participaram da elaboração e promulgação das declarações internacionais acima referidas.

A sociedade da informação, ao se fundamentar no compartilhamento de dados como ativo econômico, consagra o princípio da solidariedade de seus agentes econômicos (Estados, empresas, prestadores de serviços, empregados, consumidores e *prosumers*). Mesmo nesse ambiente, voltado para a circulação de ativos econômicos, torna-se possível a harmonização dos interesses entre os defensores do *free flow of information* e os que preferem uma função reguladora dessas relações jurídicas subjacentes, bem como identificar o papel do valor da fraternidade nesse contexto.

Fraternidade e solidariedade não podem ser, nesse ponto, confundidos enquanto valores políticos e jurídicos, muito embora tenham um grande relacionamento entre si⁶¹⁴ e sua importância seja imprescindível na sociedade internacional e nos sistemas jurídicos estatais contemporâneos.

3. O valor supremo da fraternidade

Coube à sociedade internacional reconhecer expressamente a fraternidade como valor supremo, preceituando o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que: *Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.*

O valor supremo da fraternidade é de interesse universal e, portanto, transnacional, fazendo-se necessário que os Estados adotem as medidas necessárias para o seu contínuo desenvolvimento, como instrumento de efetividade aos direitos sociais, econômicos e culturais pro ela reconhecido em tratados e acordos internacionais.

O conteúdo da noção de fraternidade viabiliza-se como o condutor da interação global, encontrando-se intrinsecamente relacionado com os valores da liberdade e da

⁶¹³ Como sucede com Amartya Sen, que considera que liberdade, igualdade e fraternidade são condições éticas essenciais para o desenvolvimento do Estado (*Desenvolvimento como liberdade*, p. 33).

⁶¹⁴ Sandra Regina Martini e Janaina Machado Sturza ensinam que *revisitar as teorias tem fundamental importância em face da complexidade que atualmente se experimenta no mundo. De acordo com Elígio Resta (2002, p. 41), é possível se aproximar deste mundo apenas por meio da solidariedade, uma vez que a solidão vive de separação e distância. Dessa forma, a construção de um mundo inserido neste já existente só é possível se buscarmos outros pilares de sustentação, que devem estar fundados na fraternidade, na solidariedade e na paz (Direitos humanos – saúde e fraternidade, p. 20).*

igualdade. Somente se pode falar em fraternidade porque ela pressupõe a liberdade individual e a igualdade entre todas as pessoas. Tal relação deve ser levada em consideração ao se interpretar a efetividade dos direitos fundamentais no caso concreto, até mesmo pelo fato de que o elemento nuclear da fraternidade consiste na responsabilidade pela vida presente e no futuro.⁶¹⁵



Alguns livros de PFC

Pode-se dizer que *a fraternidade, como valor, apresenta-se também como resposta para a crise da universalidade que envolve a dimensão e o significado dos direitos humanos*⁶¹⁶.

A Constituição Federal brasileira de 1988 expressamente prevê, em seu Preâmbulo, que fica instituído o *Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.*

Destarte, a fraternidade é atributo conferido à sociedade brasileira, ao lado da pluralidade e da proibição de preconceitos.

Analisando-se o preâmbulo, percebe-se que o exercício dos direitos sociais (por exemplo: trabalho, meio ambiente, consumo...) e dos direitos individuais (*verbi gratia*: civis, empresariais...), assim como os valores da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, e os princípios deles decorrentes, deverão ser assegurados como *valores supremos*, ou seja, superiores a quaisquer outros, a serem adotados pela sociedade brasileira, que deverá se efetivar com atributos de fraternidade, pluralidade e vedação do preconceito.

Contrastando a fraternidade com os ideários revolucionários franceses da liberdade e da igualdade, é indissfarçável que *a fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos de liberdade, de um lado, e de outro, da igualdade*⁶¹⁷.

A fraternidade é, ainda, não apenas um valor político, como também valor e princípio jurídico⁶¹⁸.

O Supremo Tribunal Federal – STF, além de entender que o preâmbulo da Constituição Federal integra a norma maior e, portanto, é fonte inspiradora para a sua

⁶¹⁵ Agnes Bernhard, *Elementos do conceito de fraternidade e de Direito Internacional*, p. 61-63.

⁶¹⁶ Vincenzo Buono, *Em busca da fraternidade no direito da comunidade internacional*, p. 36.

⁶¹⁷ Carlos Ayres de Brito, *O humanismo como categoria constitucional*, p.

⁶¹⁸ Segundo Marco Aquini, *a fraternidade, todavia, não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio atuante, motor de comportamento dos homens (Fraternidade e direitos humanos, p. 42).*

devida interpretação, consignou que a fraternidade se acha assentada como princípio na carta magna, que estabelece dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV)⁶¹⁹.

Não se pode olvidar a importância do artigo 3º do texto constitucional, que constitui vetor interpretativo de todos os artigos da Constituição, já que se acha inserido dentre os dispositivos introdutórios, que antecedem os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos. Ademais, os artigos 1º ao 4º se acham inseridos no Título I – Dos Princípios fundamentais, justificando-se o entendimento de que tais artigos e seus respectivos incisos direcionam o intérprete na utilização dos artigos dispostos na carta magna.

Verifica-se, mais uma vez, que solidariedade (art. 3º, I) e fraternidade (art. 3º, IV) caminham juntas, dedicando-se a elas passagens em textos internacionais e constitucionais, nas quais se possibilita a identificação de pontos de contato e de diferentes abrangências. Assim, simplesmente falar por razões de evolução histórica que o desuso da fraternidade levou à utilização da solidariedade como vocábulo designativo dos valores supremos da sociedade não satisfaz e nem confere a esses dois valores a importância jusfilosófica que podem apresentar na sociedade contemporânea. Esse, no entanto, é tema para outra oportunidade, sob pena de desvio do fio condutor do presente trabalho.

4. Um novo paradigma para os direitos humanos

Uma vez demonstrada mediante a historicidade da insuficiência do Estado Liberal Clássico e do Estado Social de Direito, conclui-se que a desconstrução dos postulados jusfilosóficos do modernismo torna imprescindível a adoção de paradigma que possa se adequar ao *pluralismo comunitário-participativo*⁶²⁰ que a sociedade complexa e contemporânea da informação traz.

O dualismo da guerra fria teve o seu ocaso, encontrando-se a sociedade internacional multifacetada, preferindo-se a concorrência econômica ao invés do conflito armado, tendo em vista as consequências nefastas que a guerra acarreta sobre a vida e a

⁶¹⁹ *As diferenças nodulares entre “união estável” e “casamento civil” já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à nãoequiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição do inciso IV do seu art. 3º (ADI 4277-DF e ADPF 1132-RJ, ambas no voto do Ministro Ayres Brito, 5-5-2011)*

⁶²⁰ Feliz expressão de Antônio Carlos Wolkmer, em *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*.

dignidade da vida, assim como sobre o desenvolvimento dos direitos sócio-econômicos e culturais⁶²¹.

Como foi dito anteriormente, a sociedade da informação trouxe uma nova compreensão dos valores revolucionários, destacando-se a solidariedade por compartilhamento de interesses, assim entendidos os conjuntos de dados constitutivos de informações que integram as mensagens conteúdos dos variados e infinitos processos de comunicação, muitos deles sujeitos à previsão jurídica.

O compartilhamento de interesses precisa ser compreendido não apenas na esfera patrimonial, em que a própria informação passou a ter valor econômico considerável, que oscila conforme os efeitos sócio-econômicos e/ou culturais individuais, metaindividuais e transindividuais que ela pode causar. Também diz respeito a valores não patrimoniais, a começar por valores existenciais da própria humanidade, como a proteção preventiva da vida, da dignidade de vida, da integridade física e da integridade psíquica de cada pessoa, assim como a adequação de soluções satisfatórios pelos diversos sistemas jurídicos estatais sobre tais problemas.

A fraternidade pós-moderna, diferentemente daquela anterior à revolução francesa, não se trata de *compagnie armée*, que buscou a liberdade individual e a igualdade valendo-se da violência física; nem mesmo da fraternidade jacobina, que buscou num regime de terror se impor sobre as perspectivas democráticas possíveis. A fraternidade pós-moderna, oferecida a cada um de nós pela sociedade complexa e multifacetada que paradoxalmente proclama odes em favor da vida, da segurança e da segurança, mas persiste em despersonalizar e tratar a cada um pelo que se tem e não pelo que se é, encontra-se numa encruzilhada. Nessa encruzilhada, a tríade liberdade, igualdade e fraternidade torna-se a protagonista do que se deseja buscar: dar a real e consciente efetividade aos direitos decorrentes dos valores supremos de tratados e acordos internacionais e das cartas constitucionais contemporâneas, ou não.

Pode-se dizer que a liberdade, a igualdade e a fraternidade, como valores jurídicos, têm como premissa a convivência, ou seja, *a inclusão do outro*⁶²².

O valor supremo da fraternidade impõe-se como paradigma para resolução de conflitos que configurem violação aos direitos humanos.

Pode-se dizer que sobredito valor, a fraternidade, traduz-se como direito, o *direito fraterno*, como direito dotado de natureza humanizante das relações sociais, desde as de duração instantânea até aquelas que se desdobram em meses, anos ou décadas.

⁶²¹ Paulo Ferreira da Cunha diz: *talvez tenha chegado o momento histórico de, verificadas as falências capitalista (da liberdade econômica incontrolada) e comunista (de pseudo-igualdade social com escassa liberdade política), se abrir o difícil caminho que venha a permitir atingir ao mesmo tempo uma sociedade e um direito (como se poderia pensar que fossem independentes, apesar da autonomia relativa da juridicidade?) de grande síntese, de grande equilíbrio, mas mais avançada: baseada na Fraternidade. A qual, evidentemente, é mais profunda e mais perfeita que qualquer liberdade e qualquer Igualdade só por si consideradas (Direito fraterno humanista – novo paradigma jurídico, p. 129-130).*

⁶²² Bjork afirma que *o problema básico da sociedade simultaneamente democrática e individualista é que todos os membros sejam levados a compreender o próprio interesse na preservação dos direitos dos demais. O conceito lockiano de sociedade como acordo voluntário entre homens com o objetivo de preservar liberdades e propriedades exige que todos os indivíduos sujeitados ao governo civil acreditem que sua liberdade e propriedade estão protegidos. Devem igualmente acreditar que a definição de propriedade e liberdade econômica ajusta-se aos seus interesses (A empresa privada e o interesse público, p. 72).*



O autor, PFC e vários docentes em foto de grupo

Da fraternidade exsurge o valor da liberdade responsável, pois *a liberdade individual somente pode ser considerada valor jurídico enquanto comparada com a liberdade individual do outro. Não há liberdade, enquanto valor jurídico, sem convivência. Liberdade sem convivência é fato natural que não possui repercussão jurídica. A liberdade individual de uma pessoa isolada não é liberdade jurídica*⁶²³. Liberdade jurídica pressupõe convivência, estabelece-se a partir a existência do outro e da realização de condutas cujos efeitos são regulados pelo sistema jurídico.

Igualdade que não observa a liberdade de escolhas não satisfaz. Falar-se em reexame das desigualdades é, contudo, imprescindível. Trata-se de processo árduo, cuja solução passa, necessariamente, pelo valor supremo que promove o equilíbrio entre a liberdade e a igualdade. Esse valor supremo é a fraternidade.

A liberdade absoluta, assim como a igualdade absoluta, constituem fórmulas utópicas frustradas construídas pelos movimentos ideológicos mais variados, desde a antiguidade até os nossos dias. Para os fins de convivência e desenvolvimento social, deve-se continuamente agir pela harmonização dos seus valores. Tão somente dessa maneira se poderá obter um pragmatismo eficiente e favorável de maneira mais ampla.

A sociedade pós-industrial, também denominada sociedade da informação, contempla os valores e princípios acima apontados, numa perspectiva de *liberdade responsável de acesso universal, de tratamento e de transmissão da informação*, incluindo-se nesse contexto a liberdade de expressão; de *igualdade de oportunidades para a criatividade de novas atividades econômicas, a partir da captação dos dados compatíveis*; e a *solidariedade por compartilhamento dos dados*.

E o que dizer a respeito da fraternidade e do direito fraterno que exsurge desse valor supremo, na contemporaneidade?

A expressão da solidariedade como efeito de poder, nas relações internacionais e estatais, encontra limites na observância da *solidariedade por dignidade da pessoa*

⁶²³ Léon Duguit estabelece que a doutrina individualista *deve ser refutada, considerando-se que sua base consolida-se sobre uma afirmação "a priori" e hipotética. O homem natural, isolado, que nasce livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, constitui uma abstração desvinculada da realidade. O ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade (Fundamentos do direito, p. 29).*

humana, que se impõe como imperativo decorrente do direito fraterno e extensivo a todas as questões alusivas à proteção dos direitos humanos e ao chamado direito internacional humanitário.

Admitindo-se que a forma do direito fraterno são os direitos humanos, é perfeitamente compreensível o caráter de inclusão social, tão propagado pela sociedade da informação. Basta recordar que uma das características da sociedade contemporânea em que vivemos é o *respeito positivo às diversidades*, com a inclusão social e a superação dos preconceitos ou discriminações de qualquer natureza⁶²⁴.

Como dever, a fraternidade exige a contribuição ativa de todas as pessoas envolvidas e decorre da responsabilidade que é assumida⁶²⁵ em virtude da relação jurídica pré-existente, estabelecida na lei ou mediante declaração de vontade.

Bibliografia

AMARTYA SEN. *Desenvolvimento como liberdade*. 7ª reimpressão. São Paulo : Companhia das Letras, 2000.

AQUINI, Marco. *Fraternidade e direitos humanos*. In: Direito & Fraternidade. Org. Giovanni Caso, Afife Cury, Munir Cury e Carlos Aurélio Motade Souza. São Paulo: LTr, 2008.

AYRES DE BRITO, Carlos. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BAGGIO, Antonio Maria. *A ideia de fraternidade em duas revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791*. In: *O princípio esquecido. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Antonio Maria Baggio (org.). São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BEAULIEU, C. F. *Essais historiques sur les causes et les effets de la révolution de France, avec des notes sur quelques événements et quelques institutions*, volume 4. Paris: Chez Maradan, 1803.

BERNHARD, Agnes. *Elementos do conceito de fraternidade e de Direito Internacional*. In: Direito & Fraternidade. Org. Giovanni Caso, Afife Cury, Munir Cury e Carlos Aurélio Motade Souza. São Paulo: LTr, 2008.

BJORK, Gordon C. *A empresa privada e o interesse público – os fundamentos de uma economia capitalista*. Rio de Janeiro : Zahar, 1971.

BOUCHER D'ARGIS, Antoine-Gaspard. *Verbetes políticos da Enciclopédia*, org. Diderot e D'Alembert. São Paulo: Unesp, 2006.

⁶²⁴ Paulo Ferreira da Cunha ensina: *mais que inclusivo, é óbvio que o direito fraterno é coprotagonizado por mulheres e homens. Não se trata aqui de, como na tolerância, guindar o outro, ou dobrar-se para o outro (como diria Harvé Bazin em La mort du petit cheval sobre a atitude sempre paternalista da burguesia). Trata-se de estar com. Num plano de igualdade, ao menos. Mas mais que isso: de ativa cooperação (Direito fraterno humanista – novo paradigma jurídico, p. 136).*

⁶²⁵ Agnes Bernhard, *Elementos do conceito de fraternidade e de Direito Internacional*, p. 63.

BUONUOMO, Vincenzo. *Em busca da fraternidade no direito da comunidade internacional*. In: Direito & Fraternidade. Org. Giovanni Caso, Afife Cury, Munir Cury e Carlos Aurélio Motade Souza. São Paulo: LTr, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito fraterno humanista – novo paradigma jurídico*. Rio de Janeiro: GZ, 2017.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Repensar o Direito Internacional – raízes & asas*. Coimbra: Almedina, 2019.

DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo : Cortez, 2002.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DULAURE, Jacques-Antoine. *Esquisses historiques des principaux événements de la révolution française, depuis la convocation des États-généraux jusqu'au rétablissement de la maison de Bourbon*, tomo II. Paris: Baudouin Frères, 1823.

GORIA, Fausto. *Fraternidade e Direito: algumas reflexões*. In: Direito & Fraternidade. Org. Giovanni Caso, Afife Cury, Munir Cury e Carlos Aurélio Motade Souza. São Paulo: LTr, 2008.

HABERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional*. Madrid: Trotta, 1998.

