

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

INTRODUÇÃO AO DIREITO

1º Ano

PARTE I

A NOÇÃO DE DIREITO

§1. Definir o direito

1.1. "Quid ius?/quid iuris?"

1.2. Etimologia

§2. A alteridade

2.1. "Ubi societas, ibi ius"

2.2. O homem relacional

2.3. A ideia de equilíbrio

2.4. Os direitos

2.5. Os princípios gerais de direito

§3. A essência do direito

3.1. A noção de constituição

3.2. O direito nas distribuições

3.3. O direito nas comutações

§4. Direito, moral, religião

4.1. A moral social

4.2. Religião e laicidade

4.3. O útil e o justo

§5. Direito natural e direito positivo

5.1. O "ius gentium"

5.2. A tradição oral e escrita

5.3. A positivação do direito natural

5.4. O direito no espaço e no tempo

PARTE II

OS PROCESSOS DE CRIAÇÃO DE DIREITO

§1. A lei

1.1. A ideia de orientação

1.2. Leis públicas e leis privadas

1.3. A promulgação e publicação das leis

1.4. A revogação das leis

§2. Os usos e costumes

2.1. Noção

2.2. A flexibilidade dos usos e dos costumes

2.3. Génese

2.4. O efeito de imitação ou repetição

2.5. A consolidação dos usos e dos costumes

2.6. A denúncia dos usos e dos costumes

§3. A codificação

3.1. Origem

3.2. Compilar, codificar

3.3. Um código, na forma

3.4. Um código, no conteúdo

3.5. Descodificação e recodificação

§4. O direito negociado

4.1. A mística do contrato

4.2. A coisas fora do comércio jurídico

4.3. Os ritos da negociação

4.4. Prestações e estipulações

4.5. As liberdades

4.6. A igualdade

4.7. A fraternidade

4.8. O princípio “pacta sunt servanda”

4.9. O imprevisto

§5. A universalização do direito

- 5.1. O direito comum
- 5.2. O direito das relações públicas
- 5.3. A “República universal”
- 5.4. O “ius cogens”
- 5.5. O direito das relações privadas
- 5.6. As liberdades públicas
- 5.7. As garantias sociais
- 5.8. As minorias

§6. O juiz, o árbitro e o mediador

- 6.1. Noção
- 6.2. Decisão arbitral e decisão judiciária
- 6.3. As hierarquias
- 6.4. A coisa julgada
- 6.5. O juiz criador de direito

§7. O processo

- 7.1. Noção
- 7.2. Acção e reacção
- 7.3. Processo acusatório e processo inquisitório
- 7.4. A administração das provas
- 7.5. A apreciação das provas
- 7.6. Decisões declarativas e decisões constitutivas
- 7.7. O universo dos tribunais
- 7.8. A equidade

§8. A jurisprudência

- 8.1. Noção, sentido e valor
- 8.2. Os precedentes
- 8.3. Os conflitos de jurisprudência no espaço
- 8.4. Os conflitos de jurisprudência no tempo

PARTE III

A CIÊNCIA DO DIREITO

§1. A doutrina

- 1.1. Conceito

- 1.2. Saber especulativo e saber prático
- §2. A elaboração do direito
 - 2.1. O caso
 - 2.2. A operação de qualificação
 - 2.3. O recurso às ficções
 - 2.4. Deliberações
 - 2.5. A decisão como sanção
- §3. As controvérsias jurídicas
 - 3.1. A arte da controvérsia
 - 3.2. As controvérsias institucionais
 - 3.3. As controvérsias espontâneas
- §4. A formulação do direito
 - 4.1. Os enunciados jurídicos
 - 4.2. As exposições de motivos
 - 4.3. As formulações legais
 - 4.4. As formulações pretorianas
- §5. A linguagem jurídica
 - 5.1. O estilo do discurso
 - 5.2. Fórmulas e formulários
- §6. O ensino do direito
 - 6.1. Teoria e prática
 - 6.2. A liberdade no ensino
 - 6.3. Um discurso sobre os métodos
- §7. Direito privado, direito público
 - 7.1. As origens da distinção
 - 7.2. O critério das leis públicas
 - 7.3. A constitucionalização do direito privado

PARTE IV

O DIREITO COMO SISTEMA (INTERNO) DE NORMAS E PRINCÍPIOS

- §1. Sistema e ordem jurídica

- §2. O texto como referência
 - 2.1. Problemas de inclusão
 - 2.2. Problemas de continuidade e mudança
- §3 Normatividade e norma jurídica
 - 3.1. Normas, regras e princípios
 - 3.2. Princípios e argumentos finalísticos
 - 3.3. Conceitos e concepções
- §4. O modelo regras/princípios/procedimentos

PARTE V

A INTERPRETAÇÃO

- §1. Necessidade, significado e tarefas da interpretação
- §2. O carácter prático e institucional da interpretação jurídica
- §3. A hermenêutica
- §4. Interpretação e argumentação
 - 4.1. Interpretação e dedução
 - 4.2. O fim da interpretação
 - 4.3. Os meios da interpretação
 - 4.4. As regras de interpretação
- §5. Interpretação e aplicação
- §6. Interpretação e fundamentação

PARTE VI

A FORÇA DO DIREITO

- §1. Positivismo e universalismo
 - 1.1. Um sistema puro de direito: Hans Kelsen
 - 1.2. O direito e a regra: Herbert L. A. Hart

§2. O debate anglo-americano

2.1. Tomar os direitos a sério: Ronald Dworkin

2.2. O construtivismo político: a ideia de justiça (John Rawls)

§3. Direito e Instituição

3.1. O direito como sistema: Niklas Luhmann

3.2. Direito e comunicação: Jürgen Habermas

3.3. O debate alemão

BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA

ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Francoforte sobre o Meno, 1978 (existe trad. bras. "Teoria da Argumentação Jurídica", 2001).

— *Theorie der Grundrechte*, Francoforte sobre o Meno, 1986 (existe trad. cast. "Teoria de los Derechos Fundamentales", C.E.C., Madrid, 1993).

ANDRADE, Manuel de, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 2ª ed., Coimbra, 1963.

— *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Coimbra, 1973.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 10ª ed., Coimbra, 1997.

BOBBIO, Norberto, *Contribución a la Teoria del Derecho*, ed. A. Ruiz Miguel, Valencia, 1980.

BOURETZ, Pierre, (org.), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, 2000.

DÉFINIR LE DROIT, in: 10 "Droits. Revue Française de Théorie Juridique", 1, Paris: PUF, 1989.

D'ORS, Álvaro, *Nueva Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid: Civitas, 1999.

— *Derecho y Sentido Común. Siete Lecciones de Derecho Natural como limite del Derecho Positivo*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 1999.

— *Una Introducción al Estudio del Derecho*, 8ª ed., Madrid, 1989.

DWORKIN, Ronald M., *Taking Rights Seriously*, 4ª ed., Londres, 1984.

— *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.

— *Law's Empire*, Londres: The Fontana Press, 1986, reimp. 1991.

— *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996.

ENGISCH, Karl, *Einführung in das juristische Denken* (trad. port. "Introdução ao pensamento jurídico"), 3ª ed, F.C.G., Lisboa, 1972.

FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1964, reimp. 1969.

HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 11ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1981 (existe trad.port. "O Conceito de Direito", Lisboa, 1986).

JUSTO, A. Santos, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, 2001.

KAUFMANN/HASSEMER (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (trad. cast. "El pensamiento jurídico contemporáneo"), Madrid, 1992.

HESPANHA, António M., *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, ed. Europa-América, 1997.

KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* (trad. port. de J. Baptista Machado, "Teoria Pura do Direito"), 4ª ed., Coimbra, 1976.

— *Allgemeine Staatslehre* (trad. cast. "Teoria General del Estado"), México, 1979.

— *Allgemeine Theorie der Normen* (trad. ing. "General Theory of Norms"), Oxford: Clarendon Press, 1991.

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (trad. port. "Metodologia da Ciência do Direito"), F.C.G., Lisboa, 1978.

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978.

— e WEINBERGER, Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Bruxelas, 1992.

MACHADO, João Baptista, *Prefácio à obra de K. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken* (trad. port. "Introdução ao pensamento jurídico"), 3ª ed, F.C.G., Lisboa, 1972, pp. vii ss.

— *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, I ("Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais"), 6ª ed., Coimbra, 1997, II ("Constituição e Inconstitucionalidade"), 3ª ed., Coimbra, 1991, II ("Constituição"), 4ª ed., Coimbra, 2000, III ("Estrutura Constitucional do Estado"), 2ª ed., Coimbra, 1987, IV ("Direitos Fundamentais"), 3ª ed., Coimbra, 2000, e V ("Actividade Constitucional do Estado"), Coimbra 1997.

NEVES, António Castanheira, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, polic., Coimbra, 1968-1969.

— *Sumários de Introdução ao Estudo do Direito*, polic., Coimbra, 1978.

— *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, in: "Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro", II, Coimbra, 1979, pp. 72 ss.

— *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993.

— *Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*, in: "Revista de Legislação e

Jurisprudência", n.ºs. 3883, 3884 (1998), pp. 290 ss., 322 ss. (a concluir nos próximos números).

PERELMAN, Chaïm, *Éthique et Droit* (trad. bras. "Ética e Direito"), São Paulo, 1996.

— e OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l' Argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, 1958 (existe trad. bras. "Tratado da Argumentação. A Nova Retórica", S. Paulo, 1996).

QUEIROZ, Cristina, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra, 2000.

— *Introdução ao Direito. Textos de Apoio* (§§ 6, 7 e 8 da Parte II, Parte IV e Parte V do plano do Curso. Ano lectivo de 1999/2000), polic., FDUP, Porto, 2000.

SOARES, Rogério E., *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra, 1955.

— *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969.

TELES, Miguel Galvão, *A revolução portuguesa e a teoria das fontes de direito*, in: MÁRIO BAPTISTA COELHO (coord.), "Portugal. O sistema político e constitucional 1974-1987", Instituto de Ciências Sociais, Lisboa, 1989, pp. 561 ss.

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (trad. port. "História do Direito Privado Moderno"), F.C.G., Lisboa, 1980.

WROBLEWSKY, Jerzy, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, trad. cast., Madrid, 1985.

BIBLIOGRAFIA GERAL

AARNIO, Aulus, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Boston, Londres 1987

ALEXY, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Francoforte sobre o Meno 1978

— *Theorie der Grundrechte*, Francoforte sobre o Meno 1986

— *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Francoforte sobre o Meno 1995

— *Juristische Interpretation*, in: "Enciclopedia delle Scienze Sociali", versão alemã, reproduzido em R. ALEXY, "Recht, Vernunft, Diskurs", Francoforte sobre o Meno 1995, pp. 71 ss.

ANDRADE, Manuel de, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 2ª ed., Coimbra 1963

— *Sentido e Valor da Jurisprudência*, Coimbra 1973

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 10ª ed., Coimbra 1997

BOBBIO, Norberto, *Teoria del ordinamento giuridico*, Turim 1960

— *Diritto e logica*, in: 1-3 "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", XXXIX (1962), pp. 11 ss.

— *Lacune del diritto*, in: "Novissimo Digesto Italiano", IX, Turim 1963, pp. 419 ss.

— *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milão 1965

— *Principi generali del diritto*, in: "Novissimo Digesto Italiano", XIII, Turim 1966, pp. 419 ss.

