



FACULDADE DE MEDICINA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

ANAMNESE E SABER



EDITORES

J. Gomes Pedro
António Barbosa

Departamento de Educação Médica
Faculdade de Medicina de Lisboa

Lisboa
1999

ANAMNESE, NATUREZA DAS COISAS E DIREITO

Pedro Pais de Vasconcelos*

1. Anamnese é um termo típico do pensamento platónico. Refere-se a um fenómeno de reminiscência, de rememoração, de regresso á consciência presente de dados passados, à recuperação de um saber antigo, de um saber anterior, de um saber que tinha deixado de estar presente e que, pelo mecanismo da memória, da anamnese, volta a estar presente no espírito.

A anamnese encontra o seu lugar filosófico no *Ménon* de Platão, em que Sócrates demonstra a Ménon que nada é possível conhecer, descobrir ou aprender sobre a Virtude que a alma não conhecesse já de antemão. *E como a alma é congénita como toda a natureza e aprendeu já tudo, nada impede que, tendo sido recordada uma só coisa, (aquilo que as pessoas chamam "aprender") o próprio homem reencontre todas as outras, se for corajoso e não desistir de investigar. Por isso, o investigar e o aprender são exclusivamente reminiscência.*⁽¹⁾

De entre os muitos termos técnicos com que trabalha a metodologia jurídica não costuma encontrar-se a referência á anamnese. Como termo técnico é mais frequente surgir na filosofia, na medicina, na psicologia e na teologia, em qualquer dos casos sempre com um sentido próximo do platónico, adaptado à circunstância em que se insere. Embora sem a referência verbal, a anamnese não deixa, todavia, de estar presente, nas questões mais importantes e mais controvertidas do Direito.

2. A ideia platónica de anamnese, de recordação ou de reminiscência, é central na teoria platónica das ideias e na teoria socrática da alma. Ambas estas teorias têm um importantíssimo papel no Direito. A teoria do direito de

* Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa.

Platão determina a teoria de direito de Santo Agostinho e, com ela, toda a teoria do direito da baixa idade média, até ao neo-aristotelismo de S. Tomás. Ainda hoje se encontra a cada passo, na ciência do direito ou nas concepções jurídicas do homem comum, a ideia de que existe um modelo ideal de bem, de justiça, de organização social, de cidade, de lei de direito, de que as actuais instituições são apenas representação. É permanente a referência a modelos éticos ideais, a padrões de bem e de mal, a paradigmas de virtude e de comportamento correcto que os homens tentam recordar e aplicar.

A ideia da existência de uma alma imortal, de um princípio superior, de um *logos*, que dê ao *cosmos* a ordem que o distinga do *caos*, é central no pensamento humano desde sempre. Para Sócrates este *logos* está implantado na alma humana. Também Platão, Aristóteles e os estóicos não prescindem desta ideia.

No cristianismo, esta ideia de um princípio superior que rege a criação e tudo o que existe no mundo, pessoas, animais, coisas, tem a sua melhor expressão no Evangelho de S. João. Na versão grega original do seu Evangelho, diz João: *no princípio era o logos*.⁽²⁾ Na tradição latina posterior a referência grega ao *logos* foi traduzida por *verbum*, e, depois, na tradução portuguesa, por *verbo*, primeiro, e por *palavra*, depois. Num interessantíssimo estudo publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Alexandrino Fernandes admite que a tradução do grego para o latim, da referência ao *logos*, do Evangelho de João,⁽³⁾ por *verbum*, em vez de *ratio*, tem o sentido de que a palavra, quando é guiada pelo *logos* corresponde à ordem do mundo. *É a relação entre a ordem da linguagem e a ordem das coisas que o Evangelho de João transpõe para a figura de Jesus de Nazaré... os dois termos da relação – ordem de linguagem e ordem do mundo – fundem-se em Jesus de Nazaré.*

Relendo S. João e substituindo o *Verbo* e a *palavra*, por *Logos*, como na versão original, ter-se-á: *No princípio já existia o Logos, e o Logos estava com Deus. Tudo começou a existir por meio d'Ele, e sem Ele nada foi criado. N'Ele estava a Vida e a Vida era a luz dos homens. Essa luz brilha nas trevas, e as trevas não conseguiram apagá-la.*

É muito clara a ideia de um princípio dirigente, de um *logos* de uma *ratio*, de uma ordem do ser e do dever-ser, que é originária e radical, que está no mundo e nas pessoas e que as rege, porque lhe é co-natural.