HOBBS, Thomas. *Leviathan or the Matter, forme and power of a commonwealth Ecclesiastical and civil*. Londres : Andrew Crooke, 1651.

INKOVA, Olga. Justice, Liberté, Egalité, Fraternité : Sur quelques valeurs fondamentales de la démocratie européenne (Org.). Euryopa 37-2006. Genève: Institut européen de l'Université de Genève, 2006.

HODAT, T. *L'internationalisme et la condamnation de la guerre dans la philosophie du XVIIIe siècle en France*. In: École pratique des hautes études, Section des sciences religieuses. Annuaire 1936-1937. 1935. pp. 93-101; doi : <https://doi.org/10.3406/ephe.1935.18441>, acessado em 15-5-2020

LANNON, Cyprien. *La sensibilité épistémologique de Diderot : expression matérialiste d'un désir d'éternité*. In: Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie, 27 | 1999, <https://doi.org/10.4000/rde.911>, acessado em 15.5.2020.

LOCKE, John. *The Two Treatises of Civil Government*. London: Hollis ed., 1689.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica – fundamentos e alcance*. Curitiba:Appris, 2017.

MALL, Laurence. Le deuil de la fraternité dans les Mémoires (Quelques notices...) de Louvet (1795). In: Itinéraires [En ligne], 2012-2 | 2012, mis en ligne le 01 novembre 2012, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/itineraires/1079>, acessado em 15-5-2020.

MARTINI, Sandra Regina; e STURZA, Janáina Machado. *Direitos humanos: saúde e fraternidade*. Porto Alegre: Evangraf, 2019.

MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação*. Bauru: Edusc, 2000.

MATTELART, Armand. *História da sociedade da informação*. São Paulo: Loyola, 2002.

RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma: Laterza, 2005.

SENISE LISBOA, Roberto. *Direito na sociedade da informação: a contribuição japonesa*. In: *Direito na sociedade da informação IV – movimentos sociais, tecnologia e a atuação do Estado*. (Coord. Roberto Senise Lisboa). Coimbra: Almedina, 2020.

SENISE LISBOA, Roberto. *Solidarismo internacional e constitucional: em defesa do estatuto de erradicação da pobreza*. In: *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. Coord. Newton de Lucca, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Mariana Barboza Baeta Neves. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 3ª edição, 2001.

Presença da literatura neotestamentária na obra de Paulo Ferreira da Cunha

Robson do Boa Morte Garcez⁶²⁶

Diante de um jardim bem construído, extasiados com as pétalas, botões, folhas e ramagens, variedade de cores e, em especial, os aromas florais liberados pela natureza, dificilmente atentamos à variedade de sementes, nutrientes e mudas presentes ali. Menos ainda nossa atenção se volta aos esforços humanos investidos nos plantios, podas, enxertos, irrigações, replantios e demais afazeres de que um lugar tão agradável precisou para existir, além dos exigidos à sua manutenção. Pois algo similar está no alicerce do patrimônio de conhecimentos, habilidades e competências que se nos apresentam os notáveis estudiosos e construtores do saber, como é o caso do Professor Doutor Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha. A diversidade de fontes cujas águas dão movimento à sua contínua e multifacetada produção também está posta, a nosso ver, numa linha direta e até natural com a amplitude de temas enfrentados por ele, em especial os ligados ao Direito Constitucional e à Filosofia do Direito. Mas é certo que construções de tal porte só emanam de diuturna pesquisa e reflexão, corporificadas pelo trabalho objetivo, o que nosso, por mérito, festejado amigo e autor concretiza há décadas.



O autor



E, dentre tantas fundamentações, abonações ao pensamento, citações ilustrativas e outras registros elucidativos que visam tanto à aplicação como à exposição dos pensares que traz a lume, acham-se as referências a textos bíblicos, especialmente alguns colhidos no Novo Testamento.

O Professor Paulo Ferreira da Cunha, até onde sabemos e pode ser visto em suas falas e escritos, não se põe, em qualquer parte, a professar a sua crença e, muito menos,

626. Professor, advogado e ministro da Igreja Presbiteriana do Brasil E-mail: bobgarcez@uol.com.br.

descrença. E nem o precisaria fazer, sendo isto de sua esfera personalíssima ou foro íntimo. Felizmente, há proteção a quem opte por resguardar sua privacidade. Mas isso não impede e nem desnatura a frequência com que ele faz menções a personagens, fatos e situações específicas, nas quais o fenômeno religioso é o objeto de consideração, na pena sempre ativa do Professor Paulo.

Suas incursões no mundo da religiosidade se dão numa grande multiplicidade de formas. Ao estudar essa sua faceta intelectual somos conduzidos a referências a textos e contextos de outros credos. Também, no âmbito mais próximo de nós, podem ser encontradas certas análises literário-filosóficas de textos religiosos, com abordagem mais complexa, como se vê no interessante estudo “*O que é a Justiça? Arqueologia e Heurística de uma noção de Justiça, a partir de um passo de um sermão de Santo Antônio, do 4.º domingo depois da Páscoa.*”⁶²⁷

Acreditamos que as muitas e valiosas referências que Paulo Cunha faz à religião, utilizando vários textos e abordagens - sempre canalizando seus estudos a aplicações na vida cotidiana - formam, “per se”, um volume de matéria-prima que pode bem ser objeto para novos estudos e trabalhos acadêmicos nas áreas da Literatura, Ciências da Religião, História do Direito, Filosofia e campos afins. Neste passo, cabe um registro, à guisa de testemunho: tão intensa é a incursão desse autor em alguns textos religiosos que, em certos casos e momentos, resta patenteado estar, pelo esmiuçamento de certos temas, o nosso homenageado em ponto além do que vão certos estudiosos especialistas naqueles saberes.⁶²⁸ É o prêmio ao esforço, a honra ao mérito.

A matriz de origem judaico-cristã presente no pensamento de Paulo Ferreira da Cunha é a modalidade de texto religioso de maior incidência entre os seus livros, o que não surpreende ou causa estranheza, haja vista o seu quadro de referências pessoais ter suas raízes em ambiente no qual predomina o cristianismo, cujas influências se espraiam em quase a totalidade de áreas ao nosso redor, de certo modo. No entanto, seria equivocado afirmar que sua obra é reflexo direto ou diretamente marcada pela influência do conhecimento religioso que tem esse autor, a ponto de esse fator ser identificável.

Neste segundo volume da homenagem que o CEMOrOc da USP presta ao Prof. Paulo Ferreira da Cunha, o presente capítulo tem por meta chamar a atenção dos leitores à presença de textos do Novo Testamento⁶²⁹ na sua obra, espicaçando-os a maiores estudos do assunto específico e à gama de temas conexos a ele. Este propósito, que a mim mais se apresenta como um desafio, também se constitui em prazeroso trabalho, considerado o uso criterioso e – por que não acentuar aqui? – e nobre, que o catedrático portuense faz das porções que toma do Livro Sagrado. E é sempre gratificante estar envolto com textos que transitam entre as coisas de Deus e as de César, as dos homens e as do Eterno.

Os que acessarem este trabalho, de pronto, hão de ver que as menções da presença de textos neotestamentários na produção intelectual de Paulo Cunha – assim

⁶²⁷ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Justiça & Direito. Viagem à Tribo dos Juristas*. Lisboa: Quid Juris, 2010, p.129-183

⁶²⁸ Discorrendo sobre a anterioridade no trato dos direitos humanos, pontua: “*Muito antes da revolução americana e da revolução francesa, com os seus textos constitucionais de protecção proclamatória e escrita dos Direitos do Homem, antes mesmo da Magna Charta inglesa de 1215, já nos concílios de Toledo, sobretudo no IV Concílio (633 d.C.), se tinham encontrado formas de protecção, as quais irradiariam, aliás, para Novo Mundo.*” FERREIRA DA CUNHA, Paulo. “*Religião, Direitos Humanos e Educação*”- Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros Vol. 1 (2006). Available at: <http://works.bepress.com/pfc/38/> , p. 8. (destaquei)

⁶²⁹ A *Bíblia* ou *Bíblia Sagrada* - obra que os cristãos (Católicos Romanos, Ortodoxos e Protestantes) adotam como livro fundamental de sua fé e prática - é composta por blocos (de livros menores) reunidos e publicados em um só volume ou separadamente. O primeiro deles, contendo os livros de Gênesis ao do profeta Malaquias, é denominado Antigo Testamento; o segundo, que reúne desde o Evangelho de Mateus até Apocalipse, é denominado Novo Testamento.

como a própria análise do material aqui reunido – estão longe de ser exaustivas. Se não introdutórias, são exemplificativas. Visam, inicialmente, a somar esforços na justa homenagem que este livro representa. Outro propósito é deixar à mostra algumas pontas de novelo que venham a fomentar mais pesquisas e discussões em torno do legado de conhecimento com que esse indormido pesquisador e doutrinador tem contribuído para todos nós.



PFC e o autor

Paralelamente, o conjunto da obra de Paulo Ferreira da Cunha é rica matéria-prima canalizável a obras centradas na cultura humanística em língua portuguesa, notadamente nas vertentes literárias, jurídicas e históricas, entre outras que mais o sejam. Nestes tempos de intenso tráfego de informações, que os meios digitais fazem crescer a cada dia, brotam textos com espantosa rapidez; muitos deles não têm conteúdo que os torne de interesse permanente. Daí porque nascem e fenecem como a neblina que o sol dissipa, refletindo também o ambiente de liquidez identificada por Bauman.⁶³⁰ Muitas novidades mas “*Nihil sub sole novi...*”.

⁶³⁰ Zygmunt Bauman (1925-2017). Vejam-se: *Modernidade Líquida*; *Nascidos em Tempos Líquidos*; *Vida Líquida*, entre outros publicados pela Zahar Editora, Rio de Janeiro. Foram lançados 40 livros do autor no Brasil.

Em tal cenário, o labor daqueles que se empenham e com esmero produzem conteúdo de permanente interesse merece, por mérito e justiça, ser pontuado como digno de exame, conhecimento, aplicação e reconhecimento. É o caso aqui.

Parte I

No contato e estudo de algumas obras do multimodo escritor, hora laureado, em que se apresentam citações do texto neo-testamentário bíblico, é possível identificar algumas modalidades de menções e citações, com propósitos igualmente distintos:

1. As exemplificações

O recurso à ilustração do que se ensina ou ao que se pretende captar a atenção do ouvinte, máxime do leitor (desamparado da companhia do autor para os casos de dúvidas) é eficiente estratégia comunicativa. É certo que Paulo Cunha bem se vale dessa ferramenta ao longo de seus apreciados textos. E com variados modais: ditos populares⁶³¹, canções⁶³², poemas⁶³³, legislação comparada⁶³⁴, figuras extraídas das artes⁶³⁵, filmes⁶³⁶ e outras formas de ilustrar. Nestes casos, faz citações diretas de versos ou de expressões típicas do Novo Testamento. Vejam-se:

a) “*Quem é a pessoa decente que passa a vida a dizer «Senhor, Senhor» ou «Ética, ética»?*”⁶³⁷

→ A referência aqui é ao dito por Cristo, conforme o registro de Mateus VII. 21: “*Nem todo o que me diz: Senhor, Senhor! entrará no reino dos céus, mas aquele que faz a vontade de meu Pai, que está nos céus.*”

⁶³¹ “Por isso, no Brasil se diz que essa gente *não se enxerga.*” *Olhar a Pequenez, Relativizar, Descentrar.* FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Justiça & Direito.* Lisboa: *Quid Juris*, 2010, p. 87.

⁶³² Falando da aproximação havida entre a igualdade e suas irmãs: a liberdade e a fraternidade, diz: “Na própria canção de José Afonso, *Grândola*, que foi em Portugal emblema da revolução dos cravos, em 25 de Abril de 1974, não se sabe por vezes se se fala de uma se da outra.” E transcreve as três estrofes do histórico poema aos lusitanos. Acesso: Paulo Ferreira da Cunha. “A igualdade e as suas irmãs valorativas” *Scientia Iuridica* Vol. LXIII Iss. 334 (2014). Available at: <http://works.bepress.com/pfc/208/>

⁶³³ Ao fechar o denso estudo dos princípios constitucionais hermenêuticos, cuja carga de antinomia e dialética salienta, recorre à figura poética, apontando a necessária coexistência dos princípios como um jogo de xadrez, em que o jogador move os jogadores do tabuleiro, que se imaginam autônomos; mas não o são: nem estes no quadriculado teatro das lúdicas operações e tampouco no tabuleiro da vida para aquele. Esta vivaz aplicação é, no texto, corporificada num poema de Jorge Luís Borges: “*También el jugador es prisionero/ (la sentencia es de Omar) de otro tablero/ de negras noches y blancos días./ Dios mueve al jugador, y éste, la pieza./ ¿Qué Dios detrás de Dios la trama empieza/ de polvo y tiempo y sueño y agonias?*” FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral.* Lisboa: *quid Juris*, Coleção Erasmus, 2013, p. 412-413.

⁶³⁴ “*Os direitos fundamentais na Constituição brasileira são até, para alguns, excessivos...*”. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Valores e Virtudes no Aprofundamento do Estado de Direito. Uma Perspectiva Luso-Brasileira.* POLIS - Revista de Estudos Jurídico-Políticos, nº 17. Universidade Lusíada Editora, 2009, p. 46.

⁶³⁵ “*Em A Roda de Bicicleta, Marcel Duchamp não precisaria de mais que um simples banco de madeira para fazer elevar a objecto de arte: a referida roda. Mas pode aí legitimamente perguntar-se o banco é pedestal ou já parte da obra...*”. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito, Poder e Pro-vocação Artística.* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. “Ad honorem” – 5. Separata de ARS IVDICANDI, Volume IV, 2010.

⁶³⁶ Discorrendo sobre os riscos da proximidade ensejadora da corrupção e outros males, comenta : “*Daí a benção do rabi no filme A fiddler on the roof: ‘May God bless and keep the Tsar... far away from us!’*”. FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Governar Sociedades Complexas - Tribuna* Iss.33 (2014). Available at: <http://works.bepress.com/pfc/199/>

⁶³⁷ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Por Uma Ética Republicana.* Lisboa: Coisas de Ler, Coleção Pensamento Contemporâneo, 2009, p. 46.

b) “... por outro lado, a intervenção de Jesus vai sublevar o positivismo legalista farisaico (...) explicando, nomeadamente, que o sábado é para o homem e não o homem para o sábado.”⁶³⁸

→ Corresponde à passagem de Marcos II.27, na qual, o Cristo é indagado pelos fariseus quanto ao porquê de os seus discípulos, em trânsito e famintos, colherem espigas num sábado. Jesus mencionou a prática precedente do sumo sacerdote Abiatar, dos idos dias do Antigo Testamento, e acrescentou: “O sábado foi estabelecido por causa do homem, e não o homem por causa do sábado.”

2. As citações indiretas.

Estas podem ser vistas nos textos em que elementos e figuras próprias do texto bíblico se mencionam sem as correspondentes referências textuais. Podem ser compreendidas como, também, como alusões.

Por exemplo, ao discorrer sobre o Estado como árbitro, diz o Professor:

“E não se diga que pouca diferença haverá entre estrangular a religião deixá-la à míngua, condenada ao estertor da *fome e da sede*.⁶³⁹ As boas fês *movem montanhas*, e *nem só de pão devem viver*. Porque, se *só de pão viverem* já não serão mais espirituais. Seria um grande serviço que o Estado lhes prestaria incentivá-las, com a sua neutralidade, a viverem do que têm de específico, designadamente a espiritualidade.”⁶⁴⁰

3. As intertextualidades

Este fenómeno discursivo consistente na presença de um ou mais textos em outro, com referência explícita ou implícita, o qual também pode ser reconhecido na produção intelectual de Paulo Cunha. São entendidas aqui sem o extremismo de Kristeva⁶⁴¹, mas na extensão mais assentada de que um texto reflete outros textos, contudo não havendo entre eles invariável relação de dependência. Há que se reconhecer a originalidade com que muitos desenvolvem sua obra, não raro reconhecida pelos modos como esses autores assimilam, interpretam e desenvolvem outros textos. É importante examinar quaisquer textos com novos olhos.

Nesta perspectiva, os textos de Paulo Cunha são marcados pelos olhares novéis que ele propõe até aos assuntos mais *assentados no tempo*, mediante análises que sua compreensão dos fatos e seus impactos suscitam à sua razão. Outro aspecto está em que a presença do Novo Testamento no referido Constitucionalista não esconde e, tampouco,

⁶³⁸ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. “*Sob o Signo de Maet: Considerações sobre o Direito no Antigo Egipto*”. Estudos em Homenagem a José Amadeu Coelho Dias. Volume I. Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2006, p. 295.

