

ASPECTOS DA FORMA FORENSE E DA SUA CONDIÇÃO ILUSTRADA

É já hoje muito frequente que seja o fragmento
de texto a “ilustração”.

George Steiner

A relação entre tema e estilo é complexa.

Paul de Man

Jaime Freire
Advogado

1§

Da forma forense compreendemos logo dois rostos inversos, antítese que lembra a dupla face da antiga divindade romana guardiã das portas, Jano, o deus bifronte do templo e porteiro do Céu.

Por um lado, seguindo a iluminação do glorioso Marquês de Milão, limita o arbítrio judicial¹, é dizer, a *lei* do mais forte.

Pelo mesmo caminho luzente adverso à *zona selvagem* do (*liberum*) arbítrio humano, «que implica o poder de fazer o mal»², vai outro jurista afamado³.

¹ “As formalidades e as cerimónias são necessárias à administração da justiça (...) porque nada deixam ao arbítrio do administrador”, Cesare Beccaria, *Dos Delitos e das Penas (Dei Delitti e delle Pene)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 149. (As ordens jurídicas ilegítimas, de natureza criminosa e abjecta, como a do sistema judiciário nazi do Terceiro Reich, onde “o punhal do assassino estava dissimulado na toga [*Trial of war Criminals*, tomo III, p. 985]”, François Rigaux, *A Lei dos Juízes (La Loi des Juges)*, Instituto Piaget, 2000, p. 137, não fazem parte do objecto desta exposição)

² Santo Agostinho *apud* J. J. Rolbiecki, *Dicionário de Filosofia (Dictionary of Philosophy)*, direcção de Dagobert D. Runes, Editorial Presença, 1990, p. 36

³ “A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gémea da liberdade”, Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, *apud* J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, vol. II, Almedina, 1981, p. 29. Em *A Luta Pelo Direito (Der Kampf um's Recht)*, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 66, obra que resulta de uma conferência dada em

E também Llewellyn, no encalço de outros passos, prolonga a ideia de que se reduz a imprevisibilidade pela configuração, dizendo a seu modo que «as regras são importantes na medida em que nos ajudam a predizer o que os juízes farão. Tal é a sua única importância, à parte do facto de que constituem lindos brinquedos»⁴. Lindos brinquedos – o significante de um jogo de sintaxe séria praticado por sujeitos que buscam o seu significado na relação que mantêm com as Causas.

Ricoeur, que andou pelo Tribunal a observar e a reflectir sobre a prevalência da palavra sobre a violência indiferenciada ou a presença do mal na história e o desejo de uma vida boa em instituições justas, fala de regras de justiça «cujo formalismo processual garante a imparcialidade»⁵.

Esta regência da forma e da sua variante (aqui nestas páginas, e para os efeitos que interessam, sem distinção analítica) não se relaciona com a queda no formalismo dogmático dos magistrados tradicionalistas⁶, devotos da exegese gramatical dos textos postos e da *nua letra*.

O postulado da sujeição do juiz à *lex*⁷ (*scripta*), à sua *força*, esta sábia fidelidade, por assim dizer, implica a negação do incondicional no acto de julgar, mas não necessariamente o afastamento ou a exclusão da tópica e de outros argumentos canónicos idênticos. As coisas são problemáticas nas relações e a forma é aberta e intersticial quanto baste.

Viena no ano de 1872, Jhering pronuncia: “Cada um tem o dever de esmagar a cabeça da Hidra do arbítrio, sempre que esta ponha a cabeça de fora”

⁴ Llewellyn, *The Bramble Bush*, apud Herbert L. A. Hart, *O Conceito de Direito (The Concept of Law)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 152. “No paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações de facto”, as regras seriam tudo, *id.* Em *Os Grandes Filósofos (The Great Philosophers)*, de Bryan Magee, Presença, 1989, p. 321-322, John Searle diz – “Todo o sistema de regras deixa sempre muitos hiatos. E [Wittgenstein] dá como exemplo atirar a bola de ténis quando se serve: não há regra que diga a altura a que se deve atirar a bola. Penso que se alguém fosse capaz de atirar a bola a uma altura de cinco quilómetros, assim fazendo demorar as partidas de ténis, as autoridades teriam de fazer uma nova regra. Porém, o sistema de regras nunca estaria *completo*, no sentido de que surgiriam sempre novas possibilidades das quais as regras existentes não dariam conta”

