

Psicologia e Direito

No momento actual, em que atingiu o máximo de acuidade o interesse de clarificação dos subpostos e pré-subpostos orientadores da cultura do século XIX, o problema do direito, como o de todos os sistemas condicionados do pensamento, exigiu nova posição, de acordo com a revolução efectuada na compreensão dos fundamentos do saber. O próprio homem, subposto e pré-subposto como óbvio sabido, foi deslocado da categoria que secularmente lhe fora atribuída e conformou, a partir de si, portanto antropologicamente, o saber e a cultura que o servem. A uma concepção do mundo sem homem sucedeu uma concepção do homem sem mundo até que, no momento presente, se elabora na psicologia o esclarecimento da relação recíproca do homem e do mundo com a noção de comportamento.

À «visão estelar», a que o homem desarraigado de si pretendeu tudo submeter, sucedeu a «visão planetária» que, ainda demasiado vasta, deu origem à «visão humana» que ora se supõe, e com razão, ser de maior dignidade e mais fecundo préstimo, sobretudo quando se trata de «coisas humanas». A psicologia herdada do século XIX

de pouco nos serve, precisamente por ter sido conformada por um tipo de «visão» deturpante do humano. E com a distinção provisória, a princípio apenas de alcance metodológico, ordenante do saber sistemático em ciências da natureza e ciências do espírito, algo se esclareceu, embora nem tudo se tivesse resolvido para gáudio dos mantenedores das velhas e tradicionais posições.

A arrumação proveniente da dualidade entre natureza e história foi de séria fecundidade e continua sendo de proveitosa aplicação. Muitos problemas forçosamente escamoteados por falta de «lugar» na classificação linear das ciências, que pressupunha apenas um método basilar e as considerava todas tendentes ao tipo de saber físico-causal — e portanto funcionalmente matemático —, surgiram irreverentemente como primários e primeiros, que urgia considerar antes de quaisquer outros. Um desses problemas atópicos, isto é, sem lugar, na classificação positivista das ciências é precisamente o «problema do homem» de tão ressonante importância nos nossos dias.

Com ele em estreita correlação, muitos outros problemas foram trazidos à meditação e tratamento teórico e prático, que já caracterizam a nossa época e lhe dão uma

(*) Delfim Santos in *B. M. J.*, n.º 6, Maio 1948.

constituição mórfica bem diferente de qualquer outra. Esses problemas, comprometidos e tristemente desfigurados, retomam a fisionomia que sucessivas sobreposições de conceptualização imprópria alteraram em complicação crescente, e tanto mais quanto predominava a preocupação de redução simplificante a estruturas sistemáticas provenientes de outros domínios do saber. Entre esses está, como necessariamente inevitável, o «problema do direito». Se o homem não entra — porque fica sempre fora — na concepção da ciência cujos pontos extremos de generalidade e complexidade são a astronomia e a sociologia, tudo e ele próprio era reduzido a uma única instância de certeza e verdade.

Quando muito, esperava-se no futuro que a quantificação sucessiva e metódica o «forçasse» um dia a entrar no esquema sólido e firme do saber causal, cuja dificuldade de aplicação ao humano, na afirmação dos teóricos de há um século, era apenas questão de tempo. Mas foi precisamente o tempo que demonstrou que a realização do programa não era questão de tempo. E um século foi suficiente para mostrar que a dificuldade era de outra espécie: que a quantidade não é um dado primário e absorvente de toda a qualidade, mas, ao contrário, que a quantidade é um aspecto da qualidade, como recentemente o afirmou um dos mais notáveis matemáticos contemporâneos. E se é assim, ao predomínio do quantificante que excluía a qualidade, sucedeu uma mais larga compreensão do problema, eminentemente valorativa da qualidade, sem exclusão da quantidade no domínio da competente aplicação do número.