⁶³⁹ **Fome e sede:** “*Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça porque serão fartos*”, Mateus V.6; **movem montanha:** “... , se alguém disser a este monte: *Ergue-te e lança-te no mar, e não duvidar no seu coração, mas crer que se fará o que diz, assim será com ele*”, Marcos XI.23; **viver de pão e não viver só de pão:** “... *Não só de pão viverá o homem, mas de toda palavra que procede da boca de Deus*”, Mateus IV.4.

⁶⁴⁰ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direitos Fundamentais e Crise Europeia*. Lisboa: Quid Juris, 2013, p. 265.

⁶⁴¹ KRISTEVA, Julia. *Introdução à Semianálise*. 2ª edição. São Paulo: Perspectiva, 2005. Kristeva entende que o texto é um conjunto de enunciados, tomados de outros textos, que se entrecruzam: “... *todo texto se constrói como mosaico de citações, todo texto é absorção e transformação de um texto em outros textos.*” - p. 67-68.

desnatura a alteridade havida entre os autores: o bíblico e o contemporâneo, que, de certo modo, dialogam. Ainda que não tenha como meta o frisar a dimensão espiritual ou mística dos textos vistos, é nítido que o Professor, em alguns casos, ressalta a espiritualidade patente nos textos e contextos *sub examine*. Noutros casos, os conteúdos se amalgamam, sem prejuízo à mostra da presença de cada contribuição – do Novo Testamento e do estudioso de seu texto - ao que é dito.

Exemplo: ao falar sobre a inconsistência ou incapacidade da sociedade atual para comandar os acontecimentos, diz que pode ser considerada como “*numa monstruosa mole humana movendo-se sem norte*”. Tal estado de impotência governativa, conclui, no limite é quadro em que “*o cego conduz o cego*”.⁶⁴² Outra boa intertextualidade com o Novo Testamento se vê, ainda, quando Paulo Cunha discorre sobre *a confusão entre o Estado Social, Welfare State, e qualquer tendência estadualizante*. Ao tratar da alegação de alguns – opositores do alargamento da ação social pelo Estado – que a Inglaterra distante esteve bem, e não podia estar melhor, antes de instituir as *poor laws* ou leis para os pobres, PFC faz bela ponderação, *in verbis*:

“... pergunta-se: mas como era possível que houvesse pobres, em situação afinal tão idílica? Ilusão nossa ao perguntarmo-nos: para algumas concepções, haver pobres não é um problema; pelo contrário: é natural, não é caso para espanto, nem alarme, e muito menos para escândalo. Afinal, *sempre os teremos entre nós*, e para alguns é bom que em abundância, porque serão o exército de mão de obra barata que pressionará a queda do preço da força de trabalho...”⁶⁴³



Em um evento do Cemoroc

Neste caso, a frase “*sempre os teremos conosco*”, pinçada da Bíblia e incrustada no período, é paráfrase do dito por Cristo na pictórica cena em que seus pés foram ungidos por Maria, de Betânia, com bálsamo de nardo puro, enxugando-os com os próprios cabelos. Judas Iscariotes, que, não muito depois, trairia o Nazareno, incomodado com tal ato, indagou o porquê de se não ter vendido aquele perfume por trezentos denários e (por suas “imaculadas mãos” de tesoureiro do Colégio Apostólico) repassado tal quantia aos pobrezinhos. O evangelista João não *economizou elogios* ao descrever a motivação do eternizado Calabar do cristianismo: “*Isto disse ele, não porque tivesse cuidado dos pobres; mas porque era ladrão e, tendo a bolsa, tirava o que nela se*

⁶⁴² Alusão a Mateus XV.14: “*Deixai-os; são cegos, guias de cegos. Se um cego guiar outro cego, cairão ambos no barranco.*” FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Governar Sociedades Complexas*. www.http.works.bepress.com/pfc/199/

⁶⁴³ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direito Constitucional Geral*. 2ª edição, aumentada, revista e atualizada. Lisboa: Quid Juris, 2013, p.320/1.

lançava.” Neste passo, Jesus interveio, ordenando que a Maria se permitisse o ato de devoção, e esclareceu: “... *porque os pobres, sempre os tendes convosco, mas a mim nem sempre me tendes.*”⁶⁴⁴ Referia-se à sua ascensão em breve⁶⁴⁵, não desprezando a pobreza. Uma coisa não eliminava a outra.

A pobreza e seus efeitos são tema de perenais discussões e, infelizmente, de especulações e interesses diversos, nos lugares e tempos. Quase invariavelmente, ela compõe as agendas dos candidatos a cargos eletivos e nem sempre na agenda dos agentes públicos dotados de poder de governo. Mesmo não descambando para a *arte engajada*, no texto citado o Professor fez uso bem adequado do espírito subjacente ao fragmento neotestamentário citado, coroando-o com uma aplicação prática, que se apresenta sob inspiração da solidariedade e da justiça.

Outra intertextualidade pode ser identificada quando, para o fomento de uma Ética Republicana, o Constitucionalista trata da concretização dos valores da Liberdade, da Igualdade e da Justiça. Tal patamar, quando alcançado, ensina o Mestre, deve nos conduzir a um rejúbilo de contentamento, que nos impulse à diligência, para que tomemos ciência e consciência de que o garante da efetivação desses valores são as virtudes. E, neste diapasão, no plano político, o que garante a efetivação dos valores republicanos postos em perspectiva é precisamente o que Paulo Ferreira da Cunha denomina de virtudes republicanas. Apesar das reações contrárias, os valores e as virtudes inerentes a isso têm de ser estudados e afirmados: omitir-se nesse aspecto, configuraria certa forma de negação daquela própria ética, a qual representa parte grande e decisiva no contexto da ideia de República. Por esta razão, citando outro comentarista do mesmo assunto e, sem repeti-lo literalmente, nesse parágrafo, afirma Paulo Cunha:

“Evidentemente que Guardini está coberto de razão ao verberar os fariseus de mau gosto, *que batem com a mão no peito proclamando-se pessoalmente muito virtuosos (outros, sem bater com a mão no peito, mas igualmente fariseus*, mostram igual despudor ao proclamarem-se o supra-sumo da ética — como se dizê-lo muito o convertesse em verdade).”⁶⁴⁶

Aqui são utilizadas duas das expressões recolhidas pelo autor nas páginas do Novo Testamento: “*que batem com a mão no peito proclamando-se muito virtuosos*” e “*outros, sem bater com a mão no peito, mas igualmente fariseus*”. Vêm elas da **parábola** do Fariseu e do Publicano narrada por Jesus aos discípulos, e registrada por Lucas.⁶⁴⁷ Jesus conta que dois homens chegam ao templo para orar: um religioso (o fariseu) e um possível rejeitado pelos compatriotas por servir ao império romano (o publicano). Já no local de orações, o fariseu, em voz alta, com orgulho, *desfia o rosário* de suas boas obras, dizendo-se superior a todos os demais homens, incluso o outro circunstante; de longe, o publicano orou – batendo no peito – sem elevar os olhos aos céus, dizendo: “*Ó Deus, sé propício (favorável) a mim, pecador!*” O próprio Mestre – como faz em todos os ensinamentos por parábolas⁶⁴⁸ – extrai uma lição prática aos seus alunos: o segundo homem foi para

⁶⁴⁴ João XII, 8.

⁶⁴⁵ Lucas, o apóstolo-médico, no Livro dos *Atos dos Apóstolos*, I, 6-11, narra o que diz ter presenciado.

⁶⁴⁶ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Por uma Ética Republicana*. Lisboa: Coisas de Ler, p.43-45, máxime a 45.

⁶⁴⁷ Cf. Evangelho de Lucas XVIII.9-17. **Parábolas** são; **os fariseus** eram uma das seitas judaicas surgidas no período chamado interbíblico, que transcorreu entre os dias de Malaquias – último profeta do Antigo Testamento - e os fatos narrados nos Evangelhos, num período de 400 anos. **Publicanos** eram os servidores do Império Romano, em cargos menos graduados. Corresponderiam aos nossos funcionários públicos.

⁶⁴⁸ Como ferramenta de ensino, **as parábolas de Jesus** se caracterizam pela aplicação de valor prático ou moral contido no seu fecho de cada uma delas. Vide: TRENCH, Richard Chenevix. *Notas sobre Las*

casa justificado e não o outro, “*porque todo o que se exalta será humilhado, mas o que se humilha será exaltado*”.⁶⁴⁹

Uma evidência de que Paulo Ferreira da Cunha encarece sua crítica aos detratores dos valores e virtudes republicanas e de sua ética está na denúncia da flagrante hipocrisia daqueles. Ao invocar o contexto da parábola de Cristo, para salientar o caradurismo de alguns cujo *desempenho* público é lesivo à ética inerente (e sempre esperada) dos que lidam com o que é da “*res publica*”, nosso homenageado põe o fariseu a praticar o que foi, na origem, o comportamento do publicano. Em outros termos, o hipócrita antirrepublicano blasona uma pseudahonestidade e decalque de patriotismo.

Dupont afirma que “*aquele que conta uma parábola não quer apenas comunicar uma informação aos seus ouvintes; procura um assentimento, quer fazer com que tomem partido*”.⁶⁵⁰ Era o caso de Cristo, como um Mestre por Excelência. Também é o caso de Paulo Cunha, ao recorrer, entre outras, a essas figuras textuais, fomentando o melhor proveito de quantos tenham acesso aos seus textos.

4. As paráfrases.

Interpretação ou reprodução textual com palavras próprias, seu uso, quase sempre, visa a explicar ou esclarecer o texto que está sendo reproduzido.

4.1 Paráfrases textuais.

Bom exemplo desse recurso linguístico pode ser reconhecido no texto em que o Professor Paulo cuida do Direito à Palavra, frisando o aspecto de o seu prévio cerceamento ser deletério a tudo e a todos. Falar de liberdade de expressão induz a ideia de falta de limites ou até, abuso nisso, diz o catedrático. Essa distorção, adverte, é equivocada, visto que esse direito não embute uma liberdade de expressão libertina ou sem qualquer baliza. Ao contrário, é direito cujo exercício mantém acesa a consciência do que se pode e o que se não pode fazer: dos poderes e deveres que compõe o bloco: os próprios, os que a ordem jurídica põe à frente e os que derivam da própria ação. Ao aprofundar o tema, recorre a uma paráfrase:

Além disso, esse inquinamento sub-reptício da liberdade de expressão é uma malha, é uma peia, é quase um convite à inércia. Porque sabemos que temos liberdade, sim. Mas logo se nos adverte de que, ao exercê-la, podemos cair em infração (...). Assim, quem fala, quem escreve, no fio da navalha, ou no trapézio da sorte, deveria permanentemente fazê-lo com uma oração nos lábios e no espírito: “Livremo-nos de cair em infração...”.⁶⁵¹ (sublinhei)

Parábolas de Nuestro Señor. Grand Rapids: Subcomision Literatura Cristiana de La Iglesia Reformada, 1987; BAUDLER, Georg. *A figura de Jesus nas Parábolas*. Aparecida: Editora Santuário, 1990; COLEMAN, Lyman. *Parábolas – Revivendo as Histórias de Jesus*. São Paulo: Abba Press, 2ª edição. Coleção Eco, Vol.5, 2008; SOWEL, S. M. *Las Parábolas de Jesús*. Buenos Aires: Junta de Publicaciones de La Convencion Evangélica Bautista, 1947. Este autor, na página 5, afirma que as parábolas de Jesus têm um perigo: tão lindas são que é fácil pôr a atenção na ilustração nela contida e não notar devidamente o tema: ou seja, o que motivou a parábola: o seu valor prático.

⁶⁴⁹ Cf. Mateus 23.12

⁶⁵⁰ SANT’ANNA, M.A. Domingues. *O Gênero das Parábolas*. [on line]. São Paulo: Editora UNESP, 2010, 316 p. ISBN 978-85-393-0439-4. Available from SciELO Books. <[HTTP://boook.scielo.org](http://boook.scielo.org)>

⁶⁵¹ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Direitos Fundamentais e Crise Europeia*, p. 241.

Neste caso, o autor está se valendo da cláusula presente na oração do *Pai Nosso*, também chamada de *Oração Dominical*, ensinada por Jesus aos seus discípulos. A terceira das petições voltadas ao benefício do suplicante diz “*Não nos deixes cair em tentação, mas livra-nos do mal.*” Tratam-se, por evidência, de dois conteúdos conexos, mas distintos. A uma, o que se pede ao Pai é o auxílio para que o orante não seja deixado à mercê de suas inclinações à queda, vista a sua incapacidade de resistência ao pecado - “*Não nos deixes cair em tentação*”; a duas, o rogo é a que o próprio Ser a quem a prece é dirigida antecipe a proteção daquele que faz a oração - “*mas livra-nos do mal.*”

Ao construir a frase que fecha o parágrafo transcrito, Paulo Cunha, pela reunião dos dois núcleos do período, consolidou o pensamento, ajustando a exortação que faz ao leitor, ao conteúdo ali tratado: “*Livremo-nos de cair em infração...*”.

4.2 Paráfrases estruturais.

Estas não mantêm os termos do texto tomado como paradigma, mas preservam a disposição dos termos ou a montagem das frases e ou do período.

Para sua exemplificação, adotamos o mesmo caso apresentado no estudo da intertextualidade, considerando estarem presentes os dois aspectos no texto.

“Evidentemente que Guardini está coberto de razão ao verberar os fariseus de mau gosto, *que batem com a mão no peito proclamando-se pessoalmente muito virtuosos (outros, sem bater com a mão no peito, mas igualmente fariseus,* mostram igual despudor ao proclamarem-se o supra-sumo da ética — como se dizê-lo muito o convertesse em verdade).”⁶⁵² [sublinhamos]

Parte II

Pelo exame de algumas de suas obras, foi possível constatar e elencar um número bem expressivo de menções de passagens neotestamentárias, como se demonstra:

1. Evangelho de João I.1 “*No princípio era o Verbo, e o Verbo estava com Deus, e o Verbo era Deus.*”⁶⁵³

É um dos textos principais para a construção do campo denominado Cristologia⁶⁵⁴ teologia, pois se refere à pessoa de Jesus, chamado Cristo. Salientam-se nele três atributos de sua Pessoa: sua eternidade (“no princípio era”), cláusula que se harmoniza com o verso inicial do livro de Gênesis: “*No princípio, criou Deus o céu e a terra*”; sua personalidade (“estava com Deus”) e sua divindade (“era Deus”). O termo marcante da passagem é o *Logos*, λόγος, que se traduz por palavra ou verbo. No Cristo, a promessa de envio do Redentor, teve cumprimento, como diz o verso 14: “*E o Verbo se fez carne e habitou entre nós, cheio de graça e de verdade e vimos a sua glória como do unigênito do Pai.*” Ressalta-se aí o valor semântico do termo Verbo ou Palavra, que Paulo Ferreira da Cunha tão bem selecionou para abrir janelas à melhor compreensão do

⁶⁵² FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Por uma Ética Republicana*. Lisboa: Coisas de Ler, p.43-45, principalmente a 45.

⁶⁵³ *Bíblia Sagrada*. Traduzida por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2ª Ed. Barueri-SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 2011.

⁶⁵⁴ Segmento da teologia que estuda a Pessoa de Jesus Cristo. Sobre isso: LADD, George Eldon. *Teologia do Novo Testamento*. Rio de Janeiro: JUERP, 1985, pp.223-237; BETTENSON, H. *Documentos da Igreja Cristã*. Rio de Janeiro e São Paulo: JUERP-ASTE, 1983, pp.61-86; COSTA, Hermisten M.P. *Eu Creio no Pai, no Filho e no Espírito Santo*. São Paulo: Parakletos, 2002, pp. 202-365.

assunto tratado na parte VI do já citado livro *Direito Fundamentais e Crise Europeia*, a saber: o *Direito à Palavra*.