— *Il positivismo giuridico*, Turim 1979

— *Contribución a la Teoria del Derecho*, ed. A. Ruiz Miguel, Valencia 1980

— *L' Età dei diritti, 1990-1992*, Turim 1992

— *Diritto e Potere. Saggio su Kelsen*, Nápoles, Roma, Milão 1992

BODIN, Jean, *Les Six Livres de la République*, Paris: Fayard 1986

BOURETZ, Pierre, (org.), *La Force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris 1991

BURNS, James Henderson (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought 350-1450*, Cambridge University Press 1988

— (ed.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge University Press 1991

CANARIS, C-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (trad. port. "Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito"), F.C.G., Lisboa 1989

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional, e Teoria da Constituição*, Coimbra 1998

CARDOZO, Benjamin Nathan, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven: Yale University Press 1921

— *The Paradoxes of Legal Science*, Westport, Con.: Greenwood Press 1928, reimp. Nova Iorque: Columbia University Press 1970

CHEVALLIER, Jean Jacques, *Histoire de la pensée politique*, Paris: Payot 1979, reed. 1993

CODIFICATION, in: 27 "Droits. Révue Française de Philosophie et de Culture Juridiques", 3, Paris: PUF 1998

COHEN, Felix S., *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, in: 35 "Columbia Law Review" (1935), pp. 809 ss.

COHEN, Morris Raphael, *The Place of Logic in Law*, in: 29 "Harvard Law Review" (1915/1916), pp. 622 ss.

COHEN-TANUGI, Laurent, *Le droit sans l'État*, Paris 1985, reimp. 1992

COING, Helmut, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (trad. cast. da 1ª ed. alemã, 1950, "Fundamentos de Filosofia del Derecho"), Barcelona 1976

CONTE, A. G., *Décision, complétude, cloture. À propos des lacunes du droit*, in: 33 "Logique et Analyse" (1966), pp. 1 ss.

— *Saggio sulla completezza dell' ordinamento Giuridico*, Turim 1962

CRISAFULLI, Vezio, *Disposizione (e norma)*, in: "Enciclopedia del Diritto", XIII, Milão 1964, pp. 195 ss.

DANIELS, Norman (ed.), *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls' "A Theory of Justice"*, Stanford: Stanford University Press 1989, pp. 230 ss.

DÉFINIR LE DROIT, in: 10 "Droits. Révue Française de Théorie Juridique", 1, Paris: PUF 1989

DONATI, D., *Il probleme delle lacune dell' ordinamento giuridico*, Milão 1910

DREIER, Ralf, *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, Francoforte sobre o Meno 1981

— e SCHWEGMANN, F. (eds.), *Probleme der Verfassungsinterpretation. Dokumentation einer Kontroverse*, Baden-Baden 1976

DUGUIT, Léon, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l' État*, 3^a ed., Paris 1921

DWORKIN, Ronald M., *Social Rules and Legal Theory*, in: 81 "Yale Law Journal" (1972), pp. 855 ss.

— *Social Sciences and Constitutional Rights: The Consequences of Uncertainty*, in: 6 "Journal of Law and Education", 1 (1977), pp. 3 ss.

— *Taking Rights Seriously*, 4^a ed., Londres 1984

— *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1985

— *Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court*, in: 28 "Alberta Law Review", 2 (1990), pp. 324 ss.

— *Law's Empire*, Londres: The Fontana Press 1986, reimp. 1991

— *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press 1996

ECO, Umberto, *I Limiti dell' Interpretazione* (trad. franc. "Les limites de l' interpretation"), Paris 1992

EDELMANN, Johann, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Berlin, Zúrique 1967

ENGISCH, Karl, *Die Idee der Konkretisierung im Rechtswissenschaft unsere Zeit*, Heidelberg 1953

— *Der rechtsfreie Raum* (trad. cast. "El ámbito de lo no jurídico"), Córdoba, Argentina 1960

— *Einführung in das juristische Denken* (trad. port. "Introdução ao pensamento jurídico"), 3ª ed., F.C.G., Lisboa 1972

ESSER, Josef, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (trad. cast. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado"), Barcelona 1961

— *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in: "Festschrift für Fritz v. Hippel", Tübingen 1967, pp. 95 ss.

— *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Francoforte sobre o Meno 1970

— *Dogmatik zwischen Theorie und Praxis*, in: "Festschrift für L. Raiser", Tübingen 1974, pp. 517 ss.

FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press 1980, reimp. 1993

FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Nova Iorque 1949, reimp. 1963

FRIEDMANN, W., *Legal Theory*, 5ª ed., Londres 1967

FULLER, Lon L., *Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, in: 71 "Harvard Law Review", 4 (1958), pp. 630 ss.

— *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press 1964, reimp. 1969

— *The Forms and Limits of Adjudication*, in: 92 "Harvard Law Review" (1978), pp. 353 ss.

GEIGER, T., *Estudios de Sociología del Derecho*, trad. cast., F. C. E., México 1984

GÉNY, F., *Méthode d'Interpretation et Sources du Droit Privé Positif. Essai critique*, 2^a ed., Paris 1919, reimp. 1954, 2 vols.

GIERKE, Otto v., *Natural Law and the Theory of Society*, trad. ing. de E. Baker, Cambridge University Press 1934

GOLDSCHMIDT, Werner, *La Ciencia del Derecho*, trad. cast., Buenos Aires 1949

— *La Ciencia de la Justicia (Dikelogia)*, trad. cast., Madrid 1958

GÓMEZ ARBOLEYA, E., *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, I, II, III, in: "Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado", 2^a ed., Madrid 1982, pp. 439, 467, 511 ss.

GORDELEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford: Clarendon Press 1991, reimp. 1992

GOY, Joseph, *Code Civil*, in: FURET/OZOUF (eds.), "Dictionnaire Critique de la Révolution Française", vol. "Institutions et Créations", Flammarion 1992, pp. 133 ss.

GUASTINI, Ricardo, *Il diritto come linguaggio, il linguaggio del diritto*, in: R. GUASTINI (ed.), "Problemi di teoria del Diritto", Bolonha 1980, pp. 1 ss.

GÜNTHER, Klaus, *Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation*, in: 20 "Rechtstheorie" (1989), pp. 163 ss.

— *The Pragmatic and Functional Indeterminacy of Law*, in: JOERGES/TRUBEK (eds.), "Critical Legal Thought: An American-German Debate", Baden-Baden 1989, pp. 435 ss.

GURVITCH, Georges, *L' idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIIIe siècle jusqu' à la fin du XIXe siècle*, Paris 1931

HÄBERLE, Peter, *Allgemeine Staatslehre, demokratische Verfassungslehre oder Staatsrechtslehre?*, in: 98 "Archiv des öffentlichen Rechts" (1973), pp. 119 ss.

— *Verfassungsrecht ohne Naturrecht*, in: 99 "Archiv des öffentlichen Rechts" (1974), pp. 437 ss.

— *Zeit und Verfassung. Prolegomena zu einem "zeitgerechten" Verfassungsverständnis*, in: DREIER/SCHWEGMANN (eds.), "Probleme der Verfassungsinterpretation", Baden-Baden 1976, pp. 293 ss.

— *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozeßualen" Verfassungsinterpretation*, in: 10 "Juristenzeitung" (1975), pp. 297 ss., reproduzido em P. HÄBERLE, "Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft", Königstein/Taunus: Athenäum 1980, pp. 79 ss.

— *Menschenbild im Verfassungsstaat*, Berlin 1988

HABERMAS, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (trad. franc. "L' Espace Public. L' Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise"), Paris 1978

— *Legitimationsprobleme in Spätkapitalismus* (trad. franc. "Raison et Légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé"), Paris 1978

— *Theorie des kommunikativen Handelns*, Francoforte sobre o Meno 1981, 2 vols.

— *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Francoforte sobre o Meno 1992

— *Per la Critica del Liberalismo Politico di John Rawls*, in: "Micromega" (1996), pp. 26 ss.

HART, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: 71 "Harvard Law Review" (1958), pp. 593 ss.

— *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*, in: H. KIEFER e M. MUNITZ (eds.), "Ethics and Social Justice", Nova Iorque: State University Press 1970, pp. 171 ss.

— *The Concept of Law*, 11^a ed., Oxford: Clarendon Press 1981

— *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, reed., Oxford: Clarendon Press 1988

HASSEMER, Winfried, *Sistema jurídico e codificación: la vinculación del juez a la ley*, in: KAUFMANN/HASSEMER (eds.), "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart" (trad. cast. "El pensamiento jurídico contemporáneo"), Madrid 1992, pp. 119 ss.

— e KAUFMANN, Arthur, (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (trad. cast. "El pensamiento jurídico contemporáneo"), Madrid 1992

HECK, Philipp, *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*, trad. port., Coimbra 1947

HEGEL, Georg W. F., *Über die wissenschaftliche Behandlungsarten des Naturrechts* (trad. franc. "Le droit naturel"), Paris: Gallimard 1972

— *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (trad. port. "Princípios de Filosofia do Direito"), Lisboa 1976

HESPANHA, António M., *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, ed. Europa-América 1997

HOBBS, Thomas, *Leviathan*, Londres: Dent-Dutton 1976

HÖFFE, Otfried, *Politische Gerechtigkeit* (trad. franc. "La Justice Politique. Fondement d' une philosophie critique du Droit et de l' État"), Paris 1991

— *Vernunft und Recht. Bausteine zu einen interkulturellen Rechtsdiskurs*, Francoforte sobre o Meno 1996

HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law* (1881), Nova Iorque, reimp. 1991

— *The Path of the Law*, in: "Collected Legal Papers", Nova Iorque 1920

HORWITZ, Morton J., *The Emergence of an Instrumental Conception of American Law*, in: M. J. HORWITZ, "The Transformation of American Law 1760-1860", Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1977, pp. 1 ss.

HUTCHINSON, Allan C. (ed.), *Critical Legal Studies*, New Jersey 1989

JOERGES, Christian, e TRUBEK, David M. (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989

KAUFMANN, Arthur, (ed.), *Die ontologischer Begründung des Rechts*, Bad Homburg 1965

— *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus. Vortrag 22. April 1964*, Karlsruhe 1965

— *Preliminary Remarks on a Legal Logic and Ontology of Relations. Foundations of a Legal Theory Based on the Concept of a Person*, in: P. NERHOT (ed.), "Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence", Dordrecht, Boston, Londres 1990, pp. 104 ss.

— *Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho*, in: KAUFMANN/HASSEMER (eds.), "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart" (trad. cast. "El pensamiento jurídico contemporáneo"), Madrid 1992, pp. 47 ss.

— e HASSEMER, W. (eds.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (trad. cast. "El pensamiento jurídico contemporáneo"), Madrid 1992

KENNEDY, Duncan, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1997

KELSEN, Hans, *Über Grenzen zwischen juristischer und sozialer Methode*, in: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (eds.), "Die Wiener rechtstheoretische Schule", I, Viena 1968, pp. 3 ss.

— *Der Begriff der Rechtsordnung*, in: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (eds.), "Die Wiener rechtstheoretische Schule", II, Viena 1968, pp. 139 ss.

— *Recht und Logik*, in: KLECATSKY/MARCIC/SCHAMBECK (eds.), "Die wiener rechtstheoretische Schule", II, Viena 1968, pp. 1469 ss.

— *Reine Rechtslehre* (trad. port. de J. Baptista Machado, "Teoria Pura do Direito"), 4^a ed., Coimbra 1976

— *Allgemeine Staatslehre* (trad. cast. "Teoria General del Estado"), México 1979

— *Allgemeine Theorie der Normen* (trad. ing. "General Theory of Norms"), Oxford: Clarendon Press 1991

KERCHOVE, Michel van (ed.), *L' Interpretation en Droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles 1978

— e OST, François, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interpretation en droit*, Bruxelles 1989

— e OST, François, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Bruxelles 1992

KLECATSKY, H., MARCIC, R., e SCHAMBECK, H. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von H. Kelsen, A. Merkl, A. Verdross*, Viena 1968, 4 vols.

KLUG, Ulrich, *Problemas de la Filosofia y de la Pragmatica del Derecho*, trad. cast., México 1992

KOCH, Hans-Joachim (ed.), *Seminar: Die juristischen Methode im Staatsrecht. Über Grenzen von Verfassungs- und Gesetzbindung*, Francoforte sobre o Meno 1977

— *Über juristische-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht*, in: H.-J. KOCH (ed.), "Seminar: Die juristischen Methode im Staatsrecht", Francoforte sobre o Meno 1977, pp. 13 ss.