⁵ Paul Ricoeur, *O Justo (Le Juste)*, Instituto Piaget, 1997, pp. 9, 15 e 21

⁶ Caracterizados assim por Perfecto Andrés Ibáñez, in *Neutralidade ou pluralismo na aplicação do direito? Interpretação judicial e insuficiências do formalismo*, RMP n.º 65, p. 14: “Trata-se também do sector mais resistente face à exigência constitucional de motivação das decisões judiciais. Precisamente porque a banalização do momento interpretativo permite a estes juízes auto-representarem-se como «*bouche de la loi*», condição esta em que – para o formalista – radica a *garantia*”

⁷ Sujeição (vinculação) prescrita na Constituição da República Portuguesa, art. 203.º, sob a epígrafe *Independência* – “Os tribunais são independentes e apenas estão sujeitos à lei”. (Entre nós, a separação dos poderes do Estado remonta à Constituição liberal de 1822, art. 30.º, por influência de Montesquieu)

O inverso (o fim das argumentações críticas perante as superfícies veladas) é uma aparência ilusória, como a figura-modelo do terceiro imparcial, de um ser alheado da peleja e indiferente ao seu resultado, é⁸.

Até porque são todos *guardiões do limiar*, e ascetas com a noção do *adversarial*. «Em Kafka, o advogado é tão inquietante como o juiz»⁹, e vice-versa.

A parte negativa da forma, e apreciando agora a outra vertente ou face da reflexão, é que burocratiza o sistema e as instituições, ou tende a fazê-lo, convertendo o exercício do Direito numa absurda ortodoxia.

O que conduz à morosidade processual (donde p. ex. o *elixir* dos acordos no processo penal europeu continental¹⁰ e de outras diversões de substituição ou equivalência) e em última análise à injustiça, fazendo *tabula rasa* de princípios e valores.

E perversamente, se bem que em distintos planos, ao formalismo da linguagem e da interpretação da lei, isto é, à *abstracta* (humanóide) «*jurisprudência por computador*»¹¹, a esse novo breviário ou sistema eficiente de sinais gráficos sujeito a regras mecânicas constantes ou linguagem (transferências, *zapping*) de homem-máquina.

Continuando no movimento da negação, dir-se-á que o formalismo (um método) se afasta da ideia (sentimento) de Justiça, é dizer, da natureza das coisas e dos valores, da finalidade da própria Ciência, ficando refém de uma insólita lógica formal sem possibilidade de escape ou oratória. E susceptível de servir a dois senhores.

A norma jurídica deve ser justa, ou não fosse a Justiça um dos rios do Paraíso, mas não se olvide que o retorno ao estado de natureza e aos seus mitologemas, justificação da Providência, etc., que, despidos de emoção, fazem parte de «uma antiga artimanha da história universal»¹², implica o declínio do simbólico e a devastação da montagem da unidade, incluindo as elipses.

⁸ “A imagem [*mitificada*] do juiz como simples observador é falsa. O juiz constrói [compõe] o objecto”, Francisco J. Ezquiaga Ganuzas in *Los Juicios de Valor en la Decisión Judicial*, apud Francisco da Costa Oliveira, *Tratado Prático da Advocacia*, Almedina, 2012, p. 304

⁹ Pierre Bourdieu, *O Poder Simbólico (Le Pouvoir Symbolique)*, Edições 70, 2011, p. 239

¹⁰ “Os acordos [ou conciliações] [eufemismos que designam a reacção do processo penal à sua (super)saturação] desformalizam o processo penal, abreviam-no”, Winfried Hassemer, *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra (Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland)*, AAFDL, 1995, p. 68

¹¹ “A justiça obtida de forma puramente dedutiva a partir da norma legal [e desde que afecte o homem enquanto pessoa ética] seria um mecanismo rígido de *eterno retorno do mesmo*, uma *justiça* de autómatos [ou de *robots*]”, Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 180-181

¹² Gustav Radbruch, *Introdução à Ciência do Direito (Einführung in die Rechtswissenschaft)*, Martins Fontes, 1999, p. 23. K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*, apud A. Kaufmann, nota 11, p. 36, dizendo de outra maneira: “O direito natural é um produto da teoria”. E o *obscurus* Leo Strauss, *Direito Natural e História (Natural Right*

Um crítico adverso dos formalistas e da sua *ilusão* afirma que «o edifício jurídico de uma sociedade não pode ser compreendido se é transformado em simples jogo de construção de normas e imperativos abstractos»¹³. Pensa no «mundo ideal» do dogmático professor Kelsen, «numa construção [piramidal] de normas que se engendram umas às outras»¹³ até à *gótica* «norma suprema»¹⁴. «Esta imagem [da ordem jurídica] próxima da geologia e dos foguetões intersiderais é bastante sugestiva»¹³, invocando «as realidades que as formas escondem»¹³. Porém, ficar neste «mundo ideal» pode colocar o «direito no museu das antiguidades ao lado da roda dentada e do machado de bronze»¹³.