A importância do *dizer* corporifica-se no mundo do direito, em que este é manifesto numa típica modalidade: a “*iurisdictio*” ou no “*ius dicere*”, que performa e corporifica a jurisdição. Aliás, que seria a nossa existência sem as palavras que dão corpo aos nossos pensamentos? Não apenas no direito, como nas relações pessoais, sociais, laborativas, religiosas e até para conversarmos conosco mesmos. Sobre essa ubiquidade ou onipresença da palavra, escreve Paulo Cunha: “*Somos dos que usam e vivem e dão vida às palavras. Sem elas nada poderíamos.*”⁶⁵⁵

O uso que as palavras podem ter também importa na apreciação do tema aqui tratado. E isto vale igualmente para as questões de alta indagação, como são origens do universo. Se a gênese ou ato de criação é a ação de Deus, por meio da palavra, do dizer, trazendo à existência o mundo e o que nele há, salienta Paulo Cunha que *o ato de falar é uma prerrogativa*.⁶⁵⁶ E, sendo assim, nem a todos é concedida essa capacidade, no sentido do falar criativo, transformador! O Professor homenageado abona seu pensamento pela referência a outros textos do Novo Testamento, citando as passagens paralelas que narram o *batismo de Jesus* e o episódio denominado como *a transfiguração*. Nelas, assinala, a divindade pode até não se ter mostrado. Mas, frisando a importância da palavra, Deus Pai falou:

Mateus III, 17 - “*E eis que uma voz dos céus dizia: Este é o meu Filho amado, em quem me comprazo.*”

Mc. I, 9 ss. - “*Naquela ocasião Jesus veio de Nazaré da Galileia e foi batizado por João no Jordão.*”

Mc IX, 7 - “*E desceu uma nuvem que os cobriu com a sua sombra, e saiu da nuvem uma voz que dizia: Este é o meu filho amado; a ele ouvi.*”

Lc III, 21 ss. - “*E aconteceu que, como todo o povo se batizava, sendo batizado também Jesus, orando ele, o céu se abriu; e o Espírito Santo desceu sobre ele em forma corpórea, como pomba; e ouviu-se uma voz do céu, que dizia: Tu és o meu Filho amado, em ti me comprazo.*”

Semelhantemente, a voz do Deus Pai se fez ouvir no *monte da transfiguração*. O contexto era de acentuada contrição e de experiência espiritual incomum até aos discípulos. Diz o texto que o patriarca Moisés e o profeta Elias apareceram e falavam com Jesus Cristo. Ao lado de João e Tiago, o afoito Pedro propôs a feitura de tendas e a permanência deles ali, “*não sabendo o que dizia.*” Uma intensa nuvem baixa sobre todos, o que enche os discípulos de temor. Como ressalta Paulo Ferreira da Cunha, veio a Palavra! O Pai falou! Como na cena do batismo, no rio Jordão, mais uma vez, o conteúdo é de credenciamento do seu Filho Jesus: “*E dela (a nuvem) veio uma voz, dizendo: Este é o meu Filho, o meu eleito; a ele ouvi.*” Lucas IX, 35.

⁶⁵⁵ *A igualdade e suas irmãs valorativas*. Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Janeiro/abril 2014 – tomo LXIII – número 334, p.23/41.

⁶⁵⁶ *Direito à Palavra. A Importância de Dizer*. Direitos Fundamentais e Crise Europeia. Lisboa: Quid Juris, 2013, p. 218.

2. Evangelhos de Mateus XXII, 21, de Marcos XII, 17 e de Lucas XX, 25.

“Daí, pois a César o que é de César e a Deus o que é de Deus.” (Lucas)

Mateus, Marcos e Lucas são considerados evangelhos sinóticos, pois as suas perspectivas têm grandes semelhanças, comparativamente ao texto escrito por João, o quarto evangelista. Este tem um conteúdo mais teológico e denso, até. Todavia a mensagem cristã tem como referência orientadora o *princípio da harmonia dos Evangelhos*, haja vista sua patente complementaridade, que amalgama a maior parte do conjunto que os quatro livros contêm. Na totalidade desses textos se vê uma narrativa com acentuada similaridade – respeitadas as características de cada autor – para um conteúdo de reconhecida unidade.

Na passagem apontada, os fariseus e os herodianos – segundo relatam Mateus e Marcos – enviaram dos seus discípulos a Jesus para o inquirirem e tentarem o surpreender em alguma falta. Lucas, que era médico e, *ipso facto*, estaria mais preparado à observação dos acontecimentos e de como os informar a outrem, diz que os escribas e os principais sacerdotes eram os autores intelectuais do ato contra o Messias. Estavam incomodados por seus discursos e, por terem medo, subornaram emissários que, se passando por justos se aproximaram de Jesus. Estratégia objetiva: apanhá-lo nalguma falta e o entregar à jurisdição e autoridade do governador. Abre-se a, segundo o relato, capciosa indagação com a respeitosa forma de tratamento ao Homem de Nazaré: *“Mestre, (...)”*. Seguiu-se um, pela ínsita motivação, verdadeiro salamaleque⁶⁵⁷, e, então, foi feita a pergunta central do encontro: *“... é lícito pagar tributo a César ou não?”* Os três primeiros evangelistas mencionam tanto a forma de tratamento quanto a pergunta. Todavia, somente Marcos incluiu outra importante questão, que, “a priori”, enquadrava o Consultor na inteira responsabilidade pela solução do dilema: *“Devemos ou não pagar?”*⁶⁵⁸

Os judeus estavam sob o jugo romano. Se Jesus afirmasse que tanto a cobrança quanto o pagamento do tributo ao estrangeiro dominador eram uma prática injusta, seria denunciado às autoridades de plantão, como subversivo. Se apenas dissesse que o imposto era devido ao Império, *coeteris paribus*, seria acusado de indiferença religiosa e, talvez, até de desprezo para com os valores da própria fé.

Pedi que fosse mostrada a ele uma moeda do tributo, um denário. Perguntou de quem eram a efígie e a inscrição nela e ouviu dos consulentes: *“De César.”*

Têm-se agora: a pergunta deles, a moeda deles, a pergunta dele a quem lhe fez pergunta, a resposta de quem estava ali exatamente à espera de uma resposta...! E, Jesus lhes disse, usando uma conjunção consecutiva, que vinculou e neutralizou os seus inquiridores: *“Daí, pois, a César o que é de César e a Deus o que é de Deus.”*

⁶⁵⁷ Dizem os evangelistas: Mateus XXII, 16: *“(…), sabemos que és verdadeiro e que ensinas o caminho de Deus, de acordo com a verdade, sem te importares com quem quer que seja, porque não olhas a aparência dos homens.”* O registro de Lucas é mais curto e em outros termos: *“(…) sabemos que falas e ensinas retamente e não te deixas levar de respeitos humanos, porém ensinas o caminho de Deus, segundo a verdade.”* As referências a Jesus eram verdadeiras, mas mendazes, pela intencionalidade subjacente.

⁶⁵⁸ Marcos XII, 14, c.

Esta passagem pode ser considerada um *locus classicus* das bases bíblicas para o tema separação entre o Estado e a Igreja.⁶⁵⁹ A laicidade, pura e simples, é oportuno nos lembrarmos, não se confunde sequer com qualquer laivo de antirreligiosidade.

Sobre algumas manifestações dos que se arvoram favoráveis à efetivação de um estado verdadeiramente laico, sem sopesar os seus contornos, esse autor traz uma objetiva ponderação:

Algumas manifestações de pretensa laicidade são apenas anticlericais, e mesmo anti-religiosas. Não podem considera-se sequer manifestações de tolerância. Contudo, Cristo, ao mandar dar a César o tributo de César e a Deus o que lhe pertence, ou ao recusar-se a dividir uma herança entre irmãos, é um dos primeiros e práticos defensores da laicidade.⁶⁶⁰

Aqui, o Doutor Paulo Ferreira da Cunha emprega a literatura do Novo Testamento para assinalar a separação entre os Estados e Credos, cuja efetivação não prescinde do rigoroso delineamento dos respectivos limites de atuação. O episódio dos irmãos que disputam certa herdade se lê no Evangelho de Lucas, capítulo XII, 14: “*Mas Jesus lhe respondeu: Homem, que me constituiu juiz ou partidor entre vós?*”

Dessa feita, o Homem de Nazaré fizera uma série de admoestações aos que o ouviam, em especial quanto ao perigo da hipocrisia, a que ele denominava de “fermento dos fariseus”. Talvez impressionado com a sabedoria do Pregador, um homem, da multidão, pediu a ele: “*Mestre, ordena a meu irmão que reparta comigo a herança.*” Lucas, ao relatar esse diálogo, nesta precisa altura, introduz uma conjunção adversativa, traduzida por “mas” na versão aqui utilizada, pondo sobre o que será dito um grau de sensível afastamento daquilo que a pergunta almejava: “*Mas Jesus lhe respondeu: Homem, quem me constitui juiz ou partidor entre vós?*” Em outras palavras, diz o Messias: eu tenho como realizar uma tarefa para a qual estão constituídas autoridades próprias. Paulo Cunha cita as didáticas palavras de Jean Lauand que corroboram a exposição desse trecho:



Em Evento do Cemoroc

⁶⁵⁹ Outra referência da laicidade, na perspectiva do exercício da cidadania, está na *Epístola de Paulo aos Romanos*, no capítulo 13.1-7.

⁶⁶⁰ FERREIRA DA CUNHA, Paulo. "Religião, Direitos Humanos e Educação" *Cadernos Interdisciplinares Luso-Brasileiros* Vol. 1 (2006). Available at: <http://works.bepress.com/pfc/38/>. P.

Trata-se de um episódio evangélico na aparência intranscendente: “*um da multidão*” aproxima-se de Cristo e faz um pedido: que Jesus use Sua autoridade para convencer seu irmão a repartir com ele a herança (Lc. 12,13). Para surpresa daquele homem (e contrariando a mentalidade antiga e a oriental, que uniam o poder religioso a questões temporais...), Cristo recusa-se terminantemente a intervir nessa questão: “*Homem, quem me estabeleceu juiz ou árbitro de vossa partilha?*” (Lc. 12.14). O máximo a que Cristo chega é a uma condenação genérica da cobiça, contando a esses irmãos a parábola do homem rico cujos campos haviam produzido abundante fruto e com o célebre convite à contemplação dos lírios: “*Olhai os lírios do campo...*”⁶⁶¹

Realmente Cristo encerra o encontro com tais pessoas transmitindo-lhes consistente exortação acerca dos perigos da cobiça, como pontua Lauand, ilustra o ensino com parábola do rico insensato e fecha o ciclo daquela instrução chamando sua atenção para a riqueza de coisas tão simples como as flores do campo.

- - - - -

Concluimos este estudo ressaltando a presença do texto do Novo Testamento da Bíblia na produção textual de Paulo Ferreira da Cunha. Como visto, a ocorrência dessa associação textual não é incidental, mas decorre das escolhas que esse autor realiza, ao elaborar os seus textos. Dada a riqueza de fontes que acessa nos seus estudos e a contínua edificação de obras veiculadoras de seu labor intelectual. O texto neotestamentário, por sua vez, contém um grande universo histórico-cultural, antropológico- filosófico, sociológico-jurídico, entre outros conteúdos, além do que é e cariz espiritual, e de abordagem própria dos que cuidam dessa matéria.

Por fim, há um amplo rol de temas a serem pesquisados, analisados e convertidos em estudos, dissertações e mesmo teses, tendo como fontes bibliográficas e documentais a extensa obra do homenageado Prof. Paulo Ferreira da Cunha. Ao longo da leitura de vários de seus livros e artigos, encontramos material para elaboração de outros estudos, pelo que tomamos a liberdade de sugerir – apontando alguns temas – para quantos venham a ter seu interesse despertado:

- Presença do Antigo Testamento na obra de Paulo Ferreira da Cunha;
- A elegante presença da cultura grega na obra de Paulo Ferreira da Cunha;
- A elegante presença da cultura romana na obra de Paulo Ferreira da Cunha;
- Máximas e brocardos na construção da obra filosófico-jurídica de Paulo Ferreira da Cunha;
- Cantos e Falares ibero-lusitanos no pensamento de um catedrático portuense.
- Fenômeno Religioso e seu papel na Sociedade e no Estado. Contribuições de Paulo Ferreira da Cunha.
- O laico e o religioso: harmonizáveis numa perspectiva republicana?
- Entre o trono e o altar. Relações entre o Poder e Religião no Estado, no olhar de Paulo Ferreira da Cunha.

⁶⁶¹ *Direitos Fundamentais e Crise Europeia*, p. 268-269.

Creemos que alguns desses enunciados poderão encontrar caminhos bem promissores ao seu desenvolvimento se forem tomados em harmonia com alguns tópicos muito caros ao Prof. Paulo Cunha, como o são o Direito Fraternal Humanista e a criação do Tribunal Constitucional Internacional. Igualmente, temas como a Justiça e a Felicidade também permeiam boa parte do que se tem verificado no perreio da vasta malha de trabalhos desse autor, o que - temos pra nós - abre portas a que possam tal conjugação de temas servir de ancoragem para outras pesquisas e escritos que derivarão destas.

Conclusão

Diante disto, num tempo de tantos feitos efêmeros, importa dirigir os fochos de luz sobre o que é se constrói mais duradouramente, como é a obra que o primeiro e o presente volume desta homenagem ressaltam, muito oportunamente.

Há séculos, Plutarco recomendou aos seus ouvintes, e a nós, por extensão: sede como as abelhas que transformam em algo melhor o que retiram das flores! O Professor Paulo Cunha, nitidamente, como um cidadão do mundo, é aberto ao ecletismo de fontes, por ele selecionadas e, de modo criterioso, vertidas na grande contribuição que tem legado a todos nós!

Congratulamo-nos com os diletos mestres os Professores Doutores Jean Lauand e João Caetano Relvão pela bela e justa iniciativa!

Neste mesmo passo, parabenizamos o Professor Doutor Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha pelo seu valioso labor, confessando-nos devedores pela fruição do quanto tem partilhado conosco!

O pensamento pluralista do catedrático Paulo Ferreira da Cunha

Ronny Max Machado⁶⁶²

Introdução

Da longa e fecunda carreira jurídica de Paulo Ferreira da Cunha podem-se destacar os seguintes marcos: é Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, tendo suspenso as funções de Professor Catedrático com "tenure" e apresentado a demissão do cargo de Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (que depois se extinguiu). Foi do Comité ad hoc para o Tribunal Constitucional Internacional, com especial mandato para a América Latina e Portugal. Professor da Académie Internationale de Droit Constitutionnel.

Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional e de várias outras Academias e Sociedades Científicas, como a Natural Law Society, a Sociedade Científica da Univ. Católica, o Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, a Academia Paulista de Letras Jurídicas, o Centro de Letras do Paraná, etc.

Possui graduação (Licenciatura em Direito), com o Curso complementar em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1984), Mestrado em Direito - Ciências Jurídico-Políticas pela mesma Faculdade (1988), Doutoramento em Direito (História do Direito / Filosofia do Direito) pela Université Panthéon-Assas, Paris II (1992), reconhecido em 6.1.1999 pela Univ. do Porto, Portugal. E ainda Doutoramento em Direito. Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (1995), reconhecido em 16.4.2014 pela Universidade de São Paulo como Doutor em Direito, área de Direito do Estado. Agregação em Direito Público

⁶⁶² Ronny Max Machado: Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Escola Paulista de Direito. Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Coordenou o Grupo de Pesquisa em Privacidade de Dados junto ao Programa Empreendedor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Estado de São Paulo. Brasil. 2018-2019. Pesquisador junto ao Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Professor Universitário dos Cursos de Pós Graduação EAD da Faculdade Damásio. Advogado em São Paulo e Brasília. Relator na 1 Turma de Benefícios da CAASP. Colunista do Site Ramo Jurídico.

(similar à Livre-docência) pela Universidade do Minho (2000). É Pós-doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013).

Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito de Kiev da Academia Nacional das Ciências da Ucrânia, da UANE, México, etc. Professor "Associé" ao Departamento de Direito e Justiça da Universidade Laurenciana, no Canadá, Professor Honorário da Univ. Mackenzie, em São Paulo, Diretor de Relações Internacionais do Cemoroc da USP (desde 2008).



O autor

Pesquisador da Linha de pesquisa Regimes e Tutelas Constitucionais, Ambientais e Internacionais (Unisantos). Coordenador (com a Prof. Dr.^a Karine Salgado) do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos: Raízes e Asas (UFMG). Advogado, inscrito na Ordem dos Advogado de Portugal (tendo pedido suspensão para dedicação integral à Universidade). Vencedor de um dos Prêmios Jabuti (ex-aequo) para melhor livro de Direito 2007, com o seu "Direito Constitucional Geral" (Método, São Paulo; Lisboa, Quid Juris). Diretor ou codiretor de várias revistas, como a International Studies on Law and Education.

Seu exemplar currículo traz consigo, inspirações, motivações e uma fonte inesgotável de conhecimento que nos permite tê-lo como exemplo e assim prestar-lhe esta singela homenagem

A relevância de um pensador

A trajetória de Paulo Ferreira da Cunha apresenta uma série de lições, no tocante ao desenvolvimento acadêmico e produção literária.