A mesma ideia aparece também muito clara em S. Paulo, na Epístola aos Romanos, em que se fala de uma lei que está gravada no coração dos homens. Deus, além de dar aos Homens a sua lei, gravou-a nos seus corações, de tal modo que todos eles seguiam essa lei, fossem cristãos ou

pagãos. A síntese paulina das éticas grega e judia na grande ética cristã, vem a determinar tudo ou quase tudo o que é, ainda hoje, a ética jurídica.

A percepção de que há uma lei anterior e superior às leis dos homens está ainda muito clara em Sófocles, na *Antígona*, quando responde a Creonte: *Tão pouco creio que as tuas ordens tenham tanta força, sendo tu um simples mortal, de modo a poderem derogar as leis não escritas e inconcussas dos deuses. Porquanto não são apenas de hoje nem de ontem, mas vigoram sempre e ninguém sabe quando é que elas apareceram.*

3. A ideia de anamnese tem interesse no direito, numa outra perspectiva, na perspectiva do mecanismo de concretização do direito. A concretização do direito assenta na comparação, no pôr em presença, na assimilação, entre facto e direito, entre ser e dever-ser, entre realidade e valor.

Na concretização do Direito, o modelo silogístico determinou durante séculos um processo que se traduz na subsunção de um facto a uma norma. O facto, posto em premissa menor, é submetido à norma, posta em premissa maior, de modo a determinar, na conclusão, o juízo jurídico. Este processo veio exigir a codificação das leis, como modo de listar organizada, racional e acessivelmente a totalidade das leis, isto é, a totalidade das possíveis premissas maiores. Os factos, num modo de pensar positivista-naturalista, estão aí a acontecer e basta recolhê-los na vida. A cada facto corresponde uma norma e a cada norma corresponde um facto. Deste modo se construiu a ilusão de um exercício jurídico logicamente controlado, susceptível de ser sindicado, claramente previsível, preciso e científico. Esta foi a quimera do positivismo lógico-legalista. Ainda hoje é este o processo aplicativo do Direito que é maioritariamente utilizado nos Tribunais, nas Repartições do Estado. É este, ainda hoje, o modo tido como “natural” de aplicar o Direito.

Esta perspectiva tem a seu favor a virtude de ser simples e a vantagem de dar uma ilusão de segurança e de precisão no exercício jurídico que muitos confundem com a cientificidade. Verificada a ocorrência do facto, através da prova – questão de facto –, desencadear-se-ia a consequência jurídica – questão de direito –, de um modo puramente lógico e, por isso, preciso e sindicável, isto é, juscientífico.

A precisão, a segurança e mesmo a simplicidade deste método são ilusórios.

Desde logo porque os factos não existem como tal. O que existe é a facticidade, é o acontecer constante, sem cortes nem discontinuidades. No fluir constante do acontecer, os factos são simples recortes artificiais no tecido da realidade. São *pedaços de realidade* que foram dela artificialmente recortados com o molde da previsão da norma. A partir da facticidade bruta,

o critério da selecção do que interessa, do que é relevante para o Direito, é a previsão da regra jurídica candidata à aplicação. Do acontecer real só é aproveitado e autonomizado aquilo que possa ser subsumido à previsão de uma norma. Tudo aquilo que existe na realidade, mas que não esteja previsto em qualquer norma, é desconsiderado como irrelevante. O facto jurídico é, pois, um *pedaço de realidade* que é dela recortado e autonomizado sob o critério da sua correspondência á previsão da norma. O facto jurídico é, assim, algo que é construído a partir da norma. Previamente à selecção dos factos relevantes, existe uma pré-decisão quanto à norma aplicável, ou ao círculo mais amplo ou mais restrito das normas potencialmente aplicáveis. A selecção e o recorte dos factos jurídicos relevantes não é neutra nem inocente e pressupõe feita a escolha da norma aplicável ou das normas potencialmente aplicáveis.

Mas a inversa também é verdadeira. O critério da escolha da norma aplicável ou das normas potencialmente aplicáveis implica, por sua vez, uma prévia leitura jurídica da realidade e da facticidade disponível, o que pressupõe uma antecipação da decisão jurídica que de antemão se afigura como possível. Em termos rigorosamente lógico-formais, o processo é tautológico e circular: se na conclusão estão implícitas as premissas, a escolha das premissas implica uma pré-decisão quanto à conclusão.

Ao que ficou exposto acresce ainda que o facto jurídico, tal como recortado da realidade em função da previsão da norma, foi separado de tudo aquilo que, na realidade contemplada, não encontra correspondência na previsão da norma. A desconsideração da parte da facticidade não correspondente à previsão da norma e, por isso, tida como irrelevante é redutora e tem como consequência o falseamento da realidade a que é aplicado o Direito.