— *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht*, Francoforte sobre o Meno 1979

— e RÜSSMANN, H., *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Munique 1982

KRAWIETZ, W., *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts. Eine säkularisierte politische Theologie ?*, in: 5 "Rechtstheorie" (1984), pp. 257 ss.

KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2^a ed., Berlim 1976

— *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 2^a ed., Colónia, Opladen 1981

— *Il precedente nell' ambito giuridico europeo-continental e angloamericano*, in: "La Sentenza in Europa", Actas do Colóquio de Ferrara, Pádua 1988, p. 515 ss.

LADEUR, Karl-Heinz, *Perspectives on a Post-Moderne Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann "The Unity of the Legal System"*, in: G. TEUBNER (ed.), "Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society", Berlin, Nova Iorque 1988, pp. 242 ss.

LAMEGO, José, *Hermenêutica e Jurisprudência*, Lisboa, Viseu 1990

LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (trad. port. "Metodologia da Ciência do Direito"), F.C.G., Lisboa 1978

LEGENDRE, Pierre, *Sur la question dogmatique en Occident. Aspects théoriques*, Paris: Fayard 1999

LENAERSTS, Koenraad, *Le Juge et la Constitution aux États Unis d'Amérique et dans l'Ordre Juridique Européen*, Bruxelles 1988

LESS, Günther, *Vom Wesen und Wert des Richterrechts. Eine rechtsanalytische und kritische Studie*, Erlangen 1954

LEVI, Edward H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago: University of Chicago Press 1948

LLEWELLYN, Karl, *Some Realism about Realism*, in: D. LLOYD, "Introduction to Jurisprudence", Nova Iorque 1959, pp. 218 ss.

LLOYD, Dennis, *Introduction to Jurisprudence*, Nova Iorque 1959

LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, 2^a ed., Cambridge University Press 1970

LUHMANN, Niklas, *Funktionen der Rechtsprechung im politischen System*, in: N. LUHMANN, "Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung", Colônia, Opladen 1971, pp. 47 ss.

— *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (trad. it. "Sistema giuridico e dogmatica giuridica"), Bolonha 1978

— *Legitimation durch Verfahren* (trad. bras. "Legitimidade pelo procedimento"), Brasília 1980

— *The Unity of Legal System*, in: G. TEUBNER (ed.), "Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society", Berlin, Nova Iorque 1988, pp. 12 ss.

— *The Self-reproduction of Law and its Limits*, in: G. TEUBNER (ed.), "Dilemmas of Law in the Welfare State", Nova Iorque, Berlin. European University Institute 1988, pp. 111 ss.

— *Closure and Openess*, in: G. TEUBNER (ed.), "Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society", Berlin, Nova Iorque 1988, pp. 335 ss.

— *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (trad. it. "La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto"), Bolonha 1990

— *Das Recht der Gesellschaft*, Francoforte sobre o Meno 1995

— *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Francoforte sobre o Meno 1997, 2 vols.

LYOTARD, Jean-François, *La Condition postmoderne: Rapport sur le savoir* (trad. ing. "The Postmodern Condition: A Report on Knowledge"), 8ª ed., Minneapolis: University of Minneapolis Press 1991

MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press 1978

— *Reconstruction after Deconstruction. A Response to CLS*, in: 10 "Oxford Journal of Legal Studies" (1990), pp. 539 ss.

— e WEINBERGER, Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Bruxelles 1992

MACHADO, João Baptista, *Prefácio à obra de K. ENGISCH, Einführung in das juristische Denken* (trad. port. "Introdução ao pensamento jurídico"), 3ª ed, F.C.G., Lisboa 1972, pp. vii ss.

— *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra 1983

MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue. A Study in Moral Theory*, 2ª ed., Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press 1984

MAIHOFER, Werner, *Naturrecht der Rechtspositivismus*, Darmstadt 1962

— *Die Natur der Sache*, in: A. KAUFMANN (ed.), "Die ontologischer Begründung des Rechts", Bad Homburg 1965, pp. 52 ss.

MANNHEIM, Karl, *Ideology and Utopia. An Introduction to the Sociology of Knowledge* (trad. cast. "Ideologia y Utopia. Introducción a la Sociología del Conocimiento"), Madrid 1973

MATTEUCI, Nicola, *Lo Stato Moderno. Lessico e percorsi*, Bolonha 1993

MATURANA, H. R., e VARELA, F. J., *Autopoiesis and Cognition. The Realization of the Living*, Dordrecht, Boston, Londres 1980

MAUS, Ingeborg, *Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts*, in: 20 "Rechtstheorie" (1989), pp. 191 ss.

McDOUGAL, M. S., e LASSWELL, H. D., *Trends in Theories about Law: Comprehensiveness in Conceptions of Constitutive Process*, in: 41 "George Washington Law Review", 1 (1972), pp. 1 ss.

— e REISMAN, W. M., *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*, in: 19 "Journal of Legal Education", 3 (1967), pp. 253, 403 ss.

MERKL, Adolf J., *Zum Interpretationsproblem*, in: 42 "Zeitschrift für das Privatsrecht und öffentliche Recht der Gegenwart" (1916), pp. 535 ss.

— *Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff. Eine rechtstheoretische Untersuchung*, in: WIESER/SPANN/KELSEN (eds.), "Wiener Staatswissenschaftliche Studien", vol. 15, cad. 2, Leipzig, Viena 1923, VIII, pp. 302 ss.

— *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in: "Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50. Geburtstag", Viena 1931, pp. 252 ss.

MICHELMAN, Frank I., *Justification and the Justiciability of Law in a Contradictory World*, in: PENNOCK/CHAPMAN (eds.), "Justification", Nova Iorque: New York University Press 1986 (Nomos 28), pp. 71 ss.

— *The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government*, in: 100 "Harvard Law Review" (1986), pp. 4 ss.

— *Law's Republic*, in: 97 "Yale Law Journal" (1988), pp. 1499 ss.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, I ("Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais"), 6ª ed., Coimbra 1997, II ("Constituição e Inconstitucionalidade"), 3ª ed., Coimbra 1991, III ("Estrutura Constitucional do Estado"), 2ª ed., Coimbra 1987, IV ("Direitos Fundamentais"), 2ª ed., Coimbra 1993, e V ("Actividade Constitucional do Estado"), Coimbra 1997

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondad, *De l'esprit des lois*, Paris: Gallimard 1970

MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, C.E.P.C., Madrid 1997

MÜLLER, Friedrich, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlim 1966

— *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlim 1976

— *Strukturierende Rechtslehre*, Berlim 1984

— *Richterrecht. Elemente einer Verfassungstheorie*, IV, Berlim 1986

NERHOT, Patrick (ed.), *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*, Dordrecht, Boston, Londres 1990

NEUMANN, Franz L., *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Jurisprudence* (trad. bras. "O Estado democrático e o Estado autoritário"), Rio de Janeiro 1969

— *Die Herrschaft des Gesetzes*, Francoforte sobre o Meno 1980

NEVES, António Castanheira, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, polic., Coimbra 1968-1969

— *Sumários de Introdução ao Estudo do Direito*, polic., Coimbra 1978

— *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido*, in: "Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro", II, Coimbra 1979, pp. 72 ss.

— *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra 1993

— *Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito*, in: "Revista de Legislação e Jurisprudência", n.ºs. 3883, 3884 (1998), pp. 290 ss., 322 ss. (a concluir nos próximos números)

NONET, Philippe, e SELZNICK, Philip, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, Nova Iorque 1978

OERSTZEN, Peter v., *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenssoziologisch Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatswissenschaft*, Francoforte sobre o Meno 1974

OGOREK, Regina, *Inconsistencies in the 19th Century Legal Theory*, in: JOERGES/TRUBEK (eds.), "Critical Legal Thought: An American-German Debate", Baden-Baden 1989, pp. 13 ss.

ORRÙ, Giovanni, *Richterrecht. Il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*, Milão 1985

OST, François, *Entre ordre et désordre: le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoïétique appliqué au droit*, in: 31 "Archives de Philosophie du Droit" (1986), parcialmente reproduzido em PIERRE BOURETZ (org.), "La Force du Droit. Panorama des débats contemporains", Paris 1991, pp. 139 ss.

— *Jupiter, Hercule, Hèrmes: trois modèles du juge*, in: PIERRE BOURETZ (org.), "La Force du Droit. Panorama des débats contemporains", Paris 1991, pp. 241 ss.

— e KERCHOVE, Michel van, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Bruxelas 1992

PAUST, Jordan, *The Concept of Norm: Toward a Better Understanding of Content, Authority and Constitutional Choice*, in: 53 "Temple Law Quarterly" (1980), pp. 226 ss.

PEKELIS, Alexander H., *The Case for a Jurisprudence of Welfare*, in: M. R. KOHNITZ (ed.), "Law and Social Action. Selected Essays of Alexander H.

Pekelis", Ithaca: Cornell University Press 1950, reimp. Nova Iorque: Da Capo Press 1970, pp. 1 ss.

PERELMAN, Chaïm, *Le probleme des lacunes en Droit*, Bruxelles 1968
 — (ed.), *La Règle du Droit*, Bruxelles 1971
 — *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique* (trad. cast. "La lógica jurídica y la nueva retórica"), Madrid 1979
 — (ed.), *Justice, Law, and Legal Reasoning*, Dordrecht, Boston, Londres 1980
 — *Le juriste et le droit naturel. Essai de définition d'un droit naturel positif*, in: Ch. PERELMAN, "La pensée juridique de Paul Foriers", I, Bruxelles 1982, pp. 411 ss.
 — *L' Empire Rhétorique* (trad. port. "O Império do Retórico. Retórica e argumentação"), Porto 1993
 — *Éthique et Droit* (trad. bras. "Ética e Direito"), São Paulo 1996
 — e OLBRECHTS-TYTECA, L., *Traité de l' Argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris 1958
 — e FORIERS, P. (eds.), *La Motivation des Décisions de Justice*, Bruxelles 1978

PERRY, Michael J., *Morality, Politics, and Law*, Nova Iorque: Oxford University Press 1988
 — *The Constitution in the Courts. Law or Politics?*, Nova Iorque: Oxford University Press 1994

POCOCK, J. G. A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton: Princeton University Press 1975

POPPER, Karl, *The Open Society and Its Enemies*, 5^a ed., Londres 1980, reimp., 2 vols.

POSNER, Richard A., *Overcoming Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1997

POUND, Roscoe, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, in: 24 "Harvard Law Review" (1911), pp. 591 ss.; 25 "Harvard Law Review" (1911), pp. 140 ss.; 25 "Harvard Law Review" (1911), pp. 489 ss.

— *The Call for a Realist Jurisprudence*, in: 44 "Harvard Law Review" (1931), pp. 697 ss.

— *A Survey of Social Interests*, in: 57 "Harvard Law Review" (1943), pp. 1 ss.

— *Jurisprudence*, II, e III, St. Paul, Minn.: Publishing Co. 1959

— *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale University Press 1982, reimp.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ideología y Interpretación Jurídica*, Madrid 1987

QUEIROZ, Cristina M. M., *Os Actos Políticos no Estado de Direito. O problema do controle jurídico do poder*, Coimbra 1990

— *O contrapeso de interesses no caso concreto, a praxis judicial e a jurisprudência dos tribunais*, in: "Boletim da Associação dos Advogados Portugueses", I, 2 (1991), pp. 25 ss.

— *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*, polic., Lisboa 1997

RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie* (trad. port. "Filosofia do Direito"), 5ª ed., Coimbra 1974

RAWLS, John, *A Theory of Justice* (trad. cast. "Teoría de la Justicia"), México, Madrid 1979

— *Political Liberalism*, Nova Iorque: Columbia University Press 1993

— *Risposta a Jürgen Habermas*, in: "Micromega" (1996), pp. 51 ss.