O jurista reúne uma variedade de trabalhos acadêmicos, entre livros, artigos, resenhas, ensaios, entrevistas, etc, muitos deles voltado as áreas do Direito

Constitucional⁶⁶³ e Direito Internacional, permitindo assim, uma abordagem repleta de fatos históricos, posicionamentos estes que permitem uma séria e consistente compreensão dos ramos do Direito.⁶⁶⁴



PFC na FMU, onde foi professor do Autor

O seu engajamento nos ilustra como o Direito, uma vez levado a sério, pode expandir os horizontes trazendo para nós novas formas de pensar e agir a respeito de diversos temas relacionados ao Direito Público.

O Jurista também dialoga no campo acadêmico nas áreas humanística, estabelecendo um estudo embasado nos fundamentos do Direito, reunindo as disciplinas jurídicas, filosóficas e históricas, bem como a literatura clássica⁶⁶⁵, com a finalidade de

⁶⁶³ E o que importa sublinhar, no caso, é o papel especial e estratégico do direito constitucional na construção de uma sociedade mais justa, mais livre e mais fraterna – que continua a ser o grande sonho colectivo que a humanidade (ou os seus representantes mais esclarecidos, porque, como dizia Rousseau, os escravos vis até sorriem de desdém ao ouvirem a palavra Liberdade) deve realizar.

Ao direito constitucional não se deve pedir nem pouco nem muito. Ele é já em si mesmo uma grande pedagogia geral para o direito, para todo o direito. E pode ser também um vector de educação e exemplo para a sociedade no seu todo. Combatendo as desigualdades, assegurando os direitos e o direitos humanos, tornando a actividade política credível, mais transparente, e submetendo-a ao direito. CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Constitucionalismo Global. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 15 – jan./jun. 2010.

⁶⁶⁴ É um dos pontos clássicos já do movimento do neoconstitucionalismo a necessidade de constitucionalizar o Direito. De o harmonizar com as Constituições. Mas isso pode ser feito de forma rotineira e como que obrigada, ou com o júbilo e a grandiosidade de criar direito novo, com rosto constitucional. Essa constitucionalização mais profunda dará um contributo decisivo para a mudança de idade jurídica, ultrapassando o direito objectivo e o direito subjectivo, e passando para um novo tempo de direito fraterno, humanista. CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da, **Concretizar a Constituição : desenvolvimento, consolidação e crise** Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos, N.OS 18/21 (2012)

⁶⁶⁵ Entretanto, a Literatura e toda a criação não podem encarar placidamente tantas manifestações de barbárie, desde as várias iliteracias às incapacidades hermenêuticas, algumas de pessoas de responsabilidade. É absolutamente preciso, num mundo futuro, com robots faz-tudo ou não, que os cidadãos saibam os *basics* de

englobar as áreas afins ao Direito e exercitar um pensamento que construa uma visão fraterna. Os diálogos interdisciplinares possibilitam valorar a importância da liberdade e do pluralismo sob a ótica de Paulo Ferreira da Cunha.

O papel acadêmico de Paulo Ferreira da Cunha irradia aspirações aos mais jovens no caminho da pesquisa⁶⁶⁶, fornecendo uma infinidade de conteúdos repletos de informações capazes de ampliar o conhecimento dos pesquisadores.

Um exemplo para ser seguido e lembrado

Sua grandiosidade (e humildade...) faz dele um exemplo na área acadêmica de postura perante os alunos e alunas, pois transmite de maneira clara e objetiva o seu modo de pensar, trazendo à tona, relatos históricos capazes de contextualizar o exercício da atividade jurídica e no campo da pesquisa científica.

Sempre preocupado na demonstração das percepções fideis das realidades fática construídas ao longo da história, traduz em cada uma das suas obras, inúmeras abordagens, concisas e sistemáticas, propiciando um volume de conteúdo adequado a compreensão de seus ensinamentos.⁶⁶⁷

Paulo Ferreira da Cunha estabelece um compromisso com o progresso acadêmico por meio de um trabalho admirável e vasto, cuja capacidade ao longo do tempo só tem permitido aos seus leitores e conhecedores de sua obra tráfegar pela seara acadêmica, amparados com o material de qualidade inquestionável.

ler bem (interpretar), escrever bem (saber manifestar o próprio pensamento), calcular, e pensar, claro. Se alguma tecnologia promove o adormecimento de alguma destas faculdades, será negativa. Se promover o seu desenvolvimento, será positiva. CUNHA, Paulo Ferreira da “DIREITO DE DIZER TUDO”: Desafios ao Direito & Literatura na Sociedade da Informação. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 551 - 566, jul./dez. 2016.

⁶⁶⁶ A “crise de vocações” jurídicas acompanha a inflação dos candidatos a juristas. E o - sintomático é que mesmo juristas com carreiras longas e brilhantes, ou recentes, mas já promissoras, perigosamente caem numa descrença acerca das suas próprias tarefas, da sua utilidade, ante alguns sinais de uma impotência que se teria apoderado do sistema. E a descrença na especificidade e excelência da proposta “Direito” é o melhor terreno de cultura para as sementes alheias e para as ervas daninhas. A tendência reflexiva é talvez excessivamente tributária de um pessimismo decorrente da verificação que os tempos mudaram demais e demasiado depressa, e a paisagem de hoje torna-se estranha e hostil. Não é necessariamente má a situação de hoje. Há muitos aspectos hodiernos de genuinidade, de quebra de hipocrisias, de generosidades verdadeiras irrompendo...CUNHA, Paulo Ferreira da. Reflexões sobre o Direito Contemporâneo. **Revista Páginas de Filosofia**, v. 1, n. 1, jan-jul/2009.

⁶⁶⁷ O desenvolvimento intelectual, de que a formação jurídica faz parte, é um direito humano – e natural. A educação para a cidadania e para os direitos humanos implica também o direito ao Direito, e o direito fundamental de todos a uma formação jurídica básica. Só a efetivação desses direitos culturais pode garantir, em consonância com outros, políticos e sociais, uma sociedade de efetivo respeito pela dignidade do Homem e o respeito pela Natureza. Nessa senda, é muito importante ter idéias claras e não preconceituosas sobre a ciência jurídica.

Já não é só a sorte do Direito Natural a estar em causa. Não temos dúvidas de que, ou o Direito *tout court* se regenera e se adapta (não aos novos tempos, sociologicamente entendidos, mas à nova respiração da Humanidade ao desnublado do seu pensamento, ao seu caminho para a maioria), ou acabará enquanto tal. Pode haver muitos nomes para essa nova etapa do Direito, mas ele terá sempre que ser humano, solidário, altruísta, *fraterno*, como antes foi objetivo e hoje ainda é, mesmo que confusamente subjetivo. CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Direito Natural ao Direito Fraterno. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 1(1):78-86 janeiro-junho 2009.

Paulo Ferreira da Cunha, entre seus mais variados estudos na área jurídica, possui um destaque próprio, particularmente para nós, quanto às discussões inerentes ao Direito no Brasil, bem como a relação do fenômeno jurídico com o povo brasileiro.

De maneira aprofundada e séria, boa parte de seus estudos versam sobre Teoria do Direito Constitucional⁶⁶⁸, com um comparativo envolvendo as culturas constitucionais.

Além disso, seus escritos por meio de uma abordagem da História do Direito⁶⁶⁹ e da Constituição e da Filosofia, e Teoria do Estado, trazem questões que apresentam notáveis problemáticas e instigam o campo acadêmico.⁶⁷⁰ A relevância da pesquisa e leitura de trabalhos críticos sobre as concepções tradicionais é um traço marcante no papel acadêmico de Paulo Ferreira da Cunha. Outrossim, é importante mencionar que no campo da discussão do Direito no Brasil, o jurista apresenta conexões com o Direito Constitucional Positivo presente nos Estados Nacionais.

Outro fato jurídico-científico na obra do Mestre, é importância do projeto de uma Constituição Europeia apontando para muitos as suas preocupações. Ao longo das suas abordagens teóricas, visa ilustrar os debates teóricos sobre o seu direito relacionamento com os fatos da história, bem como, com eventos recentes no Brasil.⁶⁷¹

No campo do Direito internacional, algumas das lições de Paulo Ferreira da Cunha trazem indagações a respeito das características norteadoras deste ramo do Direito, uma vez que segundo ele mesmo:

O direito e internacional é uma realidade ao mesmo tempo próximo e distante de cada um de nós. Todos os dias assistimos pela comunicação

⁶⁶⁸ Os valores e as virtudes republicanas estão novamente na ordem do dia, não só mercê dos teóricos neorepublicanos, mas ainda devido a outros debates actuais, tais como o multiculturalismo, a laicidade dos estados, a transparência e a corrupção. Recordamos aqui, entre outros, o discurso fúnebre de Péricles reconstituído na *História da Guerra do Peloponeso* (Tucídides), e a *Ética a Nicômaco* (Aristóteles), como importantes fontes da ética republicana, a par da ulterior teoria de Montesquieu que considera a virtude como a essência dos estados republicanos. CUNHA, Paulo Ferreira da. REPÚBLICA E VIRTUDE. Raízes Constitucionais Helénicas: Actualidade e Desafios. **Historia Constitucional (revista electrónica)**, n. 9, 2008Disponível em: <http://hc.rediris.es/09/index.html> Acesso em 01/05/2020.

⁶⁶⁹ Mas o que interessa, muito mais que os rótulos, é a *fidelidade* ao mesmo *espírito de Justiça*. Essa é que importa, e tanto mais importa (se pode importar mais, se o seu importar não é sempre um Absoluto) neste nosso tempo crítico em que o Mundo tanto precisa de sentido, para o qual a Justiça tanto pode contribuir... CUNHA, Paulo Ferreira da. **“Repensar o Direito Natural” Humanística e Teologia**. 32:2 (2011) 105-117

⁶⁷⁰ De todo o modo, não deixa de ser interessante que os capítulos sobre o Povo em manuais e tratados de Direito Constitucional, Teoria Geral do Estado e Direito Internacional Público não terão mudado muito ao longo dos tempos. Contudo, novos horizontes se vão rasgando, sobretudo na consideração das Pessoas como sujeitos de Direito Internacional, além do reconhecimento do grande peso de discurso legitimador das clássicas teorizações sobre os elementos do Estado. Com a tragédia atual dos refugiados e dos migrantes e dos candidatos a migrantes, e dos deportados, que tem bolhas de conflito agudo em vários continentes, como não considerar que não só o Povo é elemento do Estado, como a Pessoa, a Pessoa individual, é (em regra) não só cidadão no seu país de origem, como sujeito de Direito Internacional num globo cada vez mais pequeno e interdependente? CUNHA, Paulo Ferreira da. Do estado e do povo: sócio-arqueologia de um saber e de uma realidade **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.6, n. 1, p. 249-260, mai. 2018.

⁶⁷¹ A Constituição de 1988 é uma das mais progressivas do mundo, embora o seu carácter detalhista possa fazê-la conter elementos materialmente espúreos. Contudo, é um marco na construção constitucional, e especialmente preocupada com a cidadania, por isso merecendo bem o cognome de “Constituição Cidadã”. Mantendo-se na linha republicana, presidencialista, federalista, e democrática, aprofunda de forma inovadora o legado das constituições sociais, e institucionaliza o império da justiça constitucional. CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Constitucionalismo Brasileiro: Uma Introdução Histórica (1824 1988) **Historia Constitucional (revista electrónica)**, n. 8, 2007. Disponível em <http://hc.rediris.es/08/index.html> Acesso em 01/05/2020.

social a sua presença ou ausência realidade, fascinante urgente e complexa para esse, contudo, algo misteriosa sempre. Conflitos aparecem a meio caminho nas narrativas mediáticas e seria preciso entender como é e porque aparecem os problemas.⁶⁷²

Esta passagem ilustra a importância do esclarecimento e problematização envolvendo a “engenharia” que constitui a Sociedade Internacional.

Através dos trabalhos do professor, é possível revisitar questões clássicas, as concepções desenvolvidas sobre o Estado e seu papel, o território, bem como os conflitos armados e as políticas pacificadoras.

Não obstante, Paulo Ferreira da Cunha também se propõe a apontar discussões modernas no cenário do fenômeno da globalização e as que encontram relação com os direitos humanos.

Por fim, é importante ressaltar que problemas por si só, não representam todo do pensamento eloquente de Paulo Ferreira da Cunha, que também estabelece um papel relevante na propositura de soluções, como é o caso do projeto de uma futuro Tribunal Constitucional Internacional⁶⁷³, que diante do cenário em que vivemos exercitariam, segundo o jurista, um papel relevante no campo Global.

Homenagens Finais

É uma grande satisfação poder tecer essas considerações, a partir de toda contribuição prestada, sob a ótica acadêmica do professor e mestre Paulo Ferreira da Cunha.

Seus ensinamentos sempre ficarão registrados nas trajetórias acadêmicas que prosseguem e não param, que serão mantidas ao longo do tempo, para todos aqueles que estabeleceram um compromisso com o Direito com dedicação, empenho, seriedade e acima de tudo colaboração, sendo esta a mesma que o professor tem prestado ao longo de

⁶⁷² CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Internacional: Raízes & Asas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁶⁷³ Quando em um país os poderes em vez de se equilibrarem protegem alguns e perseguem outros, encobrem uns e caluniam outros, quando o cidadão honesto e, muitas vezes, o opositor político (mas não só: por vezes apenas o pacato cidadão cujo nariz desagradou, ou o moleiro que tem uma propriedade que o imperador cobiça) não encontram no próprio sistema judicial do seu país uma saída, é necessário um TCI. Mas evidentemente que nem só estes casos drásticos serão tratados pelo TCI. Para além da função contenciosa, duas outras funções mais fisiológicas e até profiláticas ele terá: Por um lado, poderá ser chamado a verificar a legalidade, transparência e *limpeza* de eleições. Há ainda países que isso reclamam, e tal necessita de ser feito cada vez mais por um corpo especializado e não meramente por comissões eventuais. Sem prejuízo da necessária rotatividade e escrutínio dos observadores, para garantir que estejam acima de qualquer suspeita. Por outro lado, e a pedido de organizações dos Estados ou algumas ONGs, etc., o TCI terá ainda, em termos que permitam uma não proliferação de casos de *lana caprina*, a função de aconselhamento, elaborando respostas a consultas. Resolvendo assim dúvidas constitucionais legítimas de instituições públicas e entidades particulares relevantes. É um projeto ainda em curso, em discussão pública internacional. Apenas se encontra elaborado o perfil da instituição e as linhas gerais dos seus objetivos, havendo algumas propostas, mas encontrando-se muitas das questões flexíveis e em aberto...A discussão é essencial para que se encontrem boas soluções. Mas uma coisa é certa: será um tribunal, com toda a força jurídica e o rigor do Direito, votado a que não possa haver no planeta nenhum recanto onde possa triunfar a tirania, o despotismo, o torto, ainda que protegido por sistemas “jurídico-políticos” de ditadura mais ou menos sutil e/ou de falsa juridicidade. CUNHA, Paulo Ferreira da. A Caminho do Constitucionalismo 4.0: teses constitucionais para hoje e amanhã **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 12, n. 16, p.391-408, jan./dez. 2014.

sua brilhante trajetória, e que inspira cada vez mais, para nos mantermos no caminho de colaboração para com o Direito e a Sociedade.

Referências Bibliográficas

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral. Uma Perspectiva Luso-Brasileira.**(Coord) André Ramos Tavares. Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Método,2007.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Constitucionalismo Brasileiro: Uma Introdução Histórica (1824 1988) **Historia Constitucional (revista electrónica)**, n. 8, 2007.Disponível em [.http://hc.rediris.es/08/index.html](http://hc.rediris.es/08/index.html) Acesso em 01/05/2020.

CUNHA, Paulo Ferreira da. REPÚBLICA E VIRTUDE. Raízes Constitucionais Helénicas: Actualidade e Desafios. **Historia Constitucional (revista electrónica)**, n. 9, 2008.Disponível em:[.http://hc.rediris.es/09/index.html](http://hc.rediris.es/09/index.html) Acesso em 01/05/2020.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional e Fundamentos do Diálogos interdisciplinares.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Direito Natural ao Direito Fraternal. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, 1(1):78-86 janeiro-junho 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Reflexões sobre o Direito Contemporâneo . **Revista Páginas de Filosofia**, v. 1, n. 1, jan-jul/2009.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Constitucionalismo Global. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 15 – jan./jun. 2010.