À sub-ordenação do espírito à natureza sucedeu a adequação da quantidade à natureza e da qualidade ao espírito sem que, portanto, qualidade e quantidade surgissem como inimigos ou totalmente absorventes uma da outra. A certeza e a verdade no saber físico-causal como critérios únicos e unitários extrínsecos ao próprio homem

eram des-humanos valores, padrões de objectividade ideal e esquemática, normas intemporais negadoras da sua estrutura temporal, e leis universais que o destituíam da qualidade de ser homem. Essas leis de cunho universal, identicamente formuladas como os casos limites das formulações matemáticas, foram agente perturbador na compreensão do homem e consequentemente do direito, como a história exuberantemente no-lo prova.

É certo que, ante as dificuldades do entendimento, o probabilismo foi considerado, em certo momento, indispensável método de aplicação ao domínio dos fenómenos irreverentes ao determinismo causal, e pode dizer-se que, embora a título provisório, as especulações que levaram à formulação dos princípios do cálculo das probabilidades, foram o primeiro sintoma de que alguma coisa se subtraía irremediavelmente ao ideal em marcha forçada. A princípio apenas aplicado ao departamento das «coisas incertas», que mesmo assim se profetizava que passariam a certas, o critério da probabilidade veio mostrar que o ideal unitário da certeza na matemática era apenas válido para certo departamento restrito do «*mare magnum*» das coisas incertas. Ou, de outra maneira, em vez da conquista do incerto pelo certo, que o ideal da certeza matemática tinha proclamado, começou a admitir-se um critério plural de certeza, que o mais elementar respeito pela realidade exigia.

Esta inversão de notável fecundidade entre a probabilidade e a certeza, cujo momento culminante se deve a Pascal, significa na história da cultura um momento impressionante, com implicações só hoje susceptíveis de mais funda compreensão. Se o espírito é afirmação dialéctica de si mesmo ante a natureza, se a natureza é repetição de si mesmo ante o espírito, repetição e dialéctica são os processos de revelação no acto de conhecimento. Mas na natureza há ritmos de repetição estruturalmente diferen-

ciados que em si obrigam a uma adequação, tanto quanto possível plena, da dialéctica mais própria. Não há, portanto, um tipo único de saber com uma só necessária método, mas tantos quantos os níveis de realidade exigirem para sua compreensão.

Se o homem é partícipe de dois mundos, o mundo da história e o mundo da natureza, a exigência preliminar à formulação da psicologia não poderá esquecer a dualidade, majorando um dos aspectos em detrimento do outro. O mesmo acontece ao direito que, como a psicologia, sofreu da deturpação inevitável de um certo tipo de ciência a que aspirou, e de que ainda não pôde libertar-se, dadas as contingências históricas que o forçaram a uma dependência teórica hoje, porém, já anacrónica e sem sentido. Ora o direito, como está acontecendo a outros sistemas condicionados do pensamento com finalidade precisa — e a que vulgarmente se chamam ciências —, tende a autonomizar-se nos seus fundamentos teóricos. Só então poderá chamar-se ciência, pois não adquire carácter científico o saber que se consegue sistematizar em função de modelo proposto por outra ciência já constituída.

Esta dificuldade é claramente expressa em qualquer dos trabalhos dedicados à estruturação do conceito de direito, ou simplesmente da sua metodologia, e não precisamos de quaisquer alusões especiais, pois todo o jurista que algum dia meditou sobre estes problemas encontrou a posição de tantos outros que deram forma escrita às suas perplexidades. Um desses problemas mais vezes tratado é o da própria finalidade do direito. Tem o direito finalidade em si? Moral e direito são temas de discussão inevitável em todos os livros de história e filosofia do direito. Só por si revelam a posição do «*homo juridicus*» quando pensa nos domínios da sua jurisdição: perplexidade e insegurança de que aparentemente se escapa com o recurso ao que importaria não recorrer, isto é, à visão deturpante das sistematizações alheias à sua estrutura.