Outro, participando dos mesmos ventos históricos, e num idêntico voo de Ícaro radical, que para *fazer* um *juízo salomónico* o juiz tem de “pôr de lado as formas”, ou de se ater “não só às formas, mas também ao que está por baixo das formas”, ao “saber não formal”¹⁵. Tem pois de afastar-se do papel de *lector* se quiser ver o justo na letra da lei e decidir o caso com sabedoria.

Ainda dentro desta *teodiceia* racional antiformalista, embora noutra corrente de pensamento, e num tratado habitável, evidencia-se que «os princípios da justiça»¹⁶ (...), são de facto, se desligados de toda a experiência histórica, “fórmulas vazias”»¹⁶, sem realidade/*relação* e simbólica. Que implicam uma vigência da lei sem significado que conduz ao «abandono» do homem ao seu absoluto¹⁷.

and History), Edições 70, 2009, p. 6-7 (em composição): “A rejeição contemporânea do direito natural conduz ao niilismo – mais, é idêntica ao niilismo. Quanto mais cultivamos a razão, mais cultivamos o niilismo. A inevitável consequência prática do niilismo é o obscurantismo fanático. A nossa aversão ao obscurantismo fanático não pode levar-nos a abraçar o direito natural num espírito de obscurantismo fanático. Um desejo não é um facto”

¹³ Michel Miaille, *Introdução ao Estudo do Direito (Une Introduction Critique au Droit)*, Editorial Estampa, 1994, pp. 297, 298, 303 e 318

¹⁴ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito (Methodenlehre der Rechtswissenschaft)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 99

¹⁵ Juan-Ramón Capella, *Sobre a Extinção do Direito e a Supressão dos Juristas (Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas)*, convocando *O Círculo de Giz Caucasiense* de Bertold Brecht, Centelha, 1977, pp. 75, 76 e 78

¹⁶ “ – *suum cuique*, regra de ouro, imperativo categórico, princípio da equidade [*fairness*], mandamento da tolerância”, nota 11, p. 434. “A fórmula do [preceito] *suum cuique* [cunhada pelo estóico Cícero] contém a ideia fundamental da justiça [direito de existir e dever de deixar o outro ser o que é e como é na existência]”, Arthur Kaufmann, *A problemática da filosofia do direito ao longo da história* in *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas (Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 61 e 73. Em sentido convergente, Hegel, citado por Nicolai Hartmann, *A Filosofia do Idealismo Alemão (Die Philosophie des Deutschen Idealismus)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1976, p. 601: “o imperativo jurídico é este: sê pessoa e respeita [reconhece] os demais como pessoas”

¹⁷ “Abandona-se sempre a uma lei (enquanto tal e na sua totalidade). (...) O abandono respeita o absoluto da lei, não pode fazer de outra maneira”, Jean-Luc Nancy, *L'Impératif Catégorique*, conforme Giorgio Agamben, *O Poder Soberano e a Vida Nua (Homo Sacer)*, Editorial Presença, 1998, p. 63

Mas *rasgar* a codificação ou compilação das regras formais e a Jurisprudência, essa descrição da extensão e dos limites do poder judicial, é dizer, do difuso poder dos juízes decisores no sistema, como noutros tempos desejavam os românticos, e hoje os tecnocratas *bucólicos*, abre a porta à *justiça da alcateia* e às suas variáveis.

A indescritíveis derivações teleológicas (*ukases*) encobertas pelo superficial e pela deformação figurativa do *ordálio*. À vandalização das barreiras construídas no passado, actualizando a *inversão orwelliana* do tempo reversível¹⁸ e a insegurança.

Mesmo à paródia profana e irreverente¹⁹, à formação leviana de paradoxos, como se o Deus do Tribunal fosse realmente o comediógrafo grego Aristófanes^{19a}.

O *bando soberano* (o Lobo) está em toda a parte e nas interzonas da analogia proibida e ao mesmo tempo, em conveniente metamorfose ou transformação algures, e *é e não pode não ser* (como o enigmático Ser de Parménides), e tomara ele (como o rei Amenhotep IV) que nada mais seja.