RAZ, Joseph, *The Concept of Legal System*, Nova Iorque: Oxford University Press 1970

— *Legal Principles and the Limits of Law*, in: 81 "Yale Law Journal" (1972), pp. 823 ss.

— *Practical Reason and Norms*, Princeton: Princeton University Press 1990

— (ed.) *Authority*, Nova Iorque: New York University Press 1990

RICOEUR, Paul, *Interpretation Theory. Discourse and the Surplus of Meaning* (trad. port. "Teoria da Interpretação. O discurso e o excesso de significado"), Lisboa 1987

— *Le Juste*, Paris 1995

RIPERT, Georges, *Le Déclin du Droit*, Paris: L.G.D.J. 1949, reed.

ROSS, Alf, *On Law and Justice* (trad. it. "Diritto e Giustizia"), Turim 1965, reed. 1990

ROTTLEUTNER, Hubert, *Legal Positivism and National Socialism: A Contribution to a Theory of Legal Development*, in: JOERGES/TRUBEK (eds.), "Critical Legal Thought: An American-German Debate", Baden-Baden 1989, pp. 85 ss.

ROUSSEAU, J. J., *Du Contrat Social. Des principes du droit politique*, Paris 1972

RUMBLE, W., *American Legal Realism*, Ithaca: Cornell University Press 1968

SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milão 1947

— *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, in: "Scritti Minori", I, Milão 1950, pp. 201 ss.

— *Osservazioni sulle completezza dell' ordinamento statale*, Modena 1950

SCARPELLI, Uberto, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milão 1955

— (ed.), *Diritto e Analise del Linguaggio*, Milão 1976

— *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milão 1985

SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press 1991

SCHNEIDER, Jochen, e SCHROTH, Ulrich, *Perspectivas en la aplicación de las normas jurídicas: determinación, argumentación e decisión*, in:

KAUFMANN/HASSEMER (eds.), "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart" (trad. cast. "El pensamiento jurídico contemporáneo"), Madrid 1992, pp. 391 ss.

SIMPÓSIO: *Interpretation*, in: 58 "Southern California Law Review" (1985), pp. 1 ss.

SKINNER, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought. The Renaissance* (trad. cast. "Los Fundamentos del Pensamiento Político Moderno. El Renacimiento"), I, México 1985

— (ed.), *The Return of Grand Theory in Human Sciences*, Cambridge University Press 1985, reimp. 1994

SOARES, Rogério E., *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, Coimbra 1955

— *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra 1969

STOURZH, Gerald, *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionen*, Viena, Colónia 1989

STRAUSS, Leo, *Natural Right and History* (trad. franc. "Droit Naturel et Histoire"), Paris: Flammarion 1986

— e CROPSEY, Joseph, *History of Political Philosophy*, 3^a ed., Chicago: Chicago university Press 1987

SUMMERS, R. S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca: Cornell University Press 1982

SUNSTEIN, Cass R., *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1990

— *The Enduring Legacy of Republicanism*, in: ELKIN/SOLTAN (eds.), "A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society", Chicago: University of Chicago Press 1993, pp. 174 ss.

TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, I ("Assolutismo e codificazione del diritto"), Bolonha 1976

— *L' interpretazione della legge*, in: CASTIGNONE/GUASTINI/TARELLO (eds.), "Introduzione Teorica allo Studio del Diritto. Lezioni", Génova 1979, pp. 394 ss.

— *L' interpretazione. Premesse alla teoria dell' interpretazione giuridica*, in: U. SCARPELLI e U. TOMEO (eds.), "Società, Norme e Valori. Studi in onore di Renato Treves", Milão 1980, pp. 139 ss.

— *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bolonha 1988

TELES, Miguel Galvão, *A revolução portuguesa e a teoria das fontes de direito*, in: MÁRIO BAPTISTA COELHO (coord.), "Portugal. O sistema político e constitucional 1974-1987", Instituto de Ciências Sociais, Lisboa 1989, pp. 561 ss.

TEUBNER, Gunther, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in: 17 "Law & Society Review", 2 (1983), pp. 239 ss.

— *Napoleonsverlorener Code*, in: "Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag", Francoforte sobre o Meno 1988, pp. 587 ss.

— (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Nova Iorque, Berlim: European University Institute 1988

— (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlim, Nova Iorque 1988

— *Recht als Autopoietische System* (trad. franc. "Le droit, un système autopoïétique"), Paris 1993

TREVES, Renato, *Introduzione alla Sociologia del Diritto* (trad. cast. "Introducción a la Sociología del derecho"), Madrid 1978

TROPER, Michel, *Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen*, in: PIERRE BOURETZ (ed.), "La Force du Droit. Panorama des débats contemporains", Paris 1991, pp. 117 ss.

— *Pour une théorie juridique de l' État*, Paris 1994

JOERGES/TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden 1989

VERNENGO, R. J., *La interpretación jurídica*, México 1979

VIEWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz* (trad. cast. "Tópica y Jurisprudencia"), Madrid 1964

VILLAR PALASÍ, J. L., *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid 1975

VILLEY, Michel, "*Contrat—Obligation—Société*". *Du langage juridique romain au langage juridique moderne*, in: R. SCHNUR (ed.), "Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staates", Berlin 1986, pp. 51 ss.

— *Le Droit et les Droits de l'Homme*, Paris: PUF, 2^a ed. 1990

WALZER, Michael, *Spheres of Justice*, Nova Iorque 1983

— *Interpretation and Social Criticism*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1987

WASSERSTROM, Richard A., *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford: Stanford University Press 1961

WELZEL, H., *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4^a ed., Göttingen 1962

WHITE, Morton G., *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, Nova Iorque: The Viking Press 1949

WIEACKER, Franz, *Gesetz und Richterkunst*, Karlsruhe 1958

— *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (trad. port. "História do Direito Privado Moderno"), F.C.G., Lisboa 1980

— *Formalismus und Naturalismus in der neueren Rechtswissenschaft*, in: DIETER SIMON (ed.), "Franz Wieacker. Ausgewählte Schriften", II ("Theorie des Rechts und Rechtsgewinnung"), Francoforte sobre o Meno 1983, pp. 139 ss.

— *Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion*, in: DIETER SIMON (ed.), "Franz Wieacker. Ausgewählte Schriften", II ("Theorie des Rechts und Rechtsgewinnung"), Francoforte sobre o Meno 1983, pp. 1 ss.

WIETHÖLTER, Rudolf, *Rechtswissenschaft* (trad. cast. "Las Formulas Mágicas de la Ciencia Jurídica"), Madrid 1991

WILHELM, Walter, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Francoforte sobre o Meno 1958

WROBLEWSKY, Jerzy, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in: 5 "Rechtstheorie" (1974), pp. 39 ss.

— *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, trad. cast., Madrid 1985

— *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Boston, Londres 1992

ZACCARIA, Giuseppe, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milão 1984

— *L'Arte dell' Interpretazione. Saggi sull' Hermeneutica Giuridica Contemporanea*, Pádua 1990

ZIPELLIUS, Reinold, *Allgemeine Staatslehre* (trad. port. "Teoria Geral do Estado"), 2^a ed., F. C. G., Lisboa 1984

PARTE I

A NOÇÃO DE DIREITO

§1. Definir o direito

1.1. *Quid ius?, quid iuris?*

Definir o direito, a ordem jurídica, não é tarefa fácil. A noção mostra-se difícil. O horizonte diverge consoante os países e as nacionalidades. As concepções filosóficas que lhe subjazem divergem também. As questões que levanta e conleva não são de resposta fácil. Trata-se de determinar a natureza do direito? De enunciar um critério de jurisdição? Devemos remeter-nos unicamente a dilucidar o (ou os) significado(s) do termo direito? Ou, pelo contrário, devemos concentrarmo-nos, principalmente, sobre o estatuto de uma (ou várias) definição(ões) do direito?

O direito inspirou numerosas obras da literatura universal. SÓFOCLES em "Antígona", Lewis CARROL em "Alice no País das Maravilhas", RABELAIS, Ruyard KIPLING em "O Livro da Selva", e tantos outros. Inspirou, de igual modo, os chamados "grandes legisladores": HAMOURABI (XVIII a.C.), MOISÉS (XII a.C.), JUSTINIANO (527-565) ou PORTALIS (1766-1807). Gerou grandes jurisconsultos: POMPONIUS (séc. II), PAPIANO (212) e ULPIANO (228), no período romano; GRACIANO (séc. XII), ACÚRCIO (1185-1263), BÁRTOLO (1314-1357), DOMAT (1625-1696), SAVIGNY (1779-1861), IHERING (1818-1892), etc.

Vários episódios na história da humanidade marcaram a memória dos homens: um exemplo, o julgamento de SALOMÃO (*Primeiro Livro do Reis*: 3, 16-28). Tocou o sublime e teve os seus heróis: um exemplo, Thomas MORE, jurista e homem político, chanceler de Henrique VIII de Inglaterra, condenado à morte e decapitado por desobedecer ao seu Rei, descrito magistralmente pelo realizador Fred ZINNEMAN em "Um homem para a eternidade".

E apesar disso, divergimos quanto à noção de "direito". Porquê?

Antes de mais, porque se trata de ver o direito na sua essência, isto é, a nu. Por outras palavras, a essência do jurídico ou aquilo que ele é. Essa tarefa, bem vistas as coisas, não incumbe ao jurista, mas ao filósofo. Espera-se, em primeiro lugar, que este declare em que consiste o direito, o que é ou não direito; em segundo lugar, que nos diga somente, partindo da experiência dos juristas, o que é o direito.

Esta, como facilmente se intuirá, apresenta-se como uma diferença essencial. KANT propõe-se assim distinguir entre duas questões: a do *quid ius?* (o conteúdo do direito) e a do *quid iuris?* (o que o direito prescreve).

Apesar disso, a experiência posterior encarregou-se de demonstrar que as questões do "quid ius?" e do "quid iuris?", em determinadas circunstâncias e casos, não podem ser totalmente separadas.

1.2. Etimologia

O termo direito provém do baixo latim *directum*. Deu lugar ainda ao termo *Recht* em alemão, a *diritto* em italiano ou *direito* em português. No seu sentido originário, significa o contrário do que é tortuoso. Significa então o que se encontra em linha recta.

Com efeito, *directum* constitui o particípio passado do verbo *dirigere* que pode ser traduzido por "alinhar", "dirigir" (dar uma direcção determinada), "dispor", "ordenar" ou "regular".

Mas *directum* foi também utilizado, preferentemente, como adjectivo substantivado. Significa então "aquilo que possui em si a qualidade de ser direito", uma característica que atribuímos espontaneamente à regra, isto é, o instrumento que permite traçar linhas direitas. Deste modo, o direito aparece como a *regra* ou a *medida das coisas*.

A *priori* todas as coisas relevam na medida em que são reguladas, isto é, na medida em que obedecem a critérios que levam a que sejam conduzidas em linha recta ou *normalmente* (quer dizer, por referência a uma norma ou regra, do grego: *nomos*).

O mesmo poderá dizer-se do *cosmos*: a "totalidade ordenada". *Cosmos*, recebe a tradução latina de *universo*, "o que tende para a unidade" ("universus"). Ora, só as coisas bem ordenadas formam uma unidade.

Mas existem também coisas que aparentemente não são direitas. Os astrofísicos designam-as por *caos*. Mas também aqui haverá que fazer concessões. O progresso científico permite afirmar hoje que mesmo esse pretendido "caos" obedece também ele a regras.