CUNHA, Paulo Ferreira da. “Repensar o Direito Natural” **Humanística e Teologia**. 32:2 105-117. (2011).

CUNHA, Paulo Jorge Fonseca Ferreira da,**Concretizar a Constituição : desenvolvimento, consolidação e crise** Polis: Revista de Estudos Jurídico-Políticos, N.OS 18/21 (2012).

CUNHA, Paulo Ferreira da. A Caminho do Constitucionalismo 4.0: teses constitucionais para hoje e amanhã **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 12, n. 16, p.391-408, jan./dez. 2014

CUNHA, Paulo Ferreira da. “DIREITO DE DIZER TUDO”: Desafios ao Direito & Literatura na Sociedade da Informação. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 69, pp. 551 - 566, jul./dez. 2016.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Internacional: Raízes & Asas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do estado e do povo: sócio-arqueologia de um saber e de uma realidade **Redes: R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v.6, n. 1, p. 249-260, mai. 2018.

Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha: um pedagogo de exceção

Sara Daniela Silva Castro
Advogada estagiária

Tive a honra, enquanto discente no curso conducente ao grau de licenciado em Direito, de ser aluna do Doutor Paulo Ferreira da Cunha, aquando da sua lecionação, no ano letivo 2018/2019, da unidade curricular de Filosofia do Direito I, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Logo nas primeiras aulas, percebi, por ser notória, a enorme sapiência do Doutor Paulo Ferreira da Cunha nos mais variados domínios do conhecimento. Além da enorme erudição na área jurídica, revelou, também, ao longo das aulas, um enorme acervo de conhecimento na área da pintura, literatura, música, cinema, etc.

Também, desde logo, o Doutor Paulo Ferreira da Cunha, revelou ser um incrível pedagogo, por ter a capacidade de transmitir o seu enorme acervo de conhecimento aos seus alunos. E fê-lo de forma impressionante.



A autora



Uma turma de 1.º ano de Paulo Ferreira da Cunha na FDUP

E se classifico o Doutor Paulo Ferreira da Cunha como um pedagogo de excelência, faça-o baseando-me num todo conjunto de razões. Desde a primeira aula, que foi perceptível a qualidade de transmissão dos conteúdos que o Doutor Paulo Ferreira da Cunha considerava essenciais para a formação dos seus alunos, no que concerne à Filosofia do Direito.

Para além dessa qualidade de transmissão dos conteúdos, destaco a forma como o professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha realizava essa transmissão. Fazia-o de uma forma que demonstrava não só a experiência, de longos anos, que possui na arte da lecionação, bem como a paixão que possui pela mesma.

Ainda no âmbito da forma como o ora homenageado transmitia o seu saber, fazia-o de forma bastante original. Ao invés de transmitir apenas os conteúdos programáticos, fomentava o espírito crítico em relação aos mesmos. De facto, isto fará todo o sentido se recordamos que o homenageado é autor do livro “Pensar o Direito”.

Por outro lado, há que destacar a forma sempre criativa como lecionava. Como já referi, lecionar, para o professor Paulo Ferreira da Cunha, é, além de uma função, uma paixão. Essa realidade era patente em cada aula, em cada explicação.

O professor Paulo Ferreira da Cunha transmitia a sua ânsia pelo saber aos alunos e inspirava-nos a aumentar o nosso próprio conhecimento.

Por outro lado, o professor Paulo Ferreira da Cunha mostrou a sua imensa veia criativa ao usar meios não tradicionais para a sua leção. De facto, não se limitava apenas a expor os conteúdos programáticos, mas fazia-o das mais variadas formas. A título de exemplo: em vez de somente expor a sobre a concepção de Estado defendidas por Rousseau e Maquiavel, pedia aos seus alunos um pequeno texto em que expusessem e comentassem, de forma crítica, essas concepções.

Por outro lado, há que referir o facto de os conteúdos programáticos lecionados pelo professor Paulo Ferreira da Cunha serem não somente aqueles que seriam os expectáveis numa unidade curricular dedicada à Filosofia do Direito - como a noção de Direito, as aceções do termo Direito, as várias correntes da história do pensamento jurídico, a importância da Filosofia para o Direito, a retórica, a dialética, entre outras - mas também temáticas de todo inesperadas como a relação entre o Direito e outras vivências (como os Valores, a Religião, a Arte e a Política), a semiótica jurídica ou a linguagem jurídica.

De salientar que todos os temas supra mencionados, entre muitos outros, se encontram brilhantemente tratados no manual, da autoria do homenageado, “Filosofia do Direito- Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito”, que foi utilizado como guia orientador das aulas sobre as quais aqui me debruço.

Tudo o que, até agora, descrevi faz, de facto, do professor Paulo Ferreira da Cunha um enorme pedagogo e exímio na arte de lecionar. Contudo, há uma vertente sobre a qual ainda não me debrucei.

Além de tudo isto, o professor Paulo Ferreira da Cunha fez questão de manter, sempre, uma relação próxima com os seus alunos. De facto, demonstrou sempre a sua disponibilidade para o esclarecimento de qualquer dúvida que viessemos a ter ao longo da leção. Mas, mais do que isso, demonstrou sempre uma preocupação constante com o nosso bem estar. Por outro lado, ao lecionar as suas aulas, o professor Paulo Ferreira da Cunha, demonstrou sempre uma personalidade bastante afável, simpática, compreensiva e carinhosa para com os seus estudantes.

De facto, tanto assim é, que acaba por partilhar, ao longo da sua leção, momentos da sua vida, que, contribuíram, para a nossa formação cívica.

De facto, além de um excelente pedagogo, o professor Paulo Ferreira da Cunha, demonstrou ser um enorme exemplo no que à formação cívica diz respeito, transmitindo, sempre, os valores de entajuda, empatia e cooperação.

No fundo, o professor Paulo Ferreira da Cunha demonstrou ser, além de um docente de exceção, um ser humano também excepcional, demonstrando um carinho e preocupação constantes, quase paternais, para com os seus alunos.

Por tudo isto, sinto-me extremamente afortunada por ter tido a oportunidade de partilhar da enorme sapiência do professor Paulo Ferreira da Cunha. De facto, tenho de agradecer, ao agora homenageado, o facto de fomentar, em mim, a procura, constante e reiterada de conhecimento. E isto porque como o professor Paulo Ferreira da Cunha- numa reinterpretação de uma citação do professor Abel Salazar- costuma afirmar: “O jurista que só sabe Direito, nem Direito sabe.”

Tomarei, e levarei sempre comigo, não só os conteúdos programáticos lecionados, mas, e essencialmente, o exemplo de humanismo e altruísmo que o professor Paulo Ferreira da Cunha personifica. Por outro lado, queria agradecer ao homenageado o facto de ter mantido a sua paixão pela transmissão de conhecimento às novas gerações e de nos inspirar com as suas palavras.

Obrigada, professor.

Porto, 10 de Abril de 2020

L’Humanitarisme juridique de Paulo Ferreira da Cunha

Stamatios Tzitzis⁶⁷⁴

Le droit légal, si nous voulons lui assigner un rôle humain, est davantage tourné vers la rigueur que vers les sentiments. Il débouche sur une anthropologie qui n’exprime ni empathie ni métaphysique dans sa logique normative.

Le juriste entreprend l’adéquation des normes aux faits selon les finalités fixées par les premières dans un esprit de cohérence et d’honnêteté. Ce sont deux facteurs fondamentaux de l’humanitarisme juridique.



Stamatios Tzitzis, Bjarne Malkevic e PFC na Sorbonne

L’humanitarisme juridique est polysémique et polymorphe. Il poursuit d’emblée le maintien et la prospérité d’un ordre juste, surtout au profit des personnes innocentes. Il est sans cesse en quête du règne d’un équilibre des rapports dans les ensembles sociaux qui composent l’État et la société. Il aspire à protéger la dignité individuelle dans ses multiples manifestations et à renforcer les droits subjectifs des personnes vulnérables.

En particulier, la polymorphie concerne la forme que l’humanitarisme juridique revêt dans ses multiples expressions. Il peut apparaître sous forme de recommandations obligatoires qui protègent la dignité et l’intégrité des citoyens, ou bien comme la

⁶⁷⁴. Directeur de recherche CNRS. Professeur associé à l’Université Laurentienne (Canada). Président du département de Philosophie Pénale de l’Institut de Criminologie et de Droit Pénal De l’Université Panthéon-Assas.

possibilité d'avoir recours à une instance supérieure aux voies nationales (*i.e.* La Cour européenne des droits de l'homme).



Univ. Paris II onde o autor e PFC se conheceram

Cet humanitarisme peut donner la possibilité de faire entendre la voix des faibles et des opprimés aux dépens des stratégies étatiques, et cela par des moyens légaux; signe que la raison d'État, seule, ne saurait modifier sans contrôle les visages du monde.



Panthéon

L'humanitarisme que j'ai décelé dans l'œuvre du Professeur Paulo Ferreira da Cunha dépasse tant l'aspect légal du juste que sa moralité.

Il s'agit d'un humanitarisme esthétique qui vise à nous dévoiler la beauté d'une véritable philosophie du droit. Et au centre de cette beauté, il place l'homme comme un être physique et métaphysique, donc comme corps, esprit et intelligence, en un seul mot comme un être *eks-tatique* (l'être qui possède le pouvoir de se dépasser par lui-même).

M. Da Cunha vient de l'École du Professeur Michel Villey. Toutefois, le Professeur portugais n'est ni naturaliste ni positiviste. Sans trahir les grandes lignes de cette École, il suit d'autres perspectives. Je m'explique:

M. Da Cunha, en tant que constitutionnaliste, est attaché à la valeur légale du droit. Essaie-t-il donc de concilier l'inconciliable? Non, Il vise à les dépasser, en réunissant le

naturalisme et le positivisme dans le domaine de la *poiësis*, de la poésie. Ici la tragédie classique l'inspire, Antigone notamment.

Cette tragédie à laquelle M. Da Cunha accorde une importance particulière devient le *topos* (le lieu) ou le mariage du légal et du juste, entre les décrets de Créon et les lois panhelléniques respectées même par les dieux est célébré.

La *poiësis* désigne la belle création, et au centre de cette création M. Da Cunha place l'homme avec son art d'élaboration du juste (*dikaion*), ce *dikaion* qui est *irinogène*⁶⁷⁵ (qui poursuit la paix). Bâtir la paix signifie participer activement aux choses du monde. Car le monde, loin de représenter un désordre, est plein d'harmonie. Ce monde est un *cosmos*.



Dois filósofos e templo

C'est ici l'aspect platonicien de la philosophie du droit de M. da Cunha.



PFC falando na Sorbonne

L'humanitarisme juridique de notre Professeur fait dès lors appel à une poésie qui échappe aux issues dramatiques de la tragédie grecque. Réaliste, il dépasse les forces du mal qui envahissent notre monde et transforme les désirs de l'humanité en espoir. Dans une perspective transcendante, cet espoir se transforme en espérance du salut : aider l'humanité à s'en sortir par ses seules forces, et surtout par la force de la Justice qui combine la phénoménologie juridique régissant les affaires sociétales avec un naturalisme métaphysique qui effleure l'invisible dans son mystère.

C'est la voix d'Antigone qui transporte le message de l'humanitarisme juridique du professeur. Antigone rappelle à Créon que le droit rigide, figé dans ses décrets, ne

⁶⁷⁵ L'*Eirènè* est la paix grecque.

saurait contrevenir au juste forgé par le Temps de la Justice qui façonne l'être (*cosmos*). Ce juste assure le devenir du monde et donne un visage moral à l'humanité de l'homme. Il n'y a pas de droit pur sans impliquer des leçons de sympathie, ni de structuration légale de la société sans la participation active de l'éthique personnelle.



O autor, Fr. de Frontette e Fr. Vallançon em júri

Entendons-nous bien. Le monde idéal n'est pas, selon M. Da Cunha, un monde où triomphe la justice morale. C'est une demeure où la force démiurgique de l'homme en tant que personne (homme *éponyme*⁶⁷⁶-historique, individualisé) bâtit la morale et les droits, piliers de la justice. Cet humanitarisme juridique s'attache aux leçons des Anciens tout en les dépassant. Il ne se loge pas non plus dans l'architecture du droit des

⁶⁷⁶ Au sens de l'homme qui n'est pas anonyme.

Modernes sans les restructurer. Ni le juste des Anciens (*dikaion*), ni le positivisme juridique des Modernes ne sauraient épuiser le trésor humanitaire du Droit selon Da Cunha.

Pour le Professeur Da Cunha, le droit a une fonction *ex-tatique* chez l'homme: il le fait sortir d'un état désordonné qui pourrait être imputé à ces mêmes hommes ou bien aux autres qui l'entourent. Ainsi l'*hybris* est-elle née. Il faut assumer donc la responsabilité de sa propre faute ou les fautes d'autrui afin de pouvoir rétablir l'équilibre dérangé. C'est ici que la dimension *ex-tatique* de l'homme prend la forme d'un dépassement de soi pour pouvoir remédier aux dissonances sociétales. Le rôle du droit acquiert ici une dimension démiurgique car il vise à créer un autre état des choses pour un salut tant individuel que collectif.

Créateur ou destructeur, l'homme impose le droit, son droit à l'État en lui façonnant ses visages pour le bien ou pour le mal.

Le Professeur da Cunha, dans son humanitarisme juridique, s'efforce de concilier le droit-pouvoir du droit (à la manière des Sophistes) avec un droit impersonnel qui régit la nature en tant qu'harmonie. Il ne se révèle dès lors ni comme un positiviste ni comme un naturaliste. Il fait preuve d'un personnalisme réaliste qui conçoit l'homme comme un créateur, sans négliger pour autant son pouvoir catastrophique qui mène l'humanité au bord d'un abîme existentiel. Car il est convaincu que tant le naturalisme que les positivismes juridiques sont capables de pousser à une déshumanisation du juste (un droit qui n'implique ni empathie ni sympathie pour autrui).

M. Da Cunha est convaincu que le juste (ce qui fait le noyau du droit) -ce que les Anciens appelaient *to dikaion*- est intimement porté au cœur de l'homme qui loge sa Personne.

Ainsi son humanitarisme juridique dépasse la textualité d'une idéologie ou bien d'une doctrine qui se révèle dans l'ordre des choses en tant qu'énergie au sens aristotélicien du terme. Il est donc présent dans les échanges synallagmatiques qui lient les uns aux autres en tant que citoyens du monde. Toutefois, le cosmopolitisme de cet humanitarisme ne travaille pas au détriment des traditions et des coutumes de chaque citoyen qui déterminent son identité tant existentielle que nationale. L'homme n'est pas conçu ici comme une entité abstraite comme un être qui s'ouvre aux autres, porteur de sa propre culture.

J'ai développé mon travail en consultant les livres suivants du Professeur
Paulo FERREIRA DA CUNHA :

Pensar o Direito I. Do realismo clássico à análise mítica, Coimbra, Almedina, 1990.;

Pensar o Direito II. Da Modernidade à Postmodernidade, Coimbra, Almedina, 1991;

Mythe et Constitutionnalisme au Portugal (1777-1826). Originalité ou influence française?, Paris, Université Paris II, 1992 (thèse policopiée);

Arqueologias Jurídicas. Ensaio jurídico-humanísticos e jurídico-políticos, Porto, Lello, 1996;

Le Droit et les Sens, Paris, L'Archer, dif. P.U.F., 2000;

O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos, Coimbra, Almedina, 2001;

O Século de Antígona, Coimbra, Almedina, 2003;

Droit et Récit, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003;

O Timpano das Virtudes, Coimbra, Almedina, 2004;

Traité de Droit Constitutionnel. Constitution universelle et mondialisation des valeurs fondamentales, Paris, BuenosBooks International, 2010;

Para uma Ética Republicana. Virtude(s) e Valor(es) da Republica, Lisboa, Coisas de Ler, 2010, Préface par Eduardo Bittar;

Droit naturel et méthodologie juridique, Paris, Buenos Books International, 2012, Préface par Stamatios Tzitzis;

Rethinking Natural Law, Berlin / Heidelberg, Springer, 2013, Préface par Virginia Black;

La Constitution naturelle, Paris, Buenos Books International, 2014;

Republic: Law & Culture, Saarbruecken, Lambert Academic Publishing, 2014;

Constitution et Mythe, préface par François Vallançon, Quebeque, Presses de l'Université Laval, 2014.