Essencial é compreender a forma (a fenomenologia da forma, o papel do seu alfabeto) enquanto freio da invenção usurpadora ou como «elemento antibárbaro da arte»²⁰.

¹⁸ Guy Haarscher, *A Filosofia dos Direitos do Homem (Philosophie des Droits de L'Homme)*, Instituto Piaget, 1997, p. 37

¹⁹ “Libertámo-nos da trapalhada das fórmulas, protocolos, autos, leis, e de tudo quanto pesa nos nossos tribunais. Julgamos sem dar satisfação a miseráveis parágrafos ou a tratados de leis”, diz o juiz no conto policial *A Avaria (Die Panne)*, de Friedrich Dürrenmatt, Círculo de Leitores, 1981, p. 27. ^{19a} Entendendo-se então melhor a observação satírica de que “se os serviços do Tribunal e do Castelo de Kafka tiverem um deus, ele pode muito bem ser Aristófanes”, Harold Bloom, *O Cânone Ocidental (The Western Canon)*, Círculo de Leitores, 1997, p. 408

²⁰ Theodor W. Adorno, *Teoria Estética (Aesthetische Theorie)*, Edições 70, 2008, p. 220. Adaptando a frase do esteta ao nosso universo, pois nas Belas-Artes e inversamente “o mestre [o artista] pode quebrar a forma”, Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico (Einführung in das Juristische Denken)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 15. A forma – “que é [então] o que a imaginação reflecte [representa] de um objecto [contemplado]”, Gilles Deleuze, *A Filosofia Crítica de Kant (La Philosophie Critique de Kant)*, Edições 70, 1987, p. 54

«A cabeleira dos advogados [e juízes] ingleses, que pode parecer um anacronismo ridículo, tem a vantagem de afirmar a supremacia da função [do papel] sobre o homem»²¹. O sujeito forense, ao vestir a toga ou a beca (ou usar a peruca), converte-se num mascarado e numa «pessoa alegórica»²², figurada.

A «hierarquização [e sacralização] do espaço e [a] diferença de nível de cena distinguem o espaço judiciário de um simples espaço de jogo, que é muitas vezes horizontal»²³. Há «temor pela fragmentação do poder (ou amor pela indivisibilidade da Verdade)» subjacente a este «prestígio da altura»²⁴.

Esta tipologia da sala consagra também de algum modo os *lictors* que transportam os protocolos dos autos, quais «terríveis insígnias do poder»²⁵ da Roma antiga, hoje, que a vassalagem e até as adorações silenciosas se foram, uma sombra dos meirinhos medievais.

Continuamente *ritos de passagem* contrários aos interesses processuais da Defesa criminal²⁶ na prática estabelecida. Não é S. Jorge contra o Dragão, mas torna-se inútil enterrar a cabeça na areia, imaginar diverso holograma.

«Graças ao rito, o processo introduz um corte cerimonial no tempo [e no espaço] (relativamente às coisas do mundo)»²⁷.

²¹ Piero Calamandrei, *Eles, os Juízes, Vistos por Nós, os Advogados (Elogio dei Giudici Scritto da un Avvocato)*, Clássica Editora, 1994, p. 46

²² Antoine Garapon, *Bem Julgar (Bien Juger)*, Instituto Piaget, 1999, p. 102. Luiz de Montemor, em *Magistrados, Advogados e Tribunais (memórias de um juiz desembargador, aposentado – 1923-1964)*, Imprensa Social, Secção da Coop. do Povo Portuense, 1968, p.18, fala de um juiz (de epíteto *D. juiz, o lavrador*) que “No inverno, nunca abandonava o seu capote alentejano, nem as botas cardadas, assim presidindo aos julgamentos, com a maior das naturalidades...”