§2. A alteridade

2.1. "Ubi societas, ibi ius"

As definições de "direito" ou de "justiça" (durante largo tempo as duas noções apresentam-se como intercambiáveis) compreendem, ambas, uma referência mais ou menos explícita à *alteridade*, isto é, ao outro concebido como distinto ou diferente. Esta noção de justiça em *sentido objectivo* indica a situação na qual *todos* e *cada um* dos membros do corpo social possuem aquilo a que se convencionou chamar de "direito". Esta noção de justiça pressupõe que cada um, cada pessoa singular, seja dona ou titular do que lhe pertence, isto é, do que é seu.

A alteridade aparece ainda de modo mais claro na definição de justiça em *sentido subjectivo*, isto é, como *virtude*. É justo o homem que atribui a outrem o que lhe é devido: "suum cuique tribuens". Ao aprofundar o sentido desta virtude, S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*, IIa-II ae, q. 58, art. 2) esclarece: "a justiça propriamente dita requer diversidade de sujeitos, pelo que não haverá justiça de um homem para o outro.

Quer dizer, onde existe sociedade, isto é, uma pluralidade de seres distintos e organizados, existe direito — "ubi societas, ibi ius", um adágio que atravessou séculos sem contestação de maior.

Nesta definição, porém, permanece uma questão por resolver. Por "pessoas" deverá entender-se, em sentido jurídico, pessoas singulares e pessoas colectivas. Estas últimas não são pessoas físicas. Contudo, possuem uma *identidade* e, por isso, *autonomia*, nem que seja por efeito de uma ficção. São *pessoas jurídicas*.

A alteridade exige, pois, distinção de seres. Essas pessoas jurídicas desempenham um papel importante na sociedade. Trata-se, genericamente, de

grupos de pessoas físicas (sociedades, associações, sindicatos, partidos políticos, etc.) ou mesmo *bens* (fundações) a que o direito atribui "personalidade jurídica" em razão da sua relevância no contexto societário.

2.2. O homem relacional

Nenhuma sociedade existe sem alteridade. Do mesmo modo, o direito e a justiça não existem na ausência de relações entre os homens. O grande sociólogo alemão Ferdinand TONNIES distinguia, a propósito, entre *comunidade* ("Gemeinschaft") e *sociedade* ("Gesellschaft"). Os romanos, na Antiguidade, distinguiram o *domus* ("casa" em latim) da *polis* (a "cidade" em grego). Na mesma linha de orientação, Karl POPPER e Friedrich-August HAYEK opõem as sociedades *fechadas* (ou tribais) às sociedades *abertas*.

O tipo próprio do *domus* é a família, caracterizada por uma fraca alteridade. A *polis*, pelo contrário, designa a cidade ou sociedade em sentido global. Numa palavra, o que nós designamos hoje por *Estado*. Os cidadãos, que são o seus membros, são, antes de mais, homens livres.

ARISTÓTELES ensinava já em *A Política* que "o Estado não é mais do que uma comunidade de homens livres". A *liberdade*, porém, deverá aqui ser entendida no sentido de *autonomia*, isto é, a capacidade de se dar a si próprio a sua regra de conduta. Esta supõe, para poder ser exercida correctamente, uma certa maturidade de espírito. Por isso só podem legitimamente reivindicar para si uma plena autonomia os homens virtuosos. A pessoa autónoma será, enfim, aquela que é tratada em plano de igualdade com os seus semelhantes. A alteridade implica, assim, *igualdade*.

Este conceito de "igualdade", todavia, não preclui o domínio de um homem sobre outro. A Cidade necessita de um governo, isto é, de pessoas *responsáveis*. Mas esses chefes são unicamente aqueles que hajam sido designados como tais pelos seus iguais em virtude de uma regra abstracta ou *constituição*, seja esta de natureza costumeira ou simplesmente legal. Deste modo, o chefe da Cidade é simplesmente o primeiro entre iguais: "primus inter pares".

A essência da sociabilidade implica, por fim, *complementaridade*. A Cidade terá forçosamente de encontrar um ponto de equilíbrio entre "governantes" e "governados".

2.3. A ideia de equilíbrio

Esta ideia de medida entre duas ou mais pessoas (mais uma vez a ideia de alteridade) encontra-se igualmente — e de forma ainda mais nítida — no coração da antiga denominação romana do direito como sendo "o justo": *ius* ou *iustum*, outro adjectivo substantivado. Mais uma vez, trata-se aqui de um "nem mais, nem menos", isto é, da exacta medida dos nossos "ajustamentos" com os nossos semelhantes. Se quisermos, numa outra terminologia, indica o ponto de equilíbrio no qual as nossas relações interpessoais devem ser tidas por justas.

O termo *meio* vem do latim *medium*, que deu lugar também nas línguas latinas a *media*. De facto, o direito pode ser encarado como um *medium*, isto é, um intermediário entre seres, podendo-os separar ou unir ao mesmo tempo, e também como *media*, isto é, como meio de informação sobre os comportamentos que normalmente adoptarão os outros membros do corpo social.

Medium possui ainda por raiz *med* que, segundo Emile BENVÉNISTE, no seu livro "Vocabulário das Instituições Indo-Europeias" (vol. II, pp. 129 ss.), tem o sentido de medida, e se assemelha a termos como o latim *ius* e o grego *dikè*. *Ius*, significava, na origem, a fórmula pronunciada pelo *iudex* (o juiz) ao fixar a norma, o modelo ou medida (ibid., pp. 111 ss.). O mesmo ocorre com *dikè* que, ainda segundo BENVÉNISTE (ibid., pp., 107 ss.), impõe "a representação de um direito formular, que determina para cada situação particular o que deve ser".

Dikè possui em grego um parente próximo: *thémis*. Mas enquanto este último termo designa a justiça que regula as relações entre famílias, o primeiro, diferentemente, indica a justiça que se exerce no interior do grupo familiar sob a direcção do chefe da família (ibid., pp. 99 ss.). Quer dizer, assiste-se desde a nascença do conceito de direito nas línguas indo-europeias à emergência de uma dupla noção: uma que se aplica no seio da *polis*, nas relações em que a alteridade predomina; uma outra que joga no seio do *domus*, nas relações em que a unidade predomina.

Progressivamente, o aspecto de alteridade parece tomar a precedência ao ponto de podermos afirmar que o termo "direito" não designa mais hoje senão o *ponto de equilíbrio* ou a *medida* entre duas ou mais pessoas numa relação de alteridade.

Acresce ainda que a raiz *med* deu lugar em português a "meio-dia" ou mesmo "meia-noite", isto é, o meio do dia ou o meio da noite, o momento em que o dia ou a noite atingem o seu ponto de equilíbrio. É esta a hora da justiça. "Midi le juste", dizia Paul VALÉRY no seu "Le Cimetière Marin". É também em pleno meio-dia ("high noon"), que à maneira das tragédias gregas, se desenrolava o drama do xerife incarnado por Gary COOPER em "O comboio apitou três vezes" de Fred ZINNEMAN. De modo mais humilde, e segundo a tradição, é também à meia-noite que nasce o Menino-Jesus na gruta de Belém, aquele que segundo as suas próprias palavras "não veio trazer a paz, mas a espada" (*Mateus*, 10, 34). A espada, símbolo da justiça, que separa e decide.

2.4. Os direitos

O direito desenha entre as pessoas uma linha ideal de demarcação que tem por objecto determinar de modo tão exacto quanto possível o que é de cada um, o que pertence a cada um. Esta fronteira ou margem abstracta entre as pessoas apresenta-se como uma realidade com que nos deparamos todos os dias.

Veja-se, a título meramente exemplificativo, a ideia de demarcação, por vezes baptizada como "o muro" da vida privada. O *right of privacy*, não foi por acaso, teve origem num povo tão individualista como os norte-americanos. Tonalidades dramáticas atinge no filme de Orson WELLES, "Cidadão Kane", que começa justamente com uma imagem de um gradeamento e de um cartaz no qual pode ler-se "no trespassing". Mas, perguntar-se-á: proibição de entrar onde ou em quê? No fundo, na vida privada feita de sonhos estranhos e de desilusões — de focalização em si próprio — de um homem cuja carreira pública foi brilhante, mas cuja vida sentimental redundou num doloroso fracasso.

Respeitar a fronteira entre as pessoas é obra da justiça. Ultrapassá-la, pelo contrário, é agir injustamente. O ponto de equilíbrio — o que antigamente se designava por "igualdade" — entre dois ou mais indivíduos e os respectivos bens pode ser rompido ou por excesso ou por defeito. Torna-se então necessário restabelecer esse equilíbrio, compensando a perda de um pelo excesso do outro.

Aquilo que anteriormente se designava pelos "direitos" (*iura*) de uns e dos outros, denomina-se hoje de "direitos *subjectivos*". Estes, todavia, só adquirem consistência em virtude de uma justa repartição prévia dos bens dos outros membros do corpo social. É somente na medida em que esses bens resultem

correctamente partilhados ou transmitidos que aquele ou aqueles que os recebem podem ser ditos autenticamente "titulares".

A medida precede e funda o título, dizem os juristas, e não o inverso. Se, por exemplo, Primus adquire um imóvel a Secundus, essa aquisição não lhe confere o título de proprietário do imóvel de Secundus. Essa aquisição só lhe confere o título de proprietário do imóvel de Secundus na medida em que Primus haja pago o justo prazo ou, pelo menos, o preço convencionado — medurado — com Secundus.

E segundo uma repartição tornada clássica, existem basicamente duas espécies de títulos: os títulos *sobre* e os títulos *a*. Os primeiros decorrem de uma medida que tem por objecto definir um direito sobre um bem (direito dito "real", de *res*: a "coisa"); os segundos provêm de uma medida que confere um direito a um bem ou serviço que se pode exigir a outra pessoa (direito dito "pessoal").

2.5. Os princípios gerais de direito

O juiz, o jurista, o legislador e, de modo mais genérico, toda a pessoa chamada a dizer o direito numa relação social determinada, buscam, incessante e permanentemente, a medida perfeita de um ajustamento interpessoal.

Princípios como os "pactos devem ser honrados" (*pacta sunt servanda*), a "dúvida aproveita o acusado" (*in dubio pro reo*), e tantos outros, perdem rapidamente a sua evidência quando aplicados a uma situação particular.

Por exemplo, o princípio de que o corpo humano é inviolável e indisponível. Esse princípio da inviolabilidade e intangibilidade do corpo humano não poderá ser afastado quando tratando-se de um cadáver se proceder à extração de um órgão para salvar uma outra vida humana? O princípio geral da publicidade dos debates judiciais não poderá, de igual modo, sofrer legitimamente um entorse ou restrição quando o objecto desses debates diga respeito a questões relativas à intimidade das pessoas?

Dos exemplos acima referenciados, pode tirar-se uma primeira conclusão: os princípios mostram-se mais "débeis" ou mais "fortes" consoante o "caso" (*casus*) ou a "causa".

A segunda observação é de ordem semântica. Tomemos o enunciado de S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa*, IIa-IIae, q. 57, art. 1, ad. 1): "É de uso que as palavras se desviem da sua acepção originária com o objectivo de significar

outras coisas. Assim o termo medicina, empregue antes para significar o remédio destinado a curar o doente, foi de seguida aplicado à arte de curar. De forma similar, o termo direito foi inicialmente utilizado para significar a coisa justa ela mesmo. Depois passou a designar a arte de discernir o justo (...) e, por fim, a sentença, fosse esta justa ou iníqua, prolatada por aquele que é chamado a fazer justiça".

De facto, é verdade que os juristas qualificam de direitos todas as regras editadas por aqueles que têm por função social dizer o direito, mesmo se essas regras não se mostrem em si justas. Em suma, tudo aquilo que por convenção, à falta de melhor, qualificamos de direito não recobre forçosamente o conceito de "direito em si".

§3. A essência do direito

3.1. A noção de constituição

Perante este quadro, onde situar o "justo em si", o justo por essência, aquilo que, nas palavras de CÍCERO (*De Officiis*, III, 17), "não possuímos um modelo sólido e positivo", apenas "uma sombra e imagens"?