Só como pura forma o processo subsuntivo é lógico-juridicamente correcto. Em termos substanciais, este processo de aplicação do Direito tem ainda o inconveniente de dificultar muito a concretização dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, dos "*standards*", e ser avesso aos juízos jurídicos gradativos e analógicos. As realidades da vida a que se aplica o Direito não são sempre perfeitamente coincidentes com a previsão das normas. Quando o não sejam – e isso sucede com alguma frequência – é necessário proceder a graduações e adaptações na aplicação a que o processo subsuntivo, entendido como simples aplicação do silogismo em *modus barbara*, não consegue responder. Como demonstrou Arthur Kaufmann a concretização do Direito é fundamentalmente (radicalmente) analógica.⁽⁴⁾

4. Numa perspectiva analógica e hermenêutica, o facto e a norma não passam de *matérias primas* do processo de concretização, que carecem de uma certa manipulação prévia para que possam ser integrados no processo de concretização do Direito. A norma pertence ao dever-ser conceptual – abstractamente formulado; os factos à facticidade amorfa do acontecer permanente. Para que possam ser juridicamente integrados, numa decisão jurídica, é necessário que a norma seja previamente facticizada – através da interpretação – e que o facto seja previamente normativizado – através da sua leitura jurídica. Na interpretação, a norma é objectivo de uma leitura e de uma concretização perante a facticidade que lhe corresponde, de acordo com o seu sentido, e torna-se apta para ser relacionada com o facto. Pelo seu lado, o facto, ao ser lido juridicamente, é recortado do tecido contínuo do acontecer, de acordo com o molde da sua relevância jurídica, e torna-se assim *facto jurídico*, ficando apto a ser comparado e posto perante a norma. Feito isto, o facto e a norma podem ser comparados, contrapostos e postos em relação (*gleichgesetzt*), de modo a poderem ser integrados – facto e norma – na concretização da solução do problema jurídico em questão.

O processo de concretização é desencadeado por um *pré-entendimento* de carácter hermenêutico, pelo qual se antecipa a determinação do facto, tal como juridicamente relevante, e da norma ou das normas potencialmente aplicáveis, na perspectiva de uma possível solução, que se antecipa, também, como possível. Este pré-entendimento é assumido como não definitivo, como simples ponto de partida de um proceso que o poderá eventualmente afastar: é experimental. Como antecipação do sentido do caso, o pré-entendimento assenta na experiência e na cultura jurídica de quem procede à concretização, no sentimento jurídico (*Rechtsgefühl*).⁽⁵⁾

A comparação do facto com a previsão da norma é um processo analógico de aferimento de semelhanças e diferenças, sob o critério de uma *premissa latente* – que é o sentido jurídico –, processo este que se desenvolve num vai e vem entre o facto e a norma, de cariz espiral e hermenêutico, até que nenhum ganho mais se consiga alcançar. É então possível formular a norma do caso (*Fallnorm*) que possibilita a subsunção.

O método subsuntivo de concretização jurídica começou a ser seriamente subvertido quando Josef Esser constatou que, na pluralidade de métodos disponíveis para a interpretação e aplicação das leis, – no recurso aos precedentes e aos princípios gerais, na invocação dos fins e dos interesses que o legislador pretende promover, em todo esse arsenal de argumentos –, o juiz continua desamparado no exercício das suas funções porque nenhum deles lhe dá ou estabelece *a priori* qual o método de raciocínio a que deve

recorrer, se deve aplicar a lei literalmente, restrita ou amplamente, como deve preencher as lacunas da lei, *a eadem ratio* ou *a contrario sensu*. Esser tenta compreender a prática judiciária, o modo como efectivamente é construída a decisão jurídica.

Chaïm Perelman, da escola belga tópico-retórica, constata que o juiz, no processo judicativo, não encontra a decisão por um modo logico-subsuntivo. Pelo contrário, no decorrer do proceso, o juiz, tenta discernir onde está e qual é a decisão justa e é essa que ele dita. Depois, para convencer, para persuadir e até para sindicar a decisão a que já chegou, aplica e lança mão de todo o instrumental lógico-subsuntivo. Não é – nesta perspectiva – o processo lógico – subsuntivo que verdadeiramente conduz à decisão; ele intervém quando a decisão já foi tomada, para a testar, para a justificar, para a demonstrar e para persuadir sobre a sua excelência – a sua função é retórica. O silogismo judiciário não tem um papel decisivo; não é mais do que o mais poderoso dos argumentos, mas é um argumento. O critério da decisão é a *doxa* o consenso de todos, ou da maior parte, ou dos mais sábios.