²³ J.-M. Lhote, *Le Symbolisme des Jeux*, apud A. Garapon, nota 22, p. 36

²⁴ A. Garapon, nota 22, p. 171-172. Ilustrando a evidência, a prosa de Hannah Arendt, in *Eichmann em Jerusalém, uma reportagem sobre a banalidade do mal (Eichmann in Jerusalem)*, Edições Tenacitas, 2004, p. 55: “De cabeça descoberta e togas negras, os juízes entram na sala de audiências por uma porta lateral e dirigem-se aos seus lugares na bancada mais elevada do estrado”. Por cá, e ao contrário do que sucede nos países anglo-saxónicos, este “prestígio da altura” inclui os magistrados do Ministério Público, que ficam colocados, como os nobres de outras eras em relação ao rei, à direita do juiz – “À direita de Deus [tal como na teologia]”, derivando agora para a pena bem-humorada de Carl Sagan, *Os Dragões do Éden (The Dragons of Eden)*, Gradiva, 1985, p. 189

²⁵ “A proximidade física entre o magistrado e os seus *lictors*, que o acompanham sempre e transportam as terríveis insígnias do poder (os *fasces formidulosi* e as *saevae secures*), exprime certamente o facto de o *imperium* ser inseparável de um poder de morte”, G. Agamben, nota 17, p. 89

²⁶ “Na síntese de Radbruch: ‘o advogado [defensor] é o representante do direito do indivíduo e, assim, por vocação [*ufficio*], o tribuno do povo contra a autoridade’ [que tem a seu cargo a repressão penal]”, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, 1997, p. 522

²⁷ A. Garapon, nota 22, p. 70. “O tempo profano e a duração [a história, o devir] são suspensos [abolidos] pelo paradoxo do rito”, Mircea Eliade, *O Mito do Eterno Retorno (Le Mythe de L’Éternel)*

Se «a observância do rito não é só uma garantia de justiça, mas ainda uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça»²⁸, então o formalismo mágico dos rituais não se opõe ao formalismo racional do Direito²⁹. Nem à secularização (dessacralização) do sofisma contido nas iniciações.

Ricoeur refere «a cerimónia da linguagem [no processo] em que se consumou a rotura com a vingança e onde a violência reverteu na palavra [que diz o Direito]»³⁰. Sabendo que «no plano simbólico mais profundo [no das «figurações mitológicas da ideia de Direito»³¹], o que está em jogo é a separação entre Diké, a justiça dos homens³², e Témis³³, último e tenebroso refúgio da equação entre Vingança e Justiça»³⁴, continuando-se na noite dos tempos.

A dramatização da liturgia judiciária através da sintaxe e da semântica (outro jeito de atravessar o vazio renegando os talismãs) planeia segundo o calendário o sacrifício dos infiéis ao Direito (quais cordeiros-profanos de oferenda), o acender, dizendo por fórmula imaginativa, da *fogueira judicial*.

Agora, «poderá muito bem acontecer que a profundidade do ritual se deva procurar na superfície da toga (...). O discurso da toga é a linguagem da lei»³⁵. De todo o modo, «o que o ritual leva à cena é a Regra [jurídica] enquanto forma»³⁵, esta pragmática, e não a *projecção* de qualquer silhueta fantástica que recorde Bram Stoker ou uma fábula mitológica.

Retour), Círculo de Leitores, 1990, p. 45. F. M. Cornford, in *Principium Sapientiae, as origins do pensamento filosófico grego (Principium Sapientiae, the origins of greek philosophical thought)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 388, observa, referindo-se embora à Babilónia da Mesopotâmia, que a acção ritual, que é *sempre* representada, está separada das coisas do mundo e dos seres comuns “como que no tempo aoristo”

²⁸ Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, secundando Carrara, *apud* Medina de Seíça, *O Conhecimento Probatório do Co-Arguido*, Coimbra Editora, 1999, p. 193

²⁹ P. Bourdieu, nota 9, p. 235. Havendo no entanto o perigo de tanto o formalismo racional do Direito quanto o racionalismo mágico dos rituais arcaicos favorecerem “a eficácia [violência] simbólica que toda a acção exerce quando, ignorada a sua arbitrariedade, é reconhecida como legítima (P. Bourdieu, *La force du droit*)”, Mireille Delmas-Marty, *Por Um Direito Comum (Pour un Droit Commun)*, p. XII

³⁰ P. Ricoeur, nota 5, p. 175

³¹ Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*, Martins Fontes, 2004, p. 157

³² “Com Sólon, Dike, tendo descido do Céu à Terra, instalou-se na *ágora* [como Lei escrita igual para todos os cidadãos]”, Jean-Pierre Vernant, *As Origens do Pensamento Grego (Les Origines de la Pensée Grecque)*, Difel, 1986, p. 61