No começo, era *Deus*. Só ele possuía, por essência, a qualidade de ser Direito. Do mesmo modo, só Ele *era* a beleza, a bondade, a verdade, a unidade. Daí a identidade ontológica entre *Deus* e o *Direito*. Deste modo, Deus aparece como aquele que "incarna" o direito e a justiça: medida última de todas as coisas, que pesa numa balança contra a imagem da justiça (cfr., S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa*, Ia, q. 1, art. 3). Perante este quadro, o *cosmos* aparece como uma "pluralidade ordenada" (aos olhos de Deus). Aí descobrimos o que os antigos egípcios chamavam *ma`at*, os gregos *nomos*, os indús *dharma* e os chineses *tao*: a boa ordem de todas as coisas nos céus e na terra.

O que vale para a ordem cósmica das coisas vale também para a ordem política. Cada organização possui a sua própria *constituição*, não importa se grande ou pequena.

Os juristas, todavia, reservam genericamente o termo *constituição* à sociedade provisoriamente global que denominam *Estado*. O próprio termo "Estado" apresenta-se, na origem, como sinónimo de constituição. Com efeito,

Estado vem do termo "status", que deu origem em português a "estatuto". Ora, os *estatutos* não são mais do que constituições de sociedades ou associações tanto privadas como públicas. Do mesmo modo, o termo "estado", aplicado às pessoas (estado das pessoas), não significa outra coisa senão o seu estatuto social.

Todo o organismo político comporta, por último, dois tipos de instituições claramente distintas, mas complementares: as *instituições de autoridade* ("auctoritas") e as *instituições de poder* ("potestas"). Esta distinção entre *auctoritas* e *potestas*, bem delineada em CÍCERO, na *República* (na qual concedia ao Senado a autoridade e ao Povo romano o poder), manteve-se presente no espírito dos grandes pensadores políticos do século XVI como Jean BODIN, designadamente nos *Seis Livros da República*. Depois, a pouco e pouco, foi sendo perdida de vista.

A partir do século XVII até aos nossos dias, com efeito, o pensamento político raciocinará, preferentemente, em termos de *potestas*: de *poder* ou *soberania*. Ainda assim, em termos constitucionais, a *potestas* só deverá ser concedida àqueles que sejam presumidos deter a *auctoritas*.

3.2. O direito nas distribuições

Na medida em que a finalidade do direito é a de distribuir o melhor possível as competências respectivas dos diferentes órgãos de cada corpo social nas suas relações mútuas, o direito constitucional forma a base de toda a ordem jurídica.

A *ordem*, segundo uma excelente definição de SANTO AGOSTINHO (*A Cidade de Deus*, XIX, 13), não será mais do que uma "disposição das coisas iguais e desiguais que confere a cada um o seu lugar". O original latino é ainda mais belo: "ordo est parium disparium que rerum sua cuique loca tribuens dispositio".

Ora, é em virtude do lugar que é afectado (ou distribuído) a cada um com vista à realização do bem comum de uma qualquer sociedade que é possível determinar qual a parte dos bens comuns que, em justiça, é atribuída a cada um, e, uma vez obtidos esses bens, proceder-se-á, de seguida, à sua distribuição.

O *direito nas distribuições* — a *justiça distributiva* — comanda, como muito bem observa ARISTÓTELES: a atribuição a cada um segundo os seus *méritos*, isto é, segundo o papel mais ou menos determinante que cada um desempenha, ou é suposto ter desempenhado, na obtenção do bem comum da sociedade em questão.

Tomemos como exemplo uma sociedade comercial composta por 3 associados que constituem o fundo do capital de partida: Primus (300), Secundus (200) e Tertius (100). Ulteriormente a sociedade produz benefícios e duplica o seu capital ($600 \times 2 = 1200$). Se a sociedade se dissolve e cada um dos associados reclama a sua parte, na justiça distributiva, Primus deverá receber 600, Secundus 400 e Tertius 200. A menos que, por hipótese, Tertius haja exercido gratuitamente as funções de dirigente. Neste caso, naturalmente, Tertius deverá receber mais de 200.

Este é o *mérito*. O mérito serve de regra ou medida do que é justo numa distribuição. Não o ter em conta significa não prestar atenção à acepção das pessoas, o que poderá equivaler a uma forma de injustiça nas distribuições. Quando, pelo contrário, essas distribuições se realizam no caso concreto, a "ordem jurídica stricto sensu" encontra-se estabelecida. Pode então ser definida, de modo sóbrio, como a justa repartição dos bens e das coisas entre os membros de uma sociedade determinada.

3.3. O direito nas comutações

Mas isso não invalida a necessidade de que os bens justamente possuídos por cada um sejam objecto de *trocas* ou, como diziam mais correctamente os Antigos, de comutações. Essas comutações foram resumidas por ARISTÓTELES como "sendo umas voluntárias e outras involuntárias".

As primeiras são assim designadas "porque o seu princípio é livremente consentido": as partes no acto de comutação chegam a um acordo que o torna operante. Existe então o que designamos por *contrato*. É este o caso da venda, da troca "stricto sensu" (*permutatio* em latim e não *commutatio*), do arrendamento, do empréstimo, do depósito, da prestação de bens ou serviços, etc.

Todas estas operações são trocas no sentido em que este ou aquele bem pertence a uma pessoa (Primus) e é transmitido a uma outra (Secundus) com o encargo para este último de transmitir à primeira, seja um outro bem (venda, troca "stricto sensu", arrendamento, prestação de bens ou serviços), seja o mesmo bem que se vê agora restituído (empréstimo, depósito).

No domínio dos contratos, a liberdade, em princípio, tem o seu lugar cativo. Os particulares são livres de criar novos contratos em função das necessidades respectivas, desde que não ofendam o que se consignou designar de "ordem pública" ou os "bons costumes".

A *ordem pública*, no seu sentido mais autêntico, é, antes de mais, sinónimo de paz social. Seria, por hipótese, contrário a essa ordem um contrato firmado entre dois brigantes com vista a programar o assalto a um banco.

De modo mais profundo, a noção de "ordem pública" faz apelo às condições mais elementares da vida social: diferenças de sexo, de origem, etc. O termo é sistematicamente equiparado ao das regras imperativas, isto é, regras que as partes num contrato são obrigadas a observar sob pena de nulidade ou, pelo menos, de anulabilidade. Devido à proliferação do direito legiferado, essas regras restringem consideravelmente, e por vezes mesmo anulam, o campo da liberdade contratual: a "autonomia de vontade" dos contraentes.

Quanto ao conceito de "bons costumes", este é constituído por regras elementares de moralidade relativas à conduta das pessoas, à conduta humana. Assim, um contrato que tenha por objecto obrigar uma jovem a desnudar-se perante um público de "voyeurs", é contrário aos bons costumes e, como tal, deverá ser declarado nulo e de nenhum efeito. A jovem mulher não é obrigada a respeitá-lo. Mas, diferentemente das regras de ordem pública, as regras relativas aos bons costumes encontram-se hoje em constante regressão nas sociedades modernas e tecnocráticas.

Apesar disso, os conceitos de "ordem pública" e "bons costumes" constituem ambos um excelente modo de julgar a qualidade de uma ordem jurídica. MAX WEBER sublinhava, a este propósito, que uma ordem jurídica podia muito bem caracterizar-se pelos contratos que autorizava ou não autorizava.

De modo diferente, as *comutações involuntárias* são caracterizadas pelo facto de não serem voluntariamente consentidas. ARISTÓTELES subdivide-as em duas categorias: umas são clandestinas, por exemplo, o roubo, o adultério, o envenenamento, a prostituição, o falso testemunho, etc. As outras concretizam-se em actos de violência como o sequestro, o assassinio, as ofensas corporais, a pilhagem, o ultraje, etc.

Todos estes actos de violência, oculta ou manifesta, sobre as pessoas e os seus bens materiais vêm denominados pelos juristas de *delitos* ou *quase-delitos*. Mas são também comutações no sentido em que o seu autor tem consciência do bem moral (reputação, por exemplo), físico (saúde, por exemplo) ou exterior — material (a casa, por exemplo) ou pessoal (a mulher, por exemplo) — do outro, e

devido a esse facto vai ser obrigado a restituir esse bem em espécie, se possível, ou, pelo menos, o seu equivalente. Daí o carácter involuntário. Por exemplo: a vítima de um atentado, naturalmente, não consentiu nesse acto, senão não seria mais vítima ("volenti non fit injuria"). De igual modo, o autor desse acto vê-se obrigado a restituir contra a sua vontade.

Sejam voluntárias ou involuntárias, as comutações geram sempre uma dívida de *justiça* dita *comutativa* (ou correctiva). Num caso fala-se em compensação *numérica*; e, na hipótese de o dano ser de ordem moral, em *compensação* ("tout court") como forma de reparação. Trata-se, portanto, de uma noção de *igualdade aritmética*.

§4. Direito, moral, religião

4.1. A moral social

O direito consiste na exacta medida dos nossos ajustamentos interpessoais. A justiça surge, neste quadro, como o comportamento social por excelência. É por seu intermédio que a Cidade se transforma naquilo que é: uma "pluralidade ordenada". Daí a ideia de *medida* ou *proporção*. Mas também de unidade, um *princípio de unidade*: ao mesmo tempo igual e desigual, semelhante e dissemelhante.

ARISTÓTELES designava por "bem" aquilo que possuía a "justa medida". Para SANTO AGOSTINHO (*De natura boni*, I, 1, 3) o bem consistia, essencialmente, "na medida, na bondade e na ordem" (*modus, species et ordo*). S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa*, Ia-IIae, q. 64, art. 3) observava que "o bem de uma coisa consiste no facto de esta ser conforme num lugar a uma regra ou medida". Daí que os juristas romanos acabassem por identificar o direito com uma "arte": "a arte do justo e do bom" ("ars aequi et boni" — *Digesto* I, I, 1). Ainda hoje, como se sabe, os árbitros estatuem "ex aequo et bono", segundo a fórmula consagrada.

As diversas rupturas entre o "bem" e o "direito" (ou o "justo"), consciente ou inconscientemente, vão beber as suas raízes à grande doutrina kantiana, desenvolvida no século XVIII, por KANT, na sua *Metafísica dos Costumes*.

Para KANT a moral teria por objecto a virtude ou o bem, enquanto o direito se dedicaria a conciliar as liberdades dos cidadãos tendo por base regras providas de sanções. A vida social seria assim feita de compromissos, mais ou menos concretizáveis, entre as liberdades públicas e privadas. O bem seria reconduzido não à perfeição individual, mas à obediência, isto é, a um imperativo "categórico", de que KANT nos forneceu diversas formulações, mais ou menos convergentes.

Numa óptica análoga, os autores contemporâneos limitam-se a afirmar que o direito fixaria uma espécie de "mínimo vital" destinado a assegurar a ordem social. A moral, pelo contrário, teria o bem por objecto e tenderia, em consequência, a desenhar as regras de comportamento ideais, tão perfeitas quanto possíveis. E como cada um, no fundo, seria livre de fixar o ideal que o satisfizesse, o bem ou o bom seria finalmente assunto de escolhas subjectivas.

Se assim é, pergunta-se: o que deverá entender-se por *direito* e por *moral*? Ambos os conceitos podem ser definidos em dois momentos capitais de decisão: o foro interno e o foro externo.

O *foro (ou tribunal) interno* é o da consciência, dita moral, pela qual o homem se auto-julga, seja para se felicitar (paz interior), seja para se lamentar (lamento, cuja patologia é o remorso). Pelo contrário, o *foro externo* é o da instância social da decisão ou julgamento: o juiz no seio da Cidade. Este último determina a moral e, em seguida, dará ou não razão ao que julga. Contudo, o juiz só se interessa por esse aspecto da moralidade dos nossos comportamentos que diz respeito aos outros, isto é, o *direito "stricto sensu"*.