Qual é então o processo que determina a decisão? Não pode ser uma simples inclinação sentimental, não pode ser admitida uma justiça emocional. É preciso discernir. Se o processo lógico-subsuntivo amarra o juiz à letra da lei e à lógica formal, com desprezo e efectivo sofrimento da justiça, o modo tópico – retórico desliga-se da lei e deixa o direito sem previsibilidade. O positivismo deixa o direito sem juiz; a tópico-retórica deixa o juiz sem lei. É preciso construir.

Esser descobriu que, no processo da concretização jurídica, tinha de haver algo de prévio à subsunção. Qual o critério para a escolha do método, qual o critério para a escolha da norma, qual o critério para a qualificação do facto? Era necessário um pré-entendimento (*Vorverstàndhnis*) uma pré-decisão, um pré-juízo que é feito na perspectiva de uma solução que se pré-afigura como correcta. Esta pré-decisão, este pré-entendimento não é definitivo, não é um ponto de chegada, é antes um ponto de partida que desencadeia a espiral hermenêutica, que, num movimento mental de vai-e-vem, acabará possivelmente por levar à sua correcção e a uma decisão final. A bondade desta decisão final virá a ser aderida pelas consequências – justas ou injustas, convenientes ou inconvenientes, razoáveis ou desrazoáveis que provoque, num processo sinéptico consequencial.

O processo aplicativo do direito funciona num *círculo hermenêutico* em que se encerra a colocação de perguntas e as respectivas respostas sobre, por um lado, o sentido jurídico da norma e, por outro lado, sobre a configuração, a relevância e a qualificação jurídica dos factos. Estas questões e respostas

pressupõem uma prévia tomada de posição que as condiciona e determina. Os juízos de valor são condicionados pelas questões de valor, estas estão condicionadas pelas possibilidades de valoração e estas ainda pelas necessidades de regulamentação. Tem de haver uma pré-compreensão, um pré-entendimento uma pré-decisão de que se parta e que dê um início ao processo.

Arthur Kaufmann foi mais além. O processo de concretização assenta numa comparação, num pôr em presença, numa assimilação entre o facto e a norma, a realidade e o valor, através de uma *premissa latente* que é constituída pela *ratio juris*, pela *natureza das coisas*. Segundo a metodologia de Kaufmann, o processo jurídico desenvolve-se em três planos: parte da formulação ou da compreensão dos princípios ético-jurídicos, como ideias rectoras, como directrizes muito gerais para o agir humano, como pontos de vista éticos. Estes princípios ético-jurídicos são postos perante a facticidade possível, mediante a premissa latente da *natureza das coisas* e dessa contraposição ou postas em presença dos factos concretos e dessa assimilação, que é feita sob a premissa latente da *natureza das coisas*, nasce a decisão jurídica concreta. A *natureza das coisas* desempenha sempre o papel catalizador de premissa latente, de critério, de ratio de assimilação.

4. Mas o que é afinal esta *natureza das coisas*?

No fim da Segunda Guerra Mundial, Gustav Radbruch, um velho e notável Professor de Direito, neo-kantiano e social-democrata, refugiado do nazismo, mudou toda a sua teoria jurídica e escreveu: "*A Ciência do Direito tem que meditar de novo sobre a verdade milenária de que há um Direito superior à lei, um Direito natural, um Direito divino, um Direito racional, perante o qual a injustiça continua a ser injustiça ainda que revista a forma de lei, e perante a qual a sentença ditada de acordo com esta lei injusta não é Direito, mas sim contrária ao Direito*".

Num pequeno estudo publicado em 1948, Radbruch retoma a velha ideia da Natureza das Coisas.⁽⁶⁾ Logo na primeira página refere a Natureza das Coisas como "a solução que é adoptada por todos aqueles que pretendem atenuar o dualismo drástico entre ser e dever-ser, entre realidade e valor; que procuram a razão nas coisas".⁽⁷⁾ A Natureza das Coisas não deve, segundo Radbruch, ser confundida com o Direito Natural: este, argumenta, traduz-se na descoberta, a partir da natureza dos homens e através da razão, de um direito válido para todos os tempos e para todos os povos; daquela, ao contrário, emerge a pluralidade histórica e nacional de quadros jurídicos.⁽⁸⁾

Radbruch coloca depois três perguntas acerca da Natureza das Coisas: o que significam as *coisas*, qual o significado de *natureza* e de onde e como ocorre a eficácia jurídica da Natureza das Coisas. As *coisas*, responde, são a matéria (*Stoff*),⁽⁹⁾ a matéria prima sobre a qual o Direito incide e que o Direito rege. Esta matéria prima compõe-se de três realidades: a **facticidade juridicamente relevante** (incluindo as pessoas na sua feição empírica), **os dados e formas sociais prévios às relações jurídicas** (regidos pelos costumes, pelas tradições, pelos usos, etc.), e **o direito vigente**. A *natureza* destas coisas é a sua essência, o seu sentido, a resposta à pergunta sobre como podem ser compreendidos com um sentido, como realização de uma ideia e qual ideia⁽¹⁰⁾ –, como tipo ideal no sentido de Max Weber. À terceira questão, sobre o modo de eficácia da Natureza das Coisas no Direito, responde Radbruch que não é como fonte de Direito, mas antes um meio ou instrumento de interpretação e de integração, na concretização e na aplicação, e como ideia directriz susceptível de influenciar e orientar o legislador na sua tarefa de criar a lei.