³³ “A deusa da Lei”, “personificação da Justiça”, inventou “os oráculos, os ritos e as leis”, Pierre Grimal, *Dicionário da Mitologia Grega e Romana (Dictionnaire de la Mythologie Grecque et Romaine)*, Difel, 2009, p. 435-436. A justiça humana tem um modelo exemplar nas “normas cósmicas (*tao, artha, rta, tzedek, themis*, etc.)”, Mircea Eliade, nota 27, p. 41. A. Kaufmann, nota 11, p. 205, refere que *Themis* “designa sobretudo o direito divino”

³⁴ P. Ricoeur, nota 5, p. 184

³⁵ A. Garapon, nota 22, pp. 92 e 107. Toga ou beca dos juízes, a questão é de alfaiataria

No momento da aparição das *figuras totémicas* e do acontecer do rito, no esplendor dessa sequência, há identidade e coincidência entre a *decoração* (os signos) e a ideia de Direito.

38

«A tragédia de Ésquilo [*As Euménides*] continua presente nos nossos Palácios da Justiça, com rostos de medusas [Górgonas] de cabelos de [terríveis] serpentes que choram lágrimas de sangue»³⁶, quais ícones da sua semelhança e do grotesco.

Há poder simbólico no templo. «Violência simbólica legítima» nos «actos mágicos»³⁷ praticados pelo triângulo subjectivo constituído por Juízes, Procuradores do Ministério Público e Advogados³⁸.

Invocando o deus Dioniso como Mestre das Ilusões Mágicas, Dodds deduz que «O uso teatral de uma máscara teve origem (...) no seu uso mágico»³⁹. Vernant fala da máscara (das suas formas, valores e funções) como «expressão simbólica de certos aspectos do sobrenatural»⁴⁰.

Tem-se necessidade (a *Polis*, entenda-se) das formas solenes do culto e da sua repetição *mítica*, da entrada do Tribunal na sala de audiências como no mundo das sombras, das togas negras ocupando os lugares reservados, das faces de máscara trágica dos actores, da possessão dos ídolos⁴¹. Da banalidade realista da cortesia.

Da leitura e do sentido destas imagens melancólicas do direito adjectivo e da sua observância na *praxis* judiciária.

³⁶ A. Garapon, nota 22, pp. 200 e 205-206

³⁷ P. Bourdieu, nota 9, pp. 16 e 219. «Quando desaparece a consciência da presença latente da violência numa instituição de Direito, esta entra em decadência», diz Walter Benjamin, *Sobre a Crítica do Poder Como Violência* (*Zur Kritik der Gewalt*), in *O Anjo da História*, Assírio & Alvim, 2010, p. 59

³⁸ «Quanto aos outros, estão condenados a suportar a força da forma, quer dizer, a violência simbólica que conseguem exercer aqueles [profissionais da luta jurídica, exercitados na utilização das formas e das fórmulas como armas] que – graças à sua arte de pôr em forma e de pôr formas – sabem, como se diz, pôr o Direito do seu lado», P. Bourdieu, nota 9, p. 263

³⁹ E. R. Dodds, *Os Gregos e o Irracional* (*The Greeks and The Irrational*), Gradiva, 1988, p. 107, anotação 306: «Foi, penso, como Mestre de Ilusões que Dioniso se tornou o patrono de uma nova arte, a arte do teatro. Pôr uma máscara é a forma mais fácil de se deixar de ser quem é (cf. Lévy-Bruhl, *Primitives and The Supernatural*)»

⁴⁰ Jean-Pierre Vernant, *Figuras, Ídolos, Máscaras* (*Figures, Idoles, Masques*), Teorema, 1993, p. 69

⁴¹ «Jâmblico, na sua obra do mesmo nome, decidiu provar que «os ídolos [*statuas animatas*] são divinos e estão cheios de presença divina», E. R. Dodds, nota 39, p. 310

E há precisão desse *fetichismo da forma*⁴², modo de conservar a *fantasmagoria* (as referências) do enunciado das leis, condição da fundamentação das decisões, sob pena do desaparecimento da Civilização do Direito qual rosto de areia na orla do mar de Foucault⁴³.

Eis já na linha indefinida do horizonte a «nostalgia de um referencial perdido»⁴⁴, a matriz andante e alienígena da «era irreferencial»⁴⁴. O advento apocalíptico do fractal e da pirataria das cópias em série, as *mimésis* negras, a forja da transdesvalorização⁴⁵ e da desordem. O ogre.