Fundamentos del Derecho. Iniciación Filosófica, prologue par Francisco Puy Muñoz, Introduction par Milagros Otero Parga, Epilogue par Santiago Botero Gómez, Biblioteca Jurídica Americana, México, Editorial Porrúa y Red Internacional de Juristas para la integración Americana, 2015;

Political Ethics and European Constitution, Heidelberg, Springer, 2015, préface par Paulo Archer de Carvalho;

Pour une Cour Constitutionnelle Internationale, en collab. avec Yadh Ben Achour, Oeiras, A Causa das Regras, 2017;

Direito Fraternalista. Novo Paradigma Jurídico, Rio de Janeiro, G/Z, 2017;

Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito, 3.ème ed., Coimbra, Almedina, 2018.

Da utopia à distopia: o ocaso da democracia brasileira e os ataques aos direitos dos trabalhadores

Wanise Cabral Silva⁶⁷⁷

Fabio de Medina da Silva Gomes⁶⁷⁸

“Traidor da Constituição é traidor da pátria. (...) Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.”

(Ulysses Guimarães na promulgação da Constituição brasileira, em 05 de outubro 1988).⁶⁷⁹

Introdução

O presente artigo faz parte de uma homenagem ao Professor Senhor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, e pretende compreender os meandros da relação entre Direito Constitucional e Direito do Trabalho na Carta brasileira de 1988 e nas décadas seguintes. A ideia é fazer valer uma noção do direito do trabalho tal e qual quer o referido autor,

Assim, cremos ser de toda a justeza que o Direito do Trabalho não assuma uma impossível posição irénica (nem ambígua), mas claramente a defesa da parte mais fraca. Pelo que tem plena propriedade um conceito de Direito do Trabalho que em si englobe uma finalidade, uma teleologia.⁶⁸⁰

O professor Senhor Doutor Paulo Ferreira da Cunha é Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça da República Portuguesa e tem se dedicado à docência e à pesquisa nas áreas da filosofia e do direito. Além de inúmeros títulos que dispensam maiores apresentações, o autor é conhecido por realizar pesquisas em instituições portuguesas e brasileiras. Sua proximidade com o Brasil é de longa data⁶⁸¹ e se

⁶⁷⁷ Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). E-mail: wanisecabral2015@gmail.com

⁶⁷⁸ Doutor em Antropologia pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisador do Instituto de Estudos Comparados em Administração de Conflitos (INCT-InEAC). Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Mato Grosso. E-mail: fabiodemedina@gmail.com

⁶⁷⁹ Discurso disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>

⁶⁸⁰ DA CUNHA, Paulo Ferreira. Instituições, Trabalho e Pessoas. Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 29, n. 2., p. 296

⁶⁸¹ Tive o prazer de ouvir e conhecer o Prof. Paulo no II Congresso Transdisciplinar Direito e Cidadania, que aconteceu em setembro de 2008 - na cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul, quando estava como professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). O Professor

aprofundou a partir do seu pós-doutorado em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2013) e de sua docência como professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



A autora

Revisitar suas pesquisas, num momento tão delicado para o Brasil, significa uma possibilidade de um novo norte, no sentido de promover um maior respeito pelas instituições da nossa democracia, tão debilitadas, sobretudo após o golpe de 2016. Depois desse acontecimento histórico, houve frequente vilipêndio àquela que já foi conhecida como “Constituição Cidadã”,

A Constituição de 1988 é uma das mais progressivas do mundo, embora o seu carácter detalhista possa fazê-la conter elementos materialmente espúrios. Contudo, é um marco na construção constitucional, e especialmente preocupada com a cidadania, por isso merecendo bem o cognome de “Constituição Cidadã”.⁶⁸²

Aqui no Brasil, após frequentes tensionamentos, houve um violento ataque aos direitos e garantias constitucionais desenhados na Carta de 1988. O objetivo desse artigo é, portanto, descrever os desenhos constitucionais brasileiros e demonstrar como esses atores movidos por políticas neoliberais foram capazes de criar obstáculos à consolidação de muitas das garantias constitucionais sobre os direitos trabalhistas, sobretudo com as alterações advindas da Reforma trabalhista no Brasil, com a Lei nº 13.467 de 2017.

I. A Constituição brasileira de 1988 como Utopia

A tradição autoritária é uma marca característica da formação econômica e sociopolítica do Brasil. Faoro, em *Os Donos do Poder*,⁶⁸³ já relatava que o autoritarismo brasileiro é baseado no regime de apropriação privada da terra e no emprego sistemático

Paulo, antes de ser um grande jurista, é um ser humano admirável pela gentileza que carrega. Vale registrar que aqui no Brasil o Prof. Paulo é sempre recebido como um irmão.

⁶⁸² DA CUNHA, PAULO FERREIRA. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). *Historia Constitucional*, n. 8, p. 271, 2007.

⁶⁸³ FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

da mão de obra escrava, utilizada na produção em regime de monocultura orientada fundamentalmente para o mercado externo. No entanto, segundo Jessé de Souza, as ideias de Faoro – “de que o Estado abriga uma elite corrupta que vampiriza a nação – foram utilizadas pela operação ‘Lava Jato’⁶⁸⁴, para legitimar toda a ação predadora do direito e das riquezas nacionais”⁶⁸⁵.



O autor

O Brasil vem vivendo ciclos ora autoritários, ora um pouco menos autoritários. Mostrando esses ciclos históricos - na obra “Do Constitucionalismo Brasileiro: Uma introdução histórica (1824-1988)” - Paulo Ferreira da Cunha faz esta retrospectiva por meio de um passeio pelo constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1988.

A ditadura militar no Brasil, que teve início com o golpe militar de 31 de março de 1964, com o afastamento do Presidente da República João Goulart, foi um período marcado pela censura, perseguição política e supressão de direitos constitucionais. Esse período durou longos 21 anos. Porém, como bem observou Paulo Ferreira da Cunha, os últimos presidentes militares prepararam alguma abertura política. Paralelo ao movimento dos militares encontrava-se nas ruas a campanha pelas eleições diretas para a presidência

⁶⁸⁴ Segundo Nassif: o ponto de partida da Lava Jato foram as manifestações de rua em junho de 2013, “que deixaram claro que o Brasil estava preparado para a sua “Primavera” (...). “Essa possibilidade alertou organismos de outros países, como o FBI e acendeu alerta na Cooperação Internacional – a organização informal de procuradores e polícias federais de vários países, que se articularam a partir de 2002 para combate ao crime organizado”. Nassif relata a participação da grande mídia, não só na cobertura nacional dos movimentos de rua, mas também na “parceria da Globo com o Ministério Público Federal. Do nada começaram a pipocar cartazes pedindo a derrubada da PEC (Proposta de Emenda à Constituição) 37 – que proibia procuradores de realizar investigações por conta própria”. Por outro lado, Nassif destaca que: No mesmo mês de junho de 2013 surge outro fato revelador: o vazamento de informações da NSA (Agência de Segurança Nacional) pelo ex-técnico Edward Snowden. Na primeira semana, foram vazados documentos de casos internos de espionagem. Depois, a espionagem sobre outros países. Na enxurrada de documentos vazados, fica-se sabendo que a NSA espionava preferencialmente a Petrobras. Pouco depois, um juiz de 1ª instância em Curitiba, Sérgio Moro, tendo como fonte de informação apenas um doleiro, Alberto Yousseff, tem acesso a um enorme volume de informações sobre a Petrobras e consegue nacionalizar um processo regional. O que se viu, dali em diante, foram dois dutos de informação montados entre o MPF brasileiro e a cooperação Internacional: o duto da Lava Jato e o duto da FIFA. Além da Petrobras havia outro alvo: Lula. Neste sentido, Nassif notou que: “A Lava Jato assesta a mira no ex-presidente Lula, move uma perseguição implacável, conduz coercitivamente, ameaça de prisão, vaza depoimentos e grampos. Até agora, não levantou uma prova sólida sequer contra ele, mas a reiteração da campanha derrubou seus índices de popularidade”. NASSIF, Luiz. Lava Jato: Tudo Começou em Junho de 2013 com a Primavera Brasileira In: PRONER, CAROL et all. (org) A RESISTÊNCIA AO GOLPE DE 2016. Bauru: Canal 6, 2016, pgs 247-250. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20181026010322/A_resistencia_ao_golpe.pdf

⁶⁸⁵ SOUZA, Jessé. A Elite do Atraso: Da Escravidão a Bolsonaro. Rio de Janeiro: 2019, p. 13.

da República. Toda essa conjuntura preparou o terreno para que o general João Figueiredo entregasse o poder ao seu sucessor civil.⁶⁸⁶



Aconteceu nessa transição o movimento denominado de “Diretas Já”, movimento político suprapartidário em defesa do retorno de eleições diretas para a presidência da República. Este movimento teve início em maio de 1983, “o movimento ganhou dimensões políticas e sociais mais amplas, culminando numa série de comícios, nos primeiros meses de 1984, que mobilizaram milhões de brasileiros quando da campanha para a sucessão do governo do general João Batista Figueiredo, último presidente do regime militar instituído em 1964.⁶⁸⁷ O Movimento “Diretas Já” reuniu mais de um milhão de pessoas em um comício histórico na Candelária, no centro do Rio de Janeiro.⁶⁸⁸

Apesar de todo o clamor popular por eleições diretas, realizou-se, mais uma vez, um acordo por cima que culminou com a eleição indireta, por um colégio eleitoral, em 15 de Janeiro de 1985. O vencedor foi o candidato da oposição: o político mineiro Tancredo Neves (autor do lema: “República é representação”). Porém, faleceu antes de tomar posse, sendo substituído por José Sarney.⁶⁸⁹

Apesar da frustração do povo brasileiro diante da impossibilidade de eleger diretamente o Presidente da República, “marcaram-se eleições para um Congresso também dotado de poderes constituintes, composto por novos membros e por senadores eleitos em 1982: seria eleito a 15 de Novembro de 1986”. Com bem nota Paulo Cunha, “será esse Congresso que virá a aprovar a Constituição vigente, de 05 de Outubro de 1988.⁶⁹⁰”

⁶⁸⁶ DA CUNHA, PAULO FERREIRA. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). *Historia Constitucional*, n. 8, p. 271, 2007.

⁶⁸⁷ Disponível em: <http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/diretas-ja>.

⁶⁸⁸ Sobre esse comício histórico, ver: https://www.youtube.com/results?search_query=movimento+diretas+%C3%A1

⁶⁸⁹ CUNHA, Paulo Ferreira. Op. Cit.

⁶⁹⁰ CUNHA, Paulo Ferreira. Op. Cit.

Essa nova fase foi marcada pela esperança. Regida, com maestria por Ulisses Guimarães, a Assembleia Constituinte - em conjunto com os movimentos sociais, os sindicatos, de patrões e empregado - foi capaz de entregar ao povo brasileiro uma nova Constituição, logo festejada como “Carta Social”.

Animado com o discurso de Ulisses Guimaraes - que na promulgação da nova Constituição declarava que “traidor da Constituição é traidor da pátria. (...) Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.” – o povo brasileiro festejou a volta da democracia, dos direitos civis (e da cidadania) e dos direitos sociais. Foi um período de utopia. Mas, como bem nota Paulo Ferreira, ao comparar Direito e Literatura⁶⁹¹, estava ali não uma utopia abstrata, pois tínhamos a partir daquele momento a oportunidade de concretizar a beleza do texto constitucional.

Parecia que tínhamos esquecido o que Faoro nos alertou em “Os Donos do Poder” que: “na peculiaridade histórica brasileira, a camada dirigente atua em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal”.⁶⁹² De todo modo, a Constituição Federal de 1988 foi uma conquista. Em matéria de Direito do Trabalho, foram elencados vários direitos elevando o patamar mínimo para a classe trabalhadora.

II. A Carta Cidadã: os direitos trabalhistas na CF/88

A constitucionalização do Direito do Trabalho na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 não se deu sem amplos debates prévios para pensar aquilo que seria tida como a “Carta Cidadã”. O processo de finalização da ditadura civil-militar (1964-1985) deixou profundas sequelas na vida social brasileira.

Essa história carece de esclarecimentos, já que o movimento por redemocratização vai explicar muito do texto constitucional de 1988. Ao final da década de 1970, houve uma forte onda grevista, que era obstaculizada com um discurso de transição controlada. Contudo, mesmo assim, depois de alguns meses de greve, mais de um milhão de trabalhadores conquistaram direitos. É nesse contexto que surge o “Novo Sindicalismo”, uma amalgama de tendências políticas que disputavam espaço na luta sindical. Com isso, importantes nomes do movimento sindical foram lançados na vida política. Talvez o mais emblemático deles seja Luiz Inácio Lula da Silva, pelo Partido dos Trabalhadores.⁶⁹³

O Congresso Constituinte foi resultado de uma grande movimentação social, requerendo profunda ruptura com o modelo de ditadura militar iniciada pelo golpe de 1964. A Constituição de 1967 foi elaborada com o fito de promover uma aparência legal ao sistema. Assim, enquanto a Carta de 1967 constitucionalizou o arbítrio, a Carta de 1988 prometia o retorno radical à democracia.

Contudo, o mesmo governo que defendia a redemocratização foi responsável por reprimir greves se valendo das forças militares. Mesmo com a sensível diminuição do uso do aparato repressivo ao movimento sindical, houve a permanência da atuação do exército para reprimir greves. Isso é demonstrado em matéria publicada pelo Jornal do Brasil, datada de 26 de Agosto de 1988, ou seja, semanas antes da promulgação da

⁶⁹¹ CUNHA, Paulo Ferreira. DERECHO, UTOPISMO Y VALORES EN LA CONSTITUCIÓN “CIUDADANA” BRASILEÑA. In Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas. E CUNHA, Paulo Ferreira. Constituição e Utopia. E o Exemplo da Constituição Brasileira de 1988.

⁶⁹² FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Globo, terceira edição, 2001, p. 69.

⁶⁹³ Sobre o “Novo Sindicalismo” e a história da luta sindical dos metalúrgicos do ABC paulista, resgatando os personagens centrais do movimento que conviveram com o ex-presidente Luiz Inácio da Silva, ver: COUTINHO, Eduardo. PEÕES. Documentário (2004).

chamada “Carta Cidadã”, em que o Ministro do Exército garantiu estar pronto para o emprego de tropas no combate às greves.

Nesse sentido, rememore-se, antes e mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, houve forte repressão militar contra greve na Companhia Siderúrgica Nacional (CSN). Na década de 1980, o governo usou o exército por, pelo menos, quatro vezes para reprimir as manifestações. Registre-se que, em Março de 1987, o *Jornal do Brasil* publicou matéria defendendo o uso de tropas contra grevistas, o texto referia-se à greve dos marítimos. O intento de tais intervenções era torná-las punições exemplares.

Os debates, feitos nas comissões e subcomissões, durante a constituinte foram esvaziados em um momento posterior, quando, por meio de uma manobra política do governo, as decisões centralizadas no plenário da Assembleia Nacional Constituinte passaram a ter mais força. E assim, a Constituição de 1988, no que tange aos direitos do trabalho, terminou por constar um posicionamento dúbio, que às vezes defende os direitos dos trabalhadores e, em outros momentos, trata de fazer exatamente o oposto.⁶⁹⁴

Apesar de todas essas lutas no período da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, não foram poucas as conquistas dos trabalhadores positivadas na nossa Carta de 1988. Nesse sentido, como explicita José Afonso da Silva⁶⁹⁵, houve uma grande quantidade de direitos positivados, tais como os direitos individuais do trabalho, e também, um vasto rol de direitos coletivos do trabalho, como, por exemplo, o direito de greve, de associação profissional e de substituição processual.

O *caput* do artigo 7º da Constituição Federal assegura igualdade de direitos entre trabalhadores rurais e urbano, terminando com uma antiga polêmica sobre a possibilidade de equiparação de direito. Já os trabalhadores domésticos só passaram a gozar dos mesmos direitos dos demais com a Emenda Constitucional 72 de 2013. A supra referida regra constitucional vai além ao conferir aos trabalhadores inúmeros direitos como salário mínimo, irredutibilidade de salários, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, licença-gestante, licença paternidade, aviso prévio, além da aposentadoria e integração à previdência social, ente outros.

Um dos objetivos da positivação desses direitos na Carta de 1988 é alcançar condições dignas de trabalho, tentativa obstaculizada pela disparidade de forças das partes contratantes, o empregador dotado de muito mais recursos que o empregado, sempre fragilizado nessa relação. E nesse esteio, a Constituição resolveu dar mais atenção às relações coletivas de trabalho, entre sindicatos laborais e patronais. E a negociação sindical aparece como instrumento relevante na estrutura constitucional brasileira.