Como representante paradigmático do pensamento neo-kantiano sobre a Natureza das Coisas, Radbruch, em *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, mantém-se fiel à ideia neo-kantiana da morte do Direito Natural. Nesta linha de pensamento, adverte que a Natureza das Coisas não se deve confundir com o Direito Natural. O conceito de Direito Natural a que Radbruch se refere é ainda o do Direito natural racionalista da escola protestante moderna do Direito Natural, caracterizado pela a-historicidade, pela universalidade, pela imutabilidade e pela racionalidade. Esta ideia é redutora, porque corresponde apenas a uma das modalidades do pensamento jusnaturalista. A preocupação de Radbruch em deixar claro que não está a ressuscitar o Direito Natural que Kant abandonou já, desde Stamler, também neo-kantiano, a imutabilidade, a universalidade e a-historicidade, e concentrou-se em duas características fundamentais: a reconciliação entre o ser e o dever-ser e a sindicabilidade do direito positivo perante uma ordem ética superior que não está na total disponibilidade do legislador estatal. Não obstante a sua afirmação, Radbruch contribuiu decisivamente para o renascimento do Direito Natural, não do Direito Natural do racionalismo e do iluminismo, mas do Direito Natural concreto, historicamente situado, imanente nas coisas, da Natureza das Coisas. Mantendo a divisão e o divórcio neo-kantiano entre o ser e o dever-ser – embora pretendendo já estabelecer entre eles uma ligação – Radbruch recusa à Natureza das Coisas a susceptibilidade de criar Direito: a natureza das Coisas na construção de Radbruch é apenas uma *Denkform*, uma forma de pensamento que é auxiliar e instrumental da

interpretação e do preenchimento de lacunas, no processo da aplicação do Direito e que tem uma influência limitadora e directora no processo legislativo.

A construção de Radbruch trouxe de novo para o discurso e o debate jurídico a ideia de Natureza das Coisas, que vinha já da antiguidade. Na sua concepção, a Natureza das Coisas é mais um operador jurídico do que uma fonte de direito, embora não deixe de ser fonte de critério de concretização e de legislação. O passo que Radbruch não deu – entender a Natureza das Coisas como fonte de direito – veio a ser dado por Werner Maihofer.

Partindo, por um lado, da dimensão existencial das pessoas como *alssein*, isto é, como modo de *ser-como* ou de *ser-enquanto-tal*, como existência concreta, como estar-ali numa situação socialmente típica, e por outro, da dualização do ser em *entia physica* e *entia moralia*, que recupera de Pufendorf, Maihofer⁽¹¹⁾ encara a Natureza das Coisas como fonte extralegal e até *contra-legem* de Direito. As situações típicas em que as pessoas existem, por exemplo, a relação típica professor-aluno, médico-doente, comprador-vendedor, contêm imanentes em si critérios de dever-ser. Estes critérios ou padrões de comportamento extraem-se da consideração das posições (*Lagen*) e dos papéis (*Rollen*) paradigmáticos ou típicos em que as pessoas se encontram.

As estruturas materiais destas posições e papéis desenvolvem-se em quatro planos: *estruturas de ser* (situações e relações), *estruturas e sentido* (condições e significados), *estruturas de valor* (expectativas e interesses) e *estruturas de dever-ser* (pretensões e vinculações). Os três primeiros planos resultam da observação sociológica como tipos sociais que se relacionam entre si, que correspondem a tipos médios de expectativas e de pretensões que fundam um sistema de valorações. A transição para o quarto plano é de cariz jurídico. A ponte entre o ser e o dever-ser é construída pela consideração da expectativa do comportamento razoável na posição da contraparte numa relação social típica. O médico, na perspectiva da posição típica do paciente, o professor na perspectiva da posição típica do aluno, o comprador na perspectiva da posição típica do vendedor, e com recurso a um critério de razoabilidade que Maihofer vai procurar na *regra de ouro* e no *imperativo categórico*. A Natureza das Coisas, para Maihofer, não é natureza empírica (*entia physica*), mas a especificidade do *alssein* (*entia moralia*), propicia critério de justiça material e constitui fonte extralegal de Direito, como Direito Natural concreto.