Não se trata portanto de um longo *sono dogmático*, ou, como crêem os sujeitos irrituais avessos ou alheios à cultura e ao jogo de linguagem do *Forum*, e dizemo-lo por via travessa, de idolatria, relíquias metafísicas, ritos esotéricos filhos da penumbra, conspirações de cabalísticos ocultas em criptogramas, fac-símiles de passagens de *mistéricos* evangelhos de confuso vocabulário, ou outros cinismos e superstições de superfície favoráveis a malfeitorias e diabruras ante a pastiche palaciana do *Nomos*.

Tão-pouco de um estranho mundo (submundo) sem simbólica, como o de *O Processo*, de Kafka⁴⁶, cuja exterioridade distópica (e infinda) importa substituir ou converter, até para não ser impossível explicar os acontecimentos e as circunstâncias e os *prodígios* dos magistrados e dos advogados.

Não. «Um não-iniciado [um *ímpio*] não pode ver»⁴⁷. O *invisível labirinto*⁴⁸, a sua extensão e teleologia, transcende-o.

⁴² Expressão colhida em M. Mialle, nota 13, pp. 295 e 322

⁴³ Michel Foucault, *As Palavras e as Coisas, uma arqueologia das ciências humanas (Les Mots et les Choses, une archéologie des sciences humaines)*, Martins Fontes, 1981, p. 404. Reinhold Zippelius, *Filosofia do Direito (Rechtsphilosophie)*, Quid Juris, 2010, p. 93, adivinhando esta *desaparição*, anuncia: “Se a evidência da ideologia tradicional [evidência ideológico-normativa] desaparecer (...), mesmo que seja apenas pela falta de clareza e pela mudança demasiado rápida das normas, isso conduzirá ao sentimento de insegurança, à agressividade ou à fuga à realidade tornada insuportável”. Sem formalismo [“o termo ‘formalismo’ é obscuríssimo”] “o sistema jurídico perderia os seus sinais de identidade em relação aos outros subsistemas sociais, e outro tanto ocorreria com o raciocínio jurídico: não haveria propriamente raciocínio jurídico se este não tivesse, de algum modo, um carácter ‘fechado’ no sentido de [L. M.] Friedman. Parece-me que é essa também a razão de fundo latente na reivindicação das formas – de certo formalismo – no Direito”, Manuel Atienza, *O Direito como Argumentação (El Derecho como Argumentación)*, Escolar Editora, 2013, p. 33-34

⁴⁴ Jean Baudrillard, *Simulacros e Simulação (Simulacres et Simulation)*, Relógio d’Água, 1991, p. 61

⁴⁵ “A perda do mal é ainda mais dolorosa do que a do bem, e a do falso ainda mais dolorosa do que a do verdadeiro. (...) Toda a diferença é colocada sob o signo da indiferença [numa circulação logicial indiferenciada, de indistinção] e tudo quanto vive da diferença morrerá pela indiferença”, Jean Baudrillard, *O Paroxista Indiferente (Le Paroxyste Indifférent)*, Edições 70, 1998, p. 11-12

⁴⁶ A. Garapon, nota 22, p. 295. De um mundo sem simbólica ou «sem finalidade e sem sentido», «dada a presença [no castelo] de um poder irracional que nada legitima», como compreende W. G. Sebald, *A Lei da Vergonha (poder, messianismo e exílio em O Castelo, de Kafka)*, in *Pátria Apátrida (Unheimliche Heimat)*, Teorema, 2010, p. 77-78

⁴⁷ “Para ver Dioniso é preciso penetrar num universo diferente, onde reina o Outro, não o Mesmo”. “Não há outro meio de aceder à compreensão do deus da máscara senão entrar também no seu jogo”, J.-P. Vernant, nota 40, pp. 178-179 e 191

Redutores e babélicos, os homens normativos sabem cada vez mais de cada vez menos – especula então o leigo em divergência, formulando face à incompreensível multiplicidade dos signos e das modulações o arqueológico anátema, o tenebroso epílogo amigo de um outro falso proferido em tempos por Von Kirchmann⁴⁹.

Não obstante ter certa razão, dada a prosa *kitsch* (*mainstream*) e aqui e ali assemântica do conjunto dos escribas profissionais da didáctica (clones) e de outros ciosos porteiros do espírito *cristalizados*, e a *aura* da charada («o pós-moderno é a incredulidade em relação às metanarrativas»⁵⁰ e às suas réplicas), observamo-lo como se pertencesse a uma sombria gravura perdida dos *Carceri* de Piranesi sem perspectiva e do âmbito do indecifrável.