Para além de tudo isso, a Constituição entendeu por bem positivar as condições das relações de trabalho, quanto aos chamados mínimos necessários, em especial pretendendo assegurar a isonomia salarial. Assim, proibiu qualquer distinção baseada em discriminações de sexo, idade, cor ou estado civil ou entre trabalho técnico, manual ou intelectual. Assegurou condições adequadas para a contratação de trabalhadores com deficiências. Igualou os direitos dos trabalhadores avulsos aos com vínculo empregatício.

Outra inovação frente à antiga ordem constitucional de 1967/1969 foi o estabelecimento de uma série de direito sobre a fixação do salário, como o estabelecimento de um piso salarial condicente com a complexidade das atividades realizadas e mesmo o décimo-terceiro salário, conhecido como gratificação natalina, para que o trabalhador possa gozar das festas de fim de ano, ente outros. Há também outros

⁶⁹⁴ Sobre a dupla face da ideologia presente na regulamentação das normas trabalhistas no Brasil, ver: SILVA, Wanise Cabral. *As Fases e as Faces do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

⁶⁹⁵ DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. Revista dos Tribunais, 1984, p. 287-309.

direitos no sentido de garantir a proteção do salário, como é o caso da regra sobre irredutibilidade salarial ou a própria criminalização de sua retenção dolosa.

Seria exaustivo elencar no presente artigo todos os direitos dos trabalhadores tal como positivados na Constituição brasileira, no entanto, cabe ainda ressaltar algumas subdivisões como quer o constitucionalista José Afonso da Silva⁶⁹⁶. Assim, a Carta de 1988 tratou de proteger o direito ao repouso, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, direitos relativos aos dependentes dos trabalhadores, participação nos lucros e cogestão, direitos sindicais e de associação, direito de greve, direito de substituição processual, entre outros. Não se pode negar, desse modo, que a Constituição Federal de 1988 foi um avanço para a classe trabalhadora brasileira. Avanços não tolerados e constantemente combatidos pela “elite do atraso”, como veremos a seguir.

III. A ruptura institucional em 2016 e os ataques aos direitos dos trabalhadores

Para os marxistas, a lei sempre emana do Estado e permanece ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção. Desta forma, um dos objetivos da lei é convencer o povo que as contradições não mais existem, assim a dominação do Estado passará imperceptível.⁶⁹⁷ Logo, se procura afirmar que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem da lei é indiscutivelmente jurídico; por outro lado, tendo em vista que legalidade não coincide, sem mais, com legitimidade⁶⁹⁸, a identificação entre Direito e lei pertence, desta maneira, ao repertório ideológico do Estado. Pode-se relacionar, assim, Direito e ideologia e, mais especificamente, Direito do Trabalho e ideologia.

As “elites” brasileiras nunca toleraram os avanços em matéria de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988, dentre estes os direitos trabalhistas. Muito menos toleraram os programas sociais implantados no Brasil a partir do Governo de Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores. Essa “elite” ficava incomodada com as políticas públicas para garantir: “a bolsa família”, o acesso da juventude periférica às universidades públicas, por meio de cotas etc.⁶⁹⁹

Antes mesmo do afastamento da presidente Dilma Rousseff, o partido conhecido como MDB (Movimento Democrático Brasileiro), então aliado do governo petista, lançou em outubro de 2015 um projeto chamado de “Ponte para o Futuro”.⁷⁰⁰ Neste, entre uma lista de doze propostas a serem alcançadas para recuperar o cenário econômico de crise no país, tratou, por exemplo, da necessidade de “na área trabalhista, permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos”. Porém, muitos intelectuais brasileiros defendem a tese de que foi preciso implementar um golpe político, travestido de *impeachment*, para que o referido projeto pudesse ser executado.⁷⁰¹ As propostas versavam sobre a ampliação das possibilidades de terceirização, o negociado sobre o legislado, entre outras. Essas ideias inspiraram a atual

⁶⁹⁶ *Op. Cit.*

⁶⁹⁷ Como se vê em ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

⁶⁹⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 80-81.

⁶⁹⁹ SILVA, Wanise Cabral ; MEDINA, Fabio . Que horas ela volta? O trabalho doméstico no Brasil: da ficção à realidade. In: Eddy Chávez Huanca. (Org.). Los derechos de la mujer en el cine. Lima: Continental, 2019, v. 01, p. 353-364.

⁷⁰⁰ Disponível em: http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf – Consultado em 12/10/2017.

⁷⁰¹ Neste sentido, logo após o impeachment foi lançada a obra: PRONER, CAROL et all. (org) A RESISTÊNCIA AO GOLPE DE 2016. Bauru: Canal 6, 2016.

reforma trabalhista. Estas se afirmam como um retorno da pauta neoliberal na América Latina.

Assim, segundo Magda Barros Biavaschi: na década de 1960, o neoliberalismo se utilizou de golpes militares para implementar sua agenda. Atualmente, este ideário se vale de nova configuração - com grande participação do Parlamento, de parte do Poder Judiciário e da grande mídia - para redução dos direitos sociais. “O que está em pauta, além da soberania do País, é o redesenho da tela de proteção social conquistada a ferro e fogo neste país de mil e tantas misérias”.⁷⁰²

“Golpe” ou *Impeachment*? Independentemente do termo que se use, o fato foi que - ainda como um prelúdio da Reforma Trabalhista - veio a Emenda Constitucional n. 95/16, que estabeleceu o Teto de Gastos e a Lei nº 13.429/2017, que liberou a terceirização em atividade fim. E com elas outras medidas de caráter neoliberal.

Após cogitar realizar a Reforma Trabalhista por Medida Provisória, Temer apresentou o projeto de Lei em 22/12/2016⁷⁰³. O relatório final contendo o substitutivo ao Projeto de Lei 6.787/2016 foi apresentado pelo relator no dia 13 de abril de 2017⁷⁰⁴. Contendo a maior quantidade de alterações da legislação trabalhista consolidada desde a sua criação, o projeto teve uma tramitação extremamente célere, passando pelas comissões nas duas Câmaras do Parlamento, até sua última aprovação em 11/07/2017, totalizando um período de aproximadamente 90 dias para se implantar a maior mudança da legislação trabalhista consolidada desde a sua criação, na década de 1940.

A Lei 13.467, aprovada em 11 de julho de 2017, entrou em vigor em novembro daquele mesmo ano e foi conhecida como a Reforma Trabalhista. Produzida sob o argumento da necessidade de uma atualização e flexibilização dos direitos sociais do trabalho frente a um novo cenário econômico-produtivo inexistente à época da legislação consolidada⁷⁰⁵. A Reforma foi produzida, principalmente, pelo empresariado, por meio de entidades patronais que elaboraram integralmente diversos dos dispositivos aprovados. Foram inúmeros os retrocessos. A Reforma introduziu medidas que visaram enfraquecer o Direito do Trabalho como um todo. Atacando não só a atuação sindical, mas também os direitos individuais e o acesso à Justiça do Trabalho.

IV. A Distopia e o Ocaso da Democracia brasileira

Como vimos, a Constituição brasileira de 1988 veio acompanhada da utopia. Acreditávamos na democracia e na concretização dos ideais constitucionais. Porém, a Operação Lava Jato - que a pretexto de acabar com a corrupção - contribuiu não só para o *impeachment* da Presidenta Dilma, mas também na prisão, sem provas, do ex-presidente Luis Inácio Lula da Silva. Este fato culminou com a impossibilidade da eleição daquele que era o candidato favorito nas pesquisas.⁷⁰⁶

⁷⁰² BIAVASCHI, Magda Barros. O impeachment e os direitos sociais do trabalhador: caminhos de uma ordem mais desigual. In: PRONER, Carol et all. A resistência ao golpe de 2016. Bauru: Canal 6 Editora, p. 269

⁷⁰³ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/governo-apresenta-reforma-trabalhista-como-projeto-de-lei-20682478> - Consultado em 13/10/2017

⁷⁰⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/relator-le-parecer-da-reforma-trabalhista-veja-principais-pontos.ghtml> - Consultado em 13/10/2017

⁷⁰⁵ A legislação referida é a CLT, Consolidação da Leis Trabalhistas, de 1943 (Governo Vargas).

⁷⁰⁶ Segundo o The Intercept Brasil: parte relevante do judiciário brasileiro e integrantes do Ministério Público abandonaram os preceitos básicos de suas funções e entraram de sola no jogo eleitoral. Há uma infinidade de casos que atestam esse disparate. A começar pelo descaramento com que Lula foi alijado da disputa. Ele era o candidato preferido dos brasileiros, com chances de ganhar no primeiro turno. O TRF-4

As últimas eleições presidenciais foram marcadas por uma conjuntura política conturbada para além da prisão do ex-Presidente Lula. A campanha do atual presidente, que não compareceu a nenhum debate público, utilizou de armas até então pouco conhecidas na política brasileira, tais como: o uso das redes sociais e a propagação de “Fake News”.⁷⁰⁷

O *The Intercept Brasil* notou que, nessa campanha, “o país chegou ao fim do primeiro turno da eleição presidencial mais violenta da história da nova república. Facada, tiros, mentiras em proporções inimagináveis e um completo desrespeito às leis marcaram o período de campanha eleitoral. O Brasil virou um faroeste”.⁷⁰⁸

O ocaso da democracia brasileira foi muito bem retratado no documentário *Democracia em Vertigem* (2019), da cineasta Petra Costa. O filme, uma produção original da Netflix, mostra, sob a perspectiva subjetiva e pessoal da diretora, desde o processo de redemocratização no Brasil até a ruptura com o impedimento da Presidenta Dilma. Bolsonaro, atual presidente, só aparece no final do filme. A singela aparição marca a sua escalada impressionante até o poder.

Com a eleição de Jair Bolsonaro, a classe trabalhadora brasileira sofreu novas perdas com a aprovação da Reforma da Previdência. Esta foi mais uma reforma prevista pelo projeto neoliberal para o Brasil. Além das perdas quanto aos direitos sociais, o Brasil vem sofrendo ataques às instituições democráticas. Por incrível que pareça, o Poder Executivo - apesar de democraticamente eleito, mesmo com os questionáveis métodos da divulgação de notícias falsas e acusações de crimes, envolvendo do filho do atual Presidente, o Senador Flávio Bolsonaro⁷⁰⁹ - vem reiteradamente atacando o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. A esses ataques, se sucederam vários pedidos de *impeachment* contra Bolsonaro, até o dia 27 de abril de 2020, já se acumulavam 29.⁷¹⁰

Não bastasse o ataque à democracia e às instituições, inclusive por parte do Vice-Presidente o General Hamilton Mourão⁷¹¹, o Governo Federal vem, atualmente, adotando medidas temerárias quanto ao enfrentamento da pandemia do COVID-19.⁷¹² Parece que o processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, com o pretexto do combate à corrupção, abriu a “Caixa de Pandora”. Como bem notou Paulo Ferreira da Cunha: “antes de aberta: aí se pensava residirem todos os bens, quando, na verdade, se encontravam guardados todos os males”.⁷¹³

trabalhou com a agenda eleitoral debaixo do braço, atropelando todos os ritos jurídicos possíveis e imagináveis com o intuito claro de impedir sua candidatura. E não se trata de opinião dizer que o Judiciário atuou para influenciar as eleições, mas da realidade dos fatos. Enquanto outras oito determinações de prisão de réus da Lava Jato do Paraná levaram entre 18 e 30 meses para serem expedidas, a de Lula levou apenas nove. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/10/07/judiciario-fake-news-bolsonaro-eleicao/> (grifos nossos).

⁷⁰⁷Sobre as principais notícias falsas lançadas na campanha de Bolsonaro ver a notícia Cinco ‘fake news’ que beneficiaram a candidatura de Bolsonaro, disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/actualidad/1539847547_146583.html (acesso em 11 de maio de 2020).

⁷⁰⁸ Disponível em: <https://theintercept.com/2018/10/07/judiciario-fake-news-bolsonaro-eleicao/>

⁷⁰⁹ Neste sentido, ver reportagem da Folha de São Paulo (16/05/2020) com o título PF antecipou a Flávio Bolsonaro que Queiroz seria alvo de operação, diz suplente do senador.

⁷¹⁰ Matéria disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/04/27/bolsonaro-igual-a-collor-e-conta-com-29-pedidos-de-impeachment.ghtml>

⁷¹¹ Neste sentido, ver reportagem da Folha de São Paulo (14/05/2020) com o título Mourão assusta mundo político com espantinho da intervenção militar. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/mourao-assusta-mundo-politico-com-espantinho-da-intervencao-militar.shtml>

⁷¹² Ver reportagem: <https://www.redebrasilatual.com.br/politica/2020/03/bolsonaro-falsa-imprensa-sociedade-brasileira-infectologia/>

⁷¹³ DA CUNHA, Paulo Ferreira. Pandora & os Reis Mendigos: Crise e Carisma na Sociedade da Informação. Fortaleza: Revista Opinião Jurídica, 2018.



O vírus, com reminiscência clássica, por PFC

Ao ser afastada definitivamente do cargo após a votação do processo de impeachment, 31/08/2016, no Senado Federal, Dilma nos lembrou que:

O golpe é contra os movimentos sociais e sindicais e contra os que lutam por direitos em todas as suas acepções: direito ao trabalho e à proteção de leis trabalhistas; direito a uma aposentadoria justa; direito à moradia e à terra; direito à educação, à saúde e à cultura; direito aos jovens de protagonizarem sua história; direitos dos negros, dos indígenas, da população LGBT, das mulheres; direito de se manifestar sem ser reprimido.

E encerrou seu discurso de despedida, citando trechos do poeta russo Vladimir Maiakovski:

Não estamos alegres, é certo,
Mas também por que razão haveríamos de ficar tristes?
O mar da história é agitado
As ameaças e as guerras, haveremos de atravessá-las,
Rompê-las ao meio,
Cortando-as como uma quilha corta.

Um carinhoso abraço a todo povo brasileiro, que compartilha comigo a crença na democracia e o sonho da justiça.⁷¹⁴

A democracia brasileira atravessa sim ondas muito agitadas. A eleição de Bolsonaro e a forma como ele governa o Brasil são um serviço aos “Donos do Poder” e um desfavor ao povo brasileiro. Quem sabe o povo brasileiro, ao passar por todo esse desnecessário sofrimento, possa aprender que não se brinca com a democracia. Da utopia à distopia, assim vamos vivendo, com a esperança de que: “amanhã há de ser outro dia”.⁷¹⁵

Referências Bibliográficas

BIAVASCHI, Magda Barros. O impeachment e os direitos sociais do trabalhador: caminhos de uma ordem mais desigual. In: PRONER, Carol et all. *A resistência ao golpe de 2016*. Bauru: Canal 6 Editora, 2016

DA CUNHA, Paulo Ferreira. Instituições, Trabalho e Pessoas. In: *Nomos, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 29, n. 2., p. 296 e ss.

_____. Do constitucionalismo brasileiro: uma introdução histórica (1824-1988). In: *Historia Constitucional*, n. 8, p. 271, 2007.

_____. Pandora & os Reis Mendigos: Crise e Carisma na Sociedade da Informação. In: *Fortaleza: Revista Opinião Jurídica*, 2018.

_____. Derecho, Utopismo y Valores en la Constitución “Ciudadana” Brasileña. In: *Revista Europea de Historia de las Ideas Políticas y de las Instituciones Públicas*, 2012.

_____. *Constituição e Utopia. E o Exemplo da Constituição Brasileira de 1988*, BEPRESS, 2011.

ENGELS, Friedrich. *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 1984

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

⁷¹⁴ Discurso Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/integra-do-discurso-de-dilma-apos-impeachment.html>

⁷¹⁵ BUARQUE, Chico. Apesar de você. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/chico-buarque/7582/>

NASSIF, Luiz. Lava Jato: Tudo Começou em Junho de 2013 com a Primavera Brasileira
In: PRONER, CAROL et all. (org) *A Resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016

PRONER, CAROL et all. (org) *A Resistência ao Golpe de 2016*. Bauru: Canal 6, 2016.

SILVA, Wanise Cabral. *As Fases e as Faces do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007

SILVA, Wanise Cabral ; MEDINA, Fabio. Que horas ela volta? O trabalho doméstico no Brasil: da ficção à realidade. In: Eddy Chávez Huanca. (org). *Los derechos de la mujer en el cine*. Lima: Continental, 2019, v. 01, p. 353-364.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. *Revista dos Tribunais*, 1984, p. 287-309.

SOUZA, Jessé. *A Elite do Atraso: Da Escravidão a Bolsonaro*. Rio de Janeiro: 2019

WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. In: São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.