Também Karl Larenz, *caput scholae* do neo-hegelianismo, aborda em *Wegweiser*⁽¹²⁾ e mantém em *Richtiges Recht*⁽¹³⁾ e na última edição da *Methodenlehre*⁽¹⁴⁾, o reconhecimento da Natureza das Coisas como dado

ontológico e normativo, como dever-ser imanente no sentido do ser e que nele se realiza, e como fundamento para o desenvolvimento do Direito. Com o recurso à Natureza das Coisas há uma procura de pontos fios de ancoragem do Direito em "certos dados fundamentais imanentes na natureza física ou espiritual das pessoas, dados estes que são inalteráveis no tempo – ou que só o são dificilmente e em longos períodos de tempo – e que devem ser tidos em consideração e respeitados pelo Direito, enquanto deve servir e não violentar o Homem". Larenz refere também "certas instituições criadas e utilizadas pelos homens que precisam de certas regras para cumprir os seus fins e funcionar de acordo com eles". Não se trata de uma ordem jurídica acabada ou de um "Direito Natural de conteúdo variável"; a Natureza das Coisas deixa sempre margem para "as mais variadas possibilidades de configuração", mas exclui também algumas por contrárias ou inadequadas às coisas. A Natureza das Coisas tem um importante papel em ligação com o mandamento de justiça de tratar igualmente aquilo que é igual e tratar diferentemente aquilo que é diferente, e exige do legislador e do juiz que diferenciem adequadamente. É ainda um "critério teleológico-objectivo de interpretação", sempre que se deva concluir que o legislador a não quis desatender. Todavia, quando a lei colida grosseiramente com a Natureza das Coisas, a jurisprudência acaba por corrigi-la no caso concreto, num desenvolvimento judicial supra-legal do Direito. A Natureza das Coisas desempenha ainda um papel fundamental no preenchimento das lacunas da lei e na determinação e colmatação das lacunas ocultas.

Em *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Welzel apoia o direito sobre estruturas éticas e estruturas de sentido ou estruturas sociais dotadas de sentido⁽¹⁵⁾ a partir das quais se procede à caracterização dos conteúdos do dever-ser como ensaios de interpretação do sentido da existência, entendimento e integração dos dados empíricos de um mundo em transformação, como elementos constitutivos de uma conexão de sentido da existência humana. Para este processo de discernimento dos nexos de sentido imanentes nas estruturas de sentido, o homem dispõe apenas, como meios auxiliares, da sua razão e da sua consciência. No mesmo sentido, Oliveira Ascensão assenta todo o edifício do Direito Civil sobre dados pré-legais, que são as pessoas, os bens, as acções e as relações.⁽¹⁶⁾

Ainda no campo do neotomismo, mas numa posição suficientemente diferente para dever ser autonomizada, Arthur Kaufmann⁽¹⁷⁾ encara a Natureza das Coisas de um modo relacional e analógico. No seu pensamento, a realização do Direito é feita através da assimilação do ser e do dever-ser, de realidade e valor, de facticidade e norma. A Natureza das Coisas é mais do que

uma *Denkform*-(Radbruch) e menos do que uma fonte extralegal de Direito (Maihofer): é a *premissa latente* no processo indutivo-dedutivo de analogia, no pôr em presença e na relação entre ser e dever-ser. O Direito é fundamentalmente (*ursprünglich*) analógico e a sua analogicidade precisa, para ser operacional, de um *tertium*, uma premissa latente que permita discernir o critério de analogia, o sentido, a *ratio juris*. Esta premissa latente, que intermedeia a Ideia de Direito e a facticidade possível, no processo legislativo, e que intermedeia a norma e o facto, no processo de concretização, é o lugar metodológico da ligação entre realidade e valor (*der methodische Ort der Verbindung ('Entsprechung') von Wirklichkeit und Wert*),⁽¹⁸⁾ é o ponto angular do juízo analógico. Para a determinação da natureza das Coisas, Arthur Kaufmann recorre ao *tipo*, como operador jurídico e como *universale in re*. As posições e relações socialmente típicas, os tipos sociais e os tipos jurídicos não são apenas auxiliares da interpretação, da integração e da legislação, como em Radbruch; também não são em si mesmos *fontes*, criadores de critério jurídico ou de juridicidade como em Maihofer, são antes *catalisadores*: não são facto nem são norma e não substituem a subsunção, mas preparam-na e dão-lhe critério. A Natureza das Coisas, para Arthur Kaufmann, não é um ente jurídico, tem um carácter relacional: é o critério da relação realmente existente entre ser e dever-ser, entre facto da vida e qualidade normativa.⁽¹⁹⁾ Os tipos de contratos, os tipos de delitos, os tipos e situações, de posições, de relações da vida, de instituições, têm um sentido próprio, um sentido típico. É este sentido que permite reconstruir a ligação, quebrada por Kant e pelos neo-kantianos, entre o ser e o dever-ser no Direito.