Uma imagem de síntese numa paisagem panóptica. Um homem-pelourinho sem *lonjura*, pré-compreensão da coisa, e ascese. Incapaz de fazer a travessia para o *outro lado*.

Não, «as proposições jurídicas podem ser verdadeiras ou falsas [ou nem uma coisa nem outra], mas ninguém pensa que elas possam reflectir as declarações de algum fantasma: não se referem àquilo que o Direito sussurrou aos planetas [ou que se tivesse encontrado no céu, em tabuinhas transcendentais]»⁵¹, em alguma cidade celeste ou extraterrestre.

São referentes que não participam do acaso nem incidem sobre as suas indefinições, antes resultam da antiquíssima astúcia da ordem servindo a objectivação dos seus próprios fins.

Neste universo denso a gravidade captura e inclui o real e os factos e impede o accionamento da «velocidade de libertação»⁵², almejada com fervor noutros cantos como fuga ao círculo da monotonia. O que também está certo.

⁴⁸ Combinação de «um conhecer abstracto do mundo» – Jorge Luís Borges, *O Jardim de Caminhos que se Bifurcam*, in *Ficções (Ficciones)*, Livros do Brasil, s/d, p. 103

⁴⁹ “A afirmação de Von Kirchmann [em célebre conferência sobre a ausência de valor da Jurisprudência como Ciência – Berlim, 1848] acerca das bibliotecas que se tornariam papel de embrulho é improcedente; toda a história do direito privado e, em especial, o surgimento do BGB, que seria impensável sem os trabalhos preparatórios da ciência, são a melhor refutação. As ideias desenvolvidas pela Ciência do Direito não ficariam, de modo algum, sem valor, *através de um risco do legislador*”, Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito (Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz)*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 49. Sobre o ensaio de Julius Hermann v. Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, v., de passagem, A. Kaufmann, nota 11, p. 97-98

⁵⁰ Jean-François Lyotard, *A Condição Pós-Moderna (La Condition Postmoderne)*, Gradiva, s/d, p. 8

⁵¹ Ronald Dworkin, *O Império do Direito (Law's Empire)*, Martins Fontes, 1999, p. 7

⁵² Jean Baudrillard, *A Ilusão do Fim ou a greve dos acontecimentos (L'Illusion de la Fin ou la greve des événements)*, Terramar, 1995, p. 8. “Esconde-se uma perspectiva secreta *nas alturas* [uma saída ocasionada pela velocidade de libertação da gravidade, da atracção terrestre, em direcção às margens do “astro das noites”]”, Paul Virilio, *A Velocidade de Libertação (La Vitesse de Libération)*, Relógio d'Água, 2000, p. 22 e 94

Nada do que foi dito neste pequeno texto de *contracultura* (oh, o clamor dos dogmáticos!...) tem a ver com assombros pagãos, fantasias ou seduções (para)lógicas, ou horror a uma imaginária *abstracção lírica* que evada os sacerdotes (e os vigários) e espalhe os males dos santuários secretos pela Terra.

Não se deve é, na decifração e solução prática dos casos concretos, apagar a Forma e a estrutura intencional que a significa em nome de um cepticismo de desconstrução que não reflecte ou representa o que *na verdade* nos circunda, e à simetria, por vezes rude, contraditória, por vezes pouco feliz, imprecisa, da composição diz nada. Ou se mostra indiferente, faltando-lhe o olhar duplicado.

Necessitamos da Forma (*imagem* composta onde nos *limites da tela*, nesta incompletude, acontece a independência do Tribunal⁵³) e da evidência da sua «fraseologia bestial»⁵⁴.

Sob pena de catástrofe⁵⁵ e desencantamento.

Abril de 2016

⁵³ “A independência judicial significa liberdade da ciência, trasladada ao domínio da ciência jurídica prática [situando-se então a forma do jurídico, *por temor*, fora e acima do círculo de influência dos fins do Estado]”, G. Radbruch, nota 31, p. 261

⁵⁴ T. W. Adorno, nota 20, p. 217. Voltando a transpor para o tema “a força de atracção das ‘formas bárbaras’ do universo plástico”, George Steiner, *No Castelo do Barba Azul, algumas notas para a redefinição da cultura* (*In Bluebeard’s Castle, some notes towards the redefinition of culture*), Relógio d’Água, 1992, p. 70

⁵⁵ “A alteração de um sistema por outro”, Roland Barthes, *Fragmentos de Um Discurso Amoroso* (*Fragments d’un Discours Amoureux*), Edições 70, 2010, p. 103