Partindo do princípio de que a finalidade do direito não é nem a moral nem a política, nem qualquer domínio transcendente ao homem, mas o próprio homem em situação interferente com outro ou outros homens, o direito nem é moral nem imoral: é direito. E como direito que é, e apenas deve ser, não pode ser propiciador de injustiça. Ora, na medida em que o homem, como ser vivente em situações intransferíveis, não encontra no direito o respeito por ele próprio e pelo seu caso, e se sente, quando para ele apela, transfigurado em esquema abstracto sem parentesco consigo, parece-lhe que o direito não foi feito para o homem, o homem que ele conhece e é, mas sim o homem para o direito. E de duas uma: ou se retrai perante um processo de transfiguração que lhe repugna, ou habilidosamente utiliza esse processo enquadrando-se na formulação articulada de qualquer lei que quer fazer vingar.

Depois disto, aproximemos o problema do ponto que nos propusemos tratar e que parece de muito maior importância do que se tem suposto: a psicologia e o direito. Afirmar que o direito tem íntimas e profundas relações com a psicologia não é, nos nossos dias, afirmação carecente de prova. A bibliografia começa agora a surgir em ritmo acelerado e surpreendente ante a escassez de espécies em tempos passados. Porquê? Talvez porque, só agora, as novas tendências da psicologia libertas do aspecto tratadístico da mecânica — e que o direito em grande parte ainda conserva — atingiram um nível de profundidade no conhecimento do homem, que o jurista não pode desprezar se quiser bem realizar a sua tarefa. A psicologia antropológica, ou a caracterologia, tem muito que ensinar ao jurista no conhecimento do homem que ele tem de compreender para poder julgar.

Pode afirmar-se que sempre a formulação do direito pressupôs o homem e, portanto, a sua estrutura psicológica. Não é isso que se contesta, mas sim que a psicologia que

serviu de fundo à estruturação do direito possa ainda continuar a ser sub-repticiamente vigente nos nossos dias. Não há estudo de psicologia nas nossas Faculdades de Direito, e isso mesmo é expressivo sintoma de que o direito pode ser estudado à base da psicologia do senso-comum de que o legislador se serviu, sem que o estudioso do direito necessite de voltar a reflectir sobre a adequação ou inadequação do direito à psicologia do homem a quem ele se aplica. Mas a estruturação jurídica, tal como a herdámos do século passado, tem como subjacente uma psicologia envelhecida e totalmente superada. O mecanismo e o atomismo então reinantes são por demais visíveis na codificação jurídica ainda perdurante e vigente.

É claro que sendo o direito obra do homem para o homem, necessariamente reflecte a compreensão estreita ou larga do homem que o pensa e a concepção do homem para quem é pensado. E quando começou a estruturar-se um direito universalista — sucedâneo do direito tipológico, politicamente desvalorizado —, surgiu também a necessidade premente de formular um tipo de homem que a todos contivesse como base de um direito igual para todos mas, na verdade, próprio para ninguém. Não vamos passar em revista o abstraccionismo jurídico provindo do conceito de igualdade, que planificou o homem, com base, aliás, na abstracta psicologia que ainda hoje tão exuberantemente se manifesta na legislação. Mas o homem, sempre solidário de situações complexas, não pode estar à mercê de um direito teoremático em que apenas se consideram reacções simples e gerais que ele nunca experimentou.

E por isso mesmo a legislação toma inevitavelmente um aspecto mecânico, isolado, intemporal, isto é, características que ao homem não pertencem. Daí o desencontro terrível do homem com o direito que o não pode compreender. Na sua existência social e típica, com intermitências de ordem indi-

vidual, o homem apenas se encontra nos casos omissos da lei imperfeita, e quase nunca no articulado das boas leis, assim chamadas porque bem o catalogaram, omitindo as omissões. Mas, na verdade, o homem só se encontra em confronto com a lei no omissivo que ela esqueceu ou excluiu. Quer isto dizer que as leis são sempre expressão de médias mais ou menos estatísticas e que, portanto, só atingem o homem em nível a que ele próprio não pertence, mas ao médio mais ou menos abstracto e desfigurativo em que o situam aqueles que pretendem julgá-lo. Nos casos previstos no articulado da lei, ele só acidentalmente se encontra e às vezes ainda mal.

E isto porque o direito, tomando inevitavelmente a forma abstracta, e correspondendo ao que no homem é geral ou medial, dilui o concreto e o individual que são as suas características de realidade. Mal necessário dir-se-á: pois isso resulta da incapacidade do mecânico conter o vital, por natureza superante do mecanismo. Mas apesar de mal necessário há atenuantes que enfraquecem o seu malefício. Uma dessas consiste em não pensar o direito sob a forma de sistema de leis, mais ou menos modelarmente imitantes das leis da física e dos processos teoremáticos da ciência dos números. Posto assim o problema e afirmado principalmente que o direito, como codificação, corresponde sempre a determinada concepção do mundo e do homem, embora nem sempre claras para o legislador e mesmo obscuras para o homem a quem vai aplicar-se; que, partindo de uma concepção do mundo e do homem, o direito é sempre subsidiário temporalmente da compreensão das normas valorativas dominantes na época em que foi pensado; e ainda que não é nas ciências da natureza ou na geometrização do vital que reside o seu adequado suporte, vejamos como podem as ciências do espírito fornecer ao direito a estruturação própria de que ele carece e de que sempre careceu.

Sendo o direito obra do homem e para o homem, pressupõe, pois, uma bipolaridade de ponto de partida e ponto de chegada que não é coincidente. O legislador legisla e o seu acto é dirigido para alguém. O que ele pensa do «alguém», necessariamente objectivado na lei, imprime ao direito o sentido de aplicação aos outros. Isto é, o homem que legisla não o faz intencionalmente para si próprio mas para os outros. E neste acto é pressuposto um saber acerca dos outros, cuja base de certeza é sempre insegura. Que outros? Certamente nem A, nem B, nem C, mas X que incognitadamente pretende conter em si todos os homens individualmente considerados. E aqui reside inelutavelmente o passo em falso do homem abstrante que domina o legislador, quando pretende estabelecer leis que se apliquem a todos os homens. Algumas vezes o legislador em função de certos casos particulares pretende ainda cingir o seu articulado alinearmente ao concreto. Mas este é ainda e sempre abstracto porque resulta de uma limitação do inicialmente vago ou demasiado geral. E o concreto nunca se atinge pela delimitação do abstracto.

Teoricamente o problema é insolúvel e praticamente a insolubilidade resolve-se fazendo respeitar a generalização forçada e às vezes absurda. Isto é, o direito, identicamente à geometria, parte de princípios gerais e desce ao individual para de novo o diluir na generalidade de onde partiu. O direito passa a ser processo de dedução, e a aplicação da lei acto descendente do ideal ao concreto, do geral ao individual. É claro que a lei pode justificar-se ascendentemente a partir de casos que se supõem típicos e, portanto, validar o caminho descendente dos princípios até à aplicação ao individual. Mas o erróneo não está em ser processo descendente do ideal ao real, ou ascendente do real ao ideal, mas precisamente da fuga do «caso». O direito não pode ser processo deductivo ou indutivo de que o caso é simples ilustração, mas «casuística», isto é, ciência

de casos, pois cada um deles exige estudo especial com o interesse primário de não sair dele. O termo — «caso» — é sugerido sem o sentido pejorativo que lhe foi dado pelas preocupações de em tudo substituir o geral ou universal pelo particular ou individual. Identicamente se pode isto dizer para a medicina que, sob este aspecto de aplicação, tem o mesmo significado que o direito. Mas a noção de «caso» tem já um sentido em medicina que ainda não foi admitido em direito. Ou, de outra maneira, sob este aspecto medicina e direito na sua história evoluíram em sentido contrário: a medicina da abstracção para o concreto, o direito do concreto para o abstracto. Uma chegou ao caso, outra partiu do caso, mas é o caso o fundamento de aplicação de uma e outra.

A noção de «caso», que aqui se pretende pôr em relevo, corresponde ao sentido filosófico da actual noção de «situação». É certamente em extremo complexo, e, por esse motivo, tendeu sempre a ser subsumido pelos teóricos, que para o direito carregaram as noções metódicas de outras ciências, usando e abusando da dedução e da indução e ainda da análise, tornando o direito um jogo de lógica onde na verdade a lógica não pode ter sentido normativo. Ou, se quisermos, o jurista tem de adaptar-se a uma outra lógica que nada tem que ver — a não ser no domínio da expressão judicativa — com a lógica intelectual e rígida e necessária do sólido, imprópria evidentemente para o esclarecimento do vital e do emocional. Porque, na verdade, é na esfera do emocional que o homem se encontra presa do direito, embora este o transponha para o domínio intelectual e, portanto, desvirtue o «caso» a considerar e a tratar. É que diagnóstico e terapêutica são domínios que o direito tende a confundir, e tanto mais quanto tudo subordina à terapêutica de aparência, não para salvar os casos mas para salvar os princípios. E nesta preocupação de salvar os princípios do direito tudo se perde com a

des-humanização do homem a que já aludimos.

Quando o próprio legislador com humana ansiedade se considera a si nas virtualidades que o possam tornar presa do direito, e a si adequa a legislação que pretende promulgar, nem por isso a dificuldade deixa de subsistir com idêntico aspecto. Ele é ele; e os outros não são ele. Se, no primeiro caso acima referido, os outros eram ninguém, porque ao individual concreto se substituiu um geral abstracto, agora os outros passam inevitavelmente a ser deformados pela «modelação» do próprio legislador. Sem dúvida, o maior mal é o primeiro, embora o segundo possa igualmente sê-lo em virtude do desconhecimento que, porventura, domine o autoconhecimento do legislador; mas o que importa considerar é o mal resultante e não o maior ou menor aplicado ao mal que, pela sua relatividade, é possivelmente desculpante de tudo. Esta dificuldade que apontamos como inerente ao acto de legislar, e que se verifica na aplicação do direito, não é nova, como se sabe, na história do direito, mas por isto mesmo, e porque se julga que é velha, convém lembrar que só aparentemente envelheceu e que, ao contrário, ela continua a afirmar-se permanentemente como se recente fosse.

Ora a concepção do homem que tentaremos expor, recorrendo à nova psicologia e à caracterologia que, antecipando, terá de ser a base estrutural do direito exigentemente humano, não é a concepção abstracta de certa corrente do século XVII, nem também a concepção que, com raízes na especulação oitocentista se desenvolveu no século seguinte. Para mais facilidade de exposição, chamemos à primeira concepção mecanicista e à que se lhe opõe concepção organicista. A primeira tentou formular, e formulou, um direito geometrizado, reflexo da concepção mecanista do homem. A segunda, reagindo contra essa concepção, toma aspectos românticos na filosofia do direito e considera, em exagero, que a

norma, o cânone e a penalidade eram manifestações da injustiça social contra o livre e pleno desenvolvimento do indivíduo, sempre bom por natureza. O que sedimentou no direito ainda hoje vigente sob forma codigal foi a primeira tendência, pois da segunda apenas nos restam expressões assistemáticas de cunho lírico ou filosófico, de irrefragável aspecto revolucionário e anárquico, ou então de mística comunitária e socialista.

Mas o problema põe-se hoje de forma diferente. Tanto uma como outra destas tendências abstraíam o homem de algo que lhe é radical e sem o que, reduzido a átomo de um sistema mecânico, ou a potencial energético de forças vivas, aparece igualmente deformado e sem a realidade que lhe pertence. Tanto em um como em outro dos aspectos considerados, o homem era apenas um conceito, embora conotado de forma diferente e oposta. Mas não são as conotações desta ou daquela espécie que formam o homem. O homem é o que a situação permite que ele seja, e o que nele é realmente fundamental não é o homem de per si, mas a situação que o leva a ser como ele é, sem que causalmente dela se possa deduzir qual o tipo de reacção a que forçadamente terá de obedecer. Tal situação determina sempre outra situação, e algumas vezes a última passa a ter o valor de «caso» no sentido jurídico. Quer dizer, não se trata de uma lógica unilinear que explica a situação, pois que é esta o centro de onde irradiam várias linhas de possível lógica explicativa e por vezes verosimilhante quando não realmente verdadeiras. Foi este aspecto que a codificação do direito esqueceu ou então apenas considerou para certos casos considerados limites.

Pode opor-se que o direito penal considera a situação em que o homem como criminoso foi levado a praticar o seu crime. Ainda neste caso, porém, a situação é aprendida como causalmente determinativa dos consequentes fazendo-se valer a distin-

ção fruste da premeditação. O complexo caracterológico do indivíduo é que permitirá concluir se o acto é fortuito ou não. A premeditação é, portanto, consequência da estrutura psíquica do delinquente e não atenuante ou agravante do seu acto. Trata-se sempre e em qualquer caso de um todo indissolúvel — homem-situação —, com manifestações funcionais alternantes e recíprocas de entressitura e interdependência. É ao estudo deste aspecto da vida do homem que se dedicou a interpsicologia, com o fim de esclarecer a correlação alternante do homem em situação, que os nossos hábitos mentais de formação analítica dificilmente nos deixam aprender. As atenuantes ou as agravantes que o direito vigente considera são ainda atomista e analiticamente consideradas, o que, como é óbvio, deturpa imediatamente o problema. O homem é um centro de determinação imprevisível. É isto a sua liberdade. Pretender submetê-lo a um critério de previsível e necessária determinação é desfigurá-lo e desconhecê-lo.

O acto incriminado é sempre total e de tal modo que nem sempre é claro para o autor o móbil da sua acção. É a defesa contra o legalmente estatuído que leva o homem na sua fuga à lei a procurar justificar-se dentro do mecanismo que o código lhe oferece. A defesa do incriminado é sempre condicionada juridicamente pela psico-

logia que ordenou o direito da lei que o acusa. E o próprio advogado, na defesa como na acusação, pretende antes de mais estruturar a psicologia do cliente de tal modo que as coisas fortaleçam os núcleos de força, e enfraqueçam por sua vez os núcleos de fraqueza da parte contrária. É surpreendente muitas vezes para o próprio acusado conhecer o desfibramento psicológico das razões que o incriminam. Este e muitos outros problemas são suficientemente comprovativos da importância para os estudiosos do direito do conhecimento das novas tendências da psicologia e mormente da caracterologia. Não se trata, é claro, da psicologia que incorreu nos mesmos vícios da imitação das ciências da natureza. Referimo-nos à nova psicologia, e é por ela que se prepara a renovação da anacrónica concepção do homem, que dará ao direito o aspecto de ciência do espírito que ainda não tem. Tanto o advogado, como o jurista, como o juiz, tirarão o maior proveito do estudo da caracterologia — cuja exposição será feita em próximo ensaio — para a plena e justa compreensão do homem, exigente no nosso tempo de novos métodos que o estudem. Ser jurista escudado na psicologia errónea da vulgaridade é incorrer no perigo de fazer mau direito, e possivelmente cometer injustiça a cobro de articulados legais que não encontram o homem.

**INTERNATIONAL ACADEMY
OF
HEALTH CARE PROFESSIONALS, INC.**

A Diplomate
in
The Health Care
Professions
is now being
offered by

The International Academy of
Health Care Professionals, Inc.

The Academy has been
established by prominent
members of the various
health care professions
to grant recognition to
those individuals who
are able to provide
evidence of advanced
competence in their
area of specialty.

Inquiries are welcome.

IAHCP, Inc.

70 Glen Cove Road (Suite 209)
Roslyn Heights, N. Y. 11577
U. S. A.