É este sentido que é a Natureza das Coisas.

5. Posto tudo isto, vale a pena regressar à anamnese.

A anamnese tem o sentido de reminiscência, de rememoração, de redescoberta de ideias por recuperação e uma memória. A rememoração traz à consciência uma memória ético-cultural. Está na origem da teoria platónico-socrática da permanência da alma e da transcendência das ideias. A anamnese não é apenas um mecanismo psíquico, e nem nessa perspectiva teria um interesse por aí além. Metodologicamente ela responde à questão principal sobre a possibilidade do conhecimento, sobre a *pensabilidade* da realidade perante o direito.

Para que a realidade seja juridicamente pensável, é preciso que a pessoa pensante tenha ao seu alcance, como instrumento e como ferramenta do espírito, algo que a possa guiar na interpretação, na hermenêutica. É a anamnese que possibilita o contacto espiritual e racional com o *logos* e que assim torna possível discernir o critério que origina e que orienta o pré-entendimento no processo da hermenêutica jurídica. Ao deparar com a realidade, com a facticidade bruta, existe um *logos*, que conduz o intérprete a dar esta ou aquela leitura aos factos e, assim, a poder discerni-los da mole informe da facticidade bruta. Parte destes dados são adquiridos culturais. No direito (tal como na medicina), há prévio um processo de aprendizagem muito completo e complexo, que tem por finalidade habilitar as pessoas a discernir, na facticidade bruta, os dados que são relevantes. Todavia, nem todas as pessoas que lidam com o direito têm esta aprendizagem. A grande maioria não tem. E, no entanto, apesar da falta desta aprendizagem e desta aculturação, as pessoas normais, juridicamente incultas apercebem-se, não obstante, do suficiente, para poderem trabalhar com o direito e assimilar a realidade ao valor. Os suportes culturais da hermenêutica jurídica não se explicam, na sua totalidade, por uma aprendizagem específica ou por uma aculturação espontânea.

No ermo do processo hermenêutico de concretização, como se deixou expresso, a excelência e a correcção do juízo, vem a ser aferida e sindicada com a aferição das consequências, de modo sinéptico. É preciso julgar a conclusão: se é justa, se é conveniente, se é razoável. Mas quais são os critérios de justiça, de conveniência, de razoabilidade?

Para a resposta, teremos de voltar a S. João e a S. Paulo, à estrada de Damasco e á carta aos romanos, e ao *logos* que era no princípio.

No princípio era – e está – o *Logos*. Este *Logos* é um princípio ético de acção, é uma regra, uma *ratio*, uma ordem de harmonia cósmica, que rege as pessoas e as coisas. O *Logos* está gravado no coração dos homens, quer dizer, é-lhes imanente como um código genético. Mas os homens têm liberdade e, por isso, a lei não os determina completamente, é violável. Os homens, todavia, só vivem harmoniosamente, uns com os outros e consigo próprios quando vivem de harmonia com o *logos*, com a *recta ratio* com a *natureza das coisas*. Só na harmonia, no viver harmónico, uns com os outros, consigo mesmos e com a natureza, os homens encontram a felicidade.

O Logos estava no mundo, o mundo foi feito por meio dele, mas o mundo não o conheceu. O *logos* está imanente no mundo. Já desde Heráclito e de Parménides, continuando em Sócrates, Platão, Aristóteles, e na Stoa, que o *logos* é entendido como uma razão universal ordenadora do mundo, como um

princípio imanente, uma lei cósmica universal e eterna que rege as pessoas e as coisas, como princípio ordenador do cosmos. Foi pelo logos que o mundo foi construído como um cosmos e não como um caos. Sem o logos, o mundo, quer dizer, o cosmos, transforma-se num caos, porque fica sem regra, nem ordem nem racionalidade. A palavra, o Verbo, o Logos, a Recta Razão, a Lei, estão aí, imanescentes nas pessoas (gravadas no seu coração), mas precisam de ser discernidas, compreendidas, racionalizadas, aprendidas. No meio das trevas, a luz existe e não se apaga, mas nem sempre é fácil de ver e são muitas as vezes em que não há consenso no seu entender, em que a sua concretização suscita discórdia.