Por isso o direito penal apresenta-se como o domínio do direito em que interessa de mais perto a culpabilidade do acusado, em que dificilmente a conduta deste último poderá ser dissociada de um julgamento ou decisão. O foro externo retrocederá então até ao foro interno com vista a apreciar o comportamento a julgar na sua dupla vertente, objectiva e subjectiva.

4.2. Religião e laicidade

É assim que, nas antigas civilizações humanas, o direito penal surge, frequentemente, como a primeira afirmação do *direito "tout court"*. Pode mesmo dizer-se que acompanha o nascimento da Cidade ou Estado.

No começo, a reparação da ofensa — muitas vezes sob a forma pecuniária — aproveitava o ofendido. Tratava-se, concretamente, daquilo que se convencionou designar de *penas privadas*. Num segundo momento, a pena torna-se *pública*, no sentido em que a sua operatividade e o seu benefício se vêem "monopolizados" pelos poderes públicos. Data mesmo dessa época o nascimento do *Estado moderno*.

De forma similar, no começo, a relação entre o *direito* e o *tempo* era de base religiosa. O tempo dos antepassados, como, por exemplo, em Roma, Rómulo ou Eneias. De certo modo, pode dizer-se, sob este ponto de vista, que a "Eneida" de Virgílio não representava senão uma magnífica epopeia escrita justificativa da ordem jurídica imperial. Nas sociedades profanas, pelo contrário, trata-se de um tempo prometaico.

Perante este quadro, a moral tenderá a englobar tanto as nossas relações connosco mesmo como com os outros. Estas últimas têm a ver, sobretudo, com duas espécies de outros: os nossos semelhantes e esse outro que é por excelência Deus.

Para ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, V, 1), com efeito, "o justo será aquele que se conforma às leis e observa o direito". A justiça em sentido forte é definida por ARISTÓTELES como "uma virtude completa, porquanto a sua prática será a de uma virtude cumprida ou levada a cabo. Ora, esse carácter de virtude cumprida provém do seguinte: o que a possui manifesta igualmente a sua virtude face a outrem e não somente em relação a si próprio" (ibid.).

Os juristas romanos resumem esta atitude conforme ao "direito" em três preceitos: "viver honestamente" (*honeste vivere*), "não prejudicar outrem" (*alterum non laedere*) e "dar a cada um o que é devido" (*suum cuique tribuere*) — cfr., *Institutos*, I, 1, 7.

À interrogação tendenciosa dos fariseus sobre a questão de saber se era permitido aos judeus pagar o imposto fixado pelo ocupante romano, Cristo

ripostou, depois de ter pedido uma peça de moeda de ouro onde se encontrava gravada a efígie de César: "dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus" (*Mateus*, 22, 21; *Marcos*, 12, 17; *Lucas*, 20, 25). Com este gesto, Cristo afirmava a legitimidade da autonomia da ordem temporal em relação à ordem espiritual. O Estado detém a sua própria competência. A Igreja a sua.

O *princípio da laicidade* tem aqui o seu fundamento. Pode ser basicamente compreendido de duas formas. A primeira consiste em fixar as regras jurídicas profanas mínimas e deixar a cada um a liberdade de agir de harmonia com as suas convicções religiosas íntimas. O direito religioso é, sob este aspecto, um assunto da esfera da *vida privada*. O seu domínio, a sua justa proporção, é a do culto interno e externo para com Deus. A liberdade de consciência, religião e culto, consagrada constitucionalmente (artº 41º) afirma-se assim como conteúdo hodierno do princípio da laicidade.

4.3. *O útil e o justo*

MAQUIAVEL em *O Príncipe* (cap. 15) escreveu: "Parece-me mais conveniente seguir a verdade efectiva das coisas do que a sua imaginação". E, um pouco mais adiante, acrescenta: e "como os homens se mostram mais vincadamente perversos, e nada os poderá modificar, a paz social só poderá ser obtida através do governo de um homem forte: poderoso, avisado, que se impõe tanto pela violência como pela astúcia" (ibid., cap. 18). Por tudo isto, (...) "(n)ecessário se torna que a Pátria seja salva pela glória ou pela ignomínia" (*Discurso sobre a Primeira Década de Tito Lívio*, L. III, cap. 41). Assim nasce o conceito de *razão de Estado*: a vontade de vencer e de lutar. Uma vontade que tudo justifica, mesmo as traições, e porque não dizê-lo mesmo, as maiores atrocidades. É a prossecução de um fim puramente utilitário. É, numa palavra, a paz concebida como simples ausência de conflitos.

Escutemos os Antigos. CÍCERO (*De Officiis*, III, 27), por exemplo, não negava a importância do útil na vida dos homens e das sociedades humanas, mas subordinava-o ao justo. CONFÚNCIO (*Entretiens*, IV, 16) observava, por seu turno: "o homem de qualidades reduz tudo a uma questão de justiça, o homem de cabedais só tem questões de interesse". Ou como diria um autor italiano contemporâneo: "o direito, na verdade, é feito para os medíocres; os bons não têm dele necessidade e os maus não têm medo".

Só as soluções justas são úteis tanto no plano social como no plano individual. *A ordem justa*, sem a qual a sociedade não poderia cumprir o seu fim, constitui, segundo ARISTÓTELES, uma "pluralidade ordenada".

Deste modo, o *direito natural* apresenta-se hoje como o justo ou o direito na sua plenitude, aquele que cobre perfeitamente a noção de direito: a jurisdição. O ser e a essência do jurídico transformam-se numa só e única coisa.

A ser assim, necessário se torna estabelecer uma *summa divisio* entre duas grandes categorias que dizem respeito à própria natureza humana: os homens e os animais. O homem, com efeito, é um animal racional (ou melhor: dotado de razão; razoável: apto a raciocinar). Animal, de um lado, porque pertence fisicamente à ordem dos mamíferos. Sob este ponto de vista, desenvolve necessariamente relações com os seus semelhantes que são do mesmo tipo, isto é, da mesma espécie. Essas relações são medidas pelo *direito natural*. O direito natural que os romanos demonstraram por vezes tendência a estimar como o direito comum a todos os seres (animais) do céu, da terra e do mar, aí compreendidos os seres humanos. Assim o ensinava GAIUS (*Institutos*, Justiniano, Livro I, cap. II).

Com PLATÃO (*A República*) deriva, por último, uma forte tradição do pensamento político segundo a qual a melhor constituição global da Cidade dos homens seria aquela que melhor correspondesse à "natureza das coisas". Uma tradição que vai de PLATÃO a MONTESQUIEU, e que suscitou também reflexões em ARISTÓTELES (*A Política*), CÍCERO (*República*), Jean BODIN (*Os Seis Livros da República*) ou ESPINOZA (*Tratado sobre a Autoridade Política*).

§5. Direito natural e direito positivo

5.1. O "ius gentium"

O direito natural próprio dos homens foi baptizado pelos juristas romanos de *ius gentium*: direito dos povos.

Neste particular, os romanos inspiraram-se, no essencial, na filosofia dominante na época — o estoicismo —, que cultivava a ideia de que entre todos os homens, civilizados ou bárbaros, existia um traço comum e específico: a *humanidade*. Esse traço de união exprimia-se através da existência de um direito comum a todo o género humano, que era necessário distinguir do direito próprio de uma simples parte da humanidade: nação ou mesmo cidade.

Assim nasceu o *ius gentium* por oposição ao *ius civile*, o direito aplicável a toda a comunidade humana, diferente do direito aplicável a esta ou aquela comunidade mais restrita, no caso a Cidade (*civile* vem de *civitas*, a cidade). Por natureza, o direito das gentes sobrelevava o direito civil na medida em que se mostrava comum a todos, ao passo que o direito civil dizia unicamente respeito a alguns.

CÍCERO (*De Officiis*, III, 17) resumiu bem esta hierarquia quando afirmou: "Existe uma sociedade que, por natureza, se estende de modo muito mais vasto a todos os homens entre si; existe também uma sociedade mais restrita, a dos que pertencem à mesma nação; e outra mais restrita ainda, a dos que pertencem à mesma cidade".

De modo similar, os nossos antepassados pretenderam que uma coisa era o "direito das gentes" e outra o "direito civil". Mais: o que pertencia ao direito civil não pertencia necessariamente ao direito das gentes; mas o que pertencia ao direito das gentes pertencia ao mesmo tempo ao direito civil. Se, com efeito, o direito civil dispuser contra o direito das gentes, é porque se mostra injusto e, conseqüentemente, não merece mais o nome de direito. A universalidade *urbi et orbi* do direito natural encontra-se assim fundada. Subsiste ainda intacta em SANTO ISIDORO de SEVILHA (560-636) quando escreve, nas suas célebres *Etimologias* (V, 4), que "o direito natural é (era) comum a todas as nações".

Para os juristas romanos, com efeito, o *ius gentium* era concebido de forma ampla. Englobava indiferentemente o que hoje chamaríamos de "direito privado" e "direito público". Deste modo, pertencia ao direito das gentes quer a regra segundo a qual era necessário respeitar os acordos entre duas cidades ou entre dois indivíduos (*pacta sunt servanda*), quer a regra que postulava que ao embaixador junto do inimigo lhe fosse garantida a imunidade física ou corporal.

Esta perspectiva englobante ou abrangente do "direito das gentes" manteve-se aproximadamente até ao século XIII. A partir do século XIV, na Europa, com o Renascimento, as relações entre os Estados, especialmente por efeito da guerra, levou a que os jurisconsultos começassem a cantonar o direito das gentes no domínio internacional exclusivo. O *ius gentium* passa então a ser progressivamente compreendido como *direito internacional público*, isto é, o direito

que regulava as relações entre Estados tanto em tempo de guerra como em tempo de paz.

Uma etapa capital desse movimento teve origem nos estudos do jurista e teólogo espanhol Francisco de VITORIA (1492-1546). VITORIA, e com ele toda a escolástica hispânica da "Idade de Ouro", esforçou-se por criar um direito aplicável às relações entre a Coroa de Espanha e os príncipes das nações índias recentemente descobertas. Esta tentativa caiu parcialmente no esquecimento, mas foi renovada, adquirindo desta feita foros de cidade com o jurista holandês GROTIUS (1583-1645). No seu livro *De iure belli ac pacis* ("Do Direito da Guerra e da Paz"), suma monumental, o direito privado é, pela primeira vez, utilizado no sentido de fundar um direito das relações internacionais aplicável entre os Estados europeus. Ainda hoje, por desconhecimento da escolástica hispânica, apenas redescoberta nos finais do século passado, a obra de GROTIUS é considerado como fundadora do *ius gentium* moderno.

Apesar disso, o direito privado nunca deixou de ser influenciado nem de prestar tributo à influência civilizadora do *ius gentium*. O século XIII foi, com efeito, um século de grande prosperidade económica. As trocas internacionais entre comerciantes cresceram de forma exponencial. Os mercadores elaboraram um direito (*Marchant Law*) de base consensual com forte influência do *ius gentium*, tornando-o por assim dizer mais sofisticado.

É nessa época que nasce, por exemplo, a técnica da *letra de câmbio* para facilitar os pagamentos nas praças comerciais longínquas sem a qual os comerciantes incorreriam no risco de perda e roubo do seu ouro devido aos numerosos assaltos e banditagem com que se deparavam no caminho.

O mesmo poderá dizer-se da *carta-patente* ("carta partita", em italiano), uma espécie de título de propriedade sobre as mercadorias transportadas por mar, dividida em dois bocados, um entregue ao transportador, o outro conservado pelo expedidor, e enviada por este último ao destinatário, o que lhe permitiria, à chegada das mercadorias ao porto do destino, que o transportador as entregasse nas mãos do verdadeiro destinatário, constatando que os dois bocados se completavam mutuamente.

Se bem que esse direito das mercadorias haja sido progressivamente objecto de regulamentações nacionais, depois internacionais, pouco compatíveis com a sua natureza essencialmente flexível, subsiste dele ainda hoje alguma coisa sob a denominação académica de *lex mercatoria*. O seu conteúdo não é outro senão o do velho *ius gentium* dos romanos. A imitação deste último, a *lex mercatoria* afirmava que os contratos concluídos deviam ser cumpridos, e que a sua execução ou cumprimento devia operar-se ainda de boa-fé, isto é, com a

diligência normalmente esperada de toda a pessoa que se obriga para com outra em circunstâncias análogas.

Esta irreduzível permanência do *ius gentium* mostra-se, de resto, um argumento de peso em favor da imutabilidade do direito natural. Ora, justamente, é essa pretensão de universalidade que constitui, e constitui porventura ainda, o verdadeiro calcanhar de Aquiles desse direito.

Se assim é pergunta-se: será possível persistir ainda em afirmar que existe um justo universal e imutável? A Antiguidade e a Idade Média admitiram a existência desse direito natural. Mas sérias dúvidas emergiram na Europa por altura do Renascimento e, sobretudo, com a emergência das chamadas correntes cepticistas.

Ainda assim, importa sublinhá-lo, metodologicamente, resulta muito mais seguro construir o direito a partir do caso. É esse, aliás, o génio dos juristas romanos: "o direito não deriva da regra, antes é a regra que deriva do direito" (*non est regula jus summat, sed ex iure quod est regula*). Neste particular, a tradição romana foi seguida pelos juristas anglo-americanos com o seu sistema de *case-law* (a "lei do caso").

Por tudo isto, não admira que o direito natural varia ele próprio consoante o tempo e os lugares. Não obstante, essas circunstâncias não são em número ilimitado. Dependem fundamentalmente do *tempo*, do *lugar* e das *pessoas* chamadas a interpretá-lo e a aplicá-lo.

5.2. A tradição oral e escrita

O discurso, (em latim *oratio*) exprime a razão (em latim *ratio*) ou medida das coisas. CÍCERO (*De Officiis*, 1, 16) fazia já notar que "nada nos afasta da natureza dos animais: dizemos frequentemente que estes têm coragem (...), mas não dizemos que possuem o sentido da justiça, da equidade, da bondade, porque (se encontram) privados da razão e da palavra (*rationis et orationis*)".

Originariamente, o direito é enunciado por palavras. Aquele que, numa qualquer sociedade, se vê investido na competência de "dizer" o direito, depois de prudente e pacientemente ter "escutado" os conselhos de uns e de outros, pronuncia-se sobre o que é justo. Deste modo, uma das características fundamentais das sociedades tradicionais radica em centrar toda a sua cultura na tradição oral.

A tradição materializa-se numa transmissão. Cada geração transmite à seguinte, de boca em boca, geralmente sob a forma de adágios — mais facilmente memorizáveis —, o seu saber sobre o direito. Forma-se então, a pouco e pouco, uma acumulação de regras da vida social, que os Antigos editaram, e que sobreviveram à prova do tempo, porque objectivamente capazes de garantir melhor a harmonia da sociedade ou comunidade em questão. A essas regras, posteriormente, acrescentou-se o nimbo de uma autoridade mítica ou quase mística.

As sociedades de tradição oral encontram-se voltadas para o passado. A memória joga aí um papel preponderante. Tudo muda com o aparecimento da *escrita*, especialmente do livro impresso. A partir daí é o sentido da vista, do ver, que passa a primeiro plano. A memória não serve mais para lembrar a substância do justo, mas somente para reencontrar os lugares do direito: as passagens dos escritos em que esta ou aquela solução jurídica quedou consignada. Os que se encontram investidos da competência de "dizer" o direito fazem-no através de leis que podem ser lidas ("legere", de resto, é uma das etimologias possíveis do termo "lei") em livros "ad hoc". Essas leis servirão, depois, de critério de determinação do que é justo, em sentenças ou contratos, uns e outros sob forma escrita.

O direito posto, positivado, escrito, tem essa vantagem sobre o direito simplesmente oral (que também é direito positivo): o de durar mais tempo e, com isso, adquirir um grau maior de certeza jurídica. "Verba volant, scripta manent", afirma um velho adágio latino.

O direito escrito possui ainda a vantagem de se encontrar voltado para o futuro. Denota qualquer coisa de definitivo. Os que o redigem têm mais ou menos consciência de se dirigir às gerações futuras. Em contrapartida, o direito escrito perde uma boa parte da autoridade que possuía o direito oral.

Assim, o escrito interpõe-se entre o redactor e o seu leitor. Este último tem tendência a descuidar, mesmo a esquecer, o autor (no sentido forte daquele que tem a autoridade: a *auctoritas*) do texto. Deixa-se menos influenciar pelo carisma pessoal do primeiro. Enfim, o direito escrito é, por definição, acessível a um maior número de pessoas e encontra-se por isso mais exposto à crítica: "a pena é serva, a palavra é livre", um outro adágio tão ao gosto dos juristas. Mas tanto o direito escrito como o direito oral ambos se apresentam como direito positivo.

Num sentido complementar, mas mais profundo, é positivo aquilo que é querido. "Denomina-se positivo tudo o que procede da vontade humana" (S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa*, IIa-IIae, q. 57, artº ad. 2).

Determinar uma coisa — seja o que for: uma ideia, um objecto — implica fixá-la, "pô-la", determinar-lhe um lugar. É esse o papel da vontade. Nesta nova perspectiva, o direito positivo é aquele que é querido por quem detém, no seio do corpo social, a competência para o ditar.

Só que nesse querer existem diferentes graus de intensidade. No escalão mais baixo, limitamo-nos a *propor*. Essa proposta exprime uma sugestão que pretende somente convencer e não vencer. A vontade do seu autor encontra-se aí bem patente, mas não se destina ela mesmo a decidir de forma definitiva. O debate permanece em aberto.

As proposições jurídicas, todavia, são já direito positivo a partir do momento em que dimanam das autoridades competentes para "dizer" o direito, e se dirigem, de modo oral ou escrito, a outras pessoas igualmente competentes para as discutir.

De seguida, vem o tempo de *dispor*. Aqui franqueamos mais um grau na intensidade da vontade. Uma disposição constitui, de facto, um acto de ordenação que se quer definitivo, porque assim o quis o seu autor. Simultaneamente, aquilo que por esta via se dispôs, já não lhe pertence verdadeiramente. Terminada, acabada a coisa de que se dispõe, esta é lançada aos olhos dos outros: é tomar ou largar, posto que toda a discussão terminou. É assim que em direito, a lei ou o juiz, "dispõe", "prolata" esta ou aquela regra, esta ou aquela sentença.

Numa decisão de justiça, o essencial para as partes no litígio centra-se no que se convencionou designar de "dispositivo": o lugar ou o instante em que o juiz declara os "direitos" das partes. Todas estas disposições pertencem ao direito positivo.

Avançando para a última etapa, a vontade pode, por fim, *impor-se*. Quer dizer, fazer com que aquilo que se encontra disposto seja obedecido, se necessário pelo recurso à força ou coacção: contra a vontade dos destinatários da regra, mas conforme ao querer, à vontade daquele que as edita. Este exercício da *coacção* ou *força jurídica* é ele próprio resultado de três etapas da volição, do querer jurídico: *proposição*, *disposição* e *imposição*, geralmente atribuídas a quem numa sociedade detém a competência coercitiva: a *potestas*. Este poder deve ser exercido conforme ao direito positivo, mas não é ele próprio em si mesmo direito. Trata-se unicamente de uma força posta ao serviço do direito e enquadrada por este. Nada mais do que isso.

5.3. A positivação do direito natural

O direito positivo, afirma-se, amiúde, deriva do direito natural. Só que pode ter aí origem segundo dois processos principais. O primeiro consiste numa simples *positivação* do direito natural. O Decálogo, por exemplo, não é mais do que o direito divino positivo que manifesta os princípios fundamentais de direito natural: não matarás, não roubarás, não cometerás adultério, não enganarás outrem (...).

Se assim é, pergunta-se: para que servem essas positivações do direito natural? No essencial, para duas coisas.

Antes de mais, o direito positivo é editado por uma *pessoa*, humana ou divina, não importa. Uma pessoa dotada de liberdade, de livre arbítrio. Ora, arbitrar é proceder a uma escolha entre várias soluções possíveis.

Para os partidários do direito natural, com efeito, as normas jurídicas vêm consideradas como "verdadeiras" ou "falsas" segundo se mostrem conformes a princípios definidos "a priori" ou segundo possam ainda ser consideradas como "justas" ou "correctas" no número mais elevado possível de regras pré-existent.

Ambos estes pontos de vista definem o "direito natural". Mas enquanto nesta primeira acepção o direito natural se compreende numa corrente "monista", segundo a qual só existe direito na natureza, precisamente o que vem reconhecido pela "razão", mas não criado por esta, na segunda acepção admite-se já a existência de dois direitos, o direito natural e o direito positivo, ainda que se faça depender a validade deste último da sua conformidade com os princípios do direito natural. É o que PERELMAN e FORIERS designam, de forma sugestiva, de *teoria do direito natural positivo* ou, numa outra terminologia, de *positivismo institucional* (MACCORMICK/WEINBERGER), um positivismo que, diferentemente do seu arquétipo analítico ou normativista, vai *para além* da norma positiva, buscando em princípios jurídicos, morais, políticos ou outros, o fundamento de *legitimidade* de todo o direito *válido* (: "sistema aberto"). No essencial, trata-se de um caso de "recepção" numa ordem jurídica de normas provenientes de um outro ordenamento. Uma recepção cuja legitimidade repousa numa norma de competência, "implícita" ou "explícita", que autoriza o juiz a dela servir-se.

Será este o caso, na Constituição de 1976, do artigo 1º ou mesmo do artigo 16º, este último ao apelar para os valores provenientes da ordem jurídico-

internacional. A partir daí o que resulta relevante é saber se a Constituição "constitucionalizou" ou não esses valores — e com que extensão — *para além* das cláusulas gerais dos artigos 1º e 16º.

5.4. *O direito no espaço e no tempo*

Diferentemente do direito natural, a diversidade forma a essência do direito positivo. Ao ter origem num acto de vontade das autoridades públicas competentes, o direito positivo varia tanto no espaço como no tempo. Não pode, por isso, invocar nenhuma pretensão de universalidade. Nisto distingue-se do "ius gentium".

Conflitos de direitos e conflitos de jurisdições são assim possíveis. Estes últimos, porém, não se apresentam tanto como "conflitos de jurisdições" (na acepção correcta do termo) quanto como *conflitos de competências* verdadeiros e próprios. Trata-se de saber qual a autoridade que deverá ser chamada a decidir da escolha da medida adequada a regular essa relação entre pessoas determinadas. Mas quer se trate de um conflito de direitos ou de um conflito de jurisdições (: "competências"), ambos vêm regulados pelo *direito internacional privado* (ou "direito dos conflitos"). Este último, através de uma "norma de remissão", cujos critérios muitas vezes se contêm nos próprios códigos civis, remeterá, por sua vez, para a ordem jurídica que no "caso" se mostrar mais adequada ou apropriada.

Saber se é o direito "antigo" ou o "novo" que prevalece numa determinada situação, redonda numa questão de intenção. Mesmo uma revolução não escapa a tal debate. Na verdade, não se pode de um dia para o outro modificar a totalidade dos critérios que presidiram às relações humanas naquilo que se consignou designar de "Antigo Regime". Daí que, a título transitório, certas regras devam ser mantidas. Este conjunto de critérios foi designado pelo jurista PAUL ROUBIER de "direito transitório".

Ainda assim, a expressão "direito transitório" mostra-se enganadora. Esse direito, uma vez editado, não é mais "transitório" do que o direito anterior. Mas esta é também, por sua vez, uma expressão feliz. Esse direito é "transitório" no sentido em que só se aplica num tempo definido e relativamente breve: o tempo de transição.

PARTE II

OS PROCESSOS DE CRIAÇÃO DE DIREITO

§1