É aqui que a anamnese desempenha o seu papel crucial como processo mental de trazer á consciência, de discernir, de compreender, os critérios que guiam os pré-entendimentos, que desencadeiam a hermenêutica jurídica, e que, depois alcançada uma solução, permitem julgá-la, como boa ou má, como justa ou injusta, para eventualmente a afastar, e para recomeçar, na busca incessante da justiça. É a anamnese que permite descortinar a *natureza das coisas*, e discernir uma *natureza nas coisas*: aquilo que, as pessoas e as coisas, segundo a sua natureza, devem ser e devem devir, e o modo como devem agir.

Foi-me proposto que dissesse e escrevesse umas palavras sobre a anamnese, o direito e a natureza das coisas. Sobre o direito e a natureza das coisas já muito se escreveu e muito mais se escreverá. A ideia de anamnese tem estado longe do direito. É importante que também no direito se pense, se fale e se escreva sobre a anamnese.

BIBLIOGRAFIA

- ⁽¹⁾ Platão, *Ménon*, Colibri, 2.^a ed., Lisboa, pág. 73
- ⁽²⁾ José Alexandrino Fernandes, *Jesus de Nazaré e a Lei*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, LXXII, 1996, pp. 345-353.
- ⁽³⁾ Ob. cit. pp. 348-350.
- ⁽⁴⁾ Kaufmann, *Analogie und Natur der Sache*, 2. Aufl., Decker und Humblot, Heidelberg, 1982, pág. 19 e *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994, pág. 19.

- ⁽⁵⁾ Kaufmann, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994, pág. 61.
- ⁽⁶⁾ Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in Festschrift Rudolf Laun, Verlag J. P. Toth, hamburg, 1948, e aqui citado na edição especial de Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964. Já em 1941, durante a guerra, tinha sido publicada em Itália, na Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, (1941) Anno XI - serie II, Fasc. III, pp. 145-156, *La natura della cosa come forma giuridica di pensiero*, traduzida de Radbruch.
- ⁽⁷⁾ Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, cit., pág. 5: "natur der Sache ist die Losung aller derer, welche den schroffen Dualismus von Sein und Sollen, von Wirklichkeit und Wert, zu mildern bemüht sind, welche die Vernunft in den Dingen suchen; sie ist ein Schlagwort in jenem Kampfe zweier Denkweisen, der in der Geistesgeschichte immer von neuem entbrennt und in der klassischen Zeit des deutschen Genius in den beiden großen Gestalten Kant und Goethe sich verkörpert".
- ⁽⁸⁾ Ob. cit., pág. 7.
- ⁽⁹⁾ Sobre o sentido deste *Stoff*, ver ainda Radbruch, *Rechtsidee und Rechtsstoff*, Gesamtausgabe, Band 2, Rechtsphilosophie II, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 453-460.
- ⁽¹⁰⁾ Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, cit., pág. 13: "Natur der Sache ist ihr Wesen, ihr Sinn, und zwar nicht ein von irgend jemandem wirklich gedachter, vielmehr der allein aus der Beschaffenheit der Lebensverhältnisse selbst zu entnehmende objektive Sinn, die Antwort auf die Frage: wie kann dieses so beschaffene Lebensverhältnis als sinnvoll gedacht werden, d. h. als Verwirklichung einer Idee - und welcher Idee? Und zwar gesucht der juristische Sinn und die Rechtsidee, die sich in ihm verwirklicht».
- ⁽¹¹⁾ Maihoffer, *Die natur der Sache*, cit.
- ⁽¹²⁾ Larenz, *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung*, Festschrift für Arthur Nikisch, J.C.B.Mohr (Paul Siebecj), Tübingen, 1958, pp. 275-305.
- ⁽¹³⁾ Larenz, *Richtiges Recht*, Beck, München, 1979, pág. 40.
- ⁽¹⁴⁾ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaftm* 6. Aufl., Springer, 1991, págs. 417 e segs. A mesma referência surge também nas edições traduzidas em língua portuguesa - *Metodologia da Ciência do Direito*, Gulbenkian, Lisboa, 1.ª ed., (tradução da 2. Aufl), pp 475-482, e 2.ª ed., (tradução de 5. Aufl.), pp. 506-511.
- ⁽¹⁵⁾ Welzel, *Naturrecht*, cit. pp. 236-253.
- ⁽¹⁶⁾ Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, pp. 29-33. Na sua obra *As Relações Jurídicas Reais*, Moraes, Lisboa, 1962, por exemplo, pág. 29, o Autor usava ainda a expressão mais característica do finalismo welzeliano *estruturas ontológicas do real*.
- ⁽¹⁷⁾ Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*, cit. pág. 19.
- ⁽¹⁸⁾ Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*, cit. pág. 44.
- ⁽¹⁹⁾ Arthur Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache"*, cit. pp. 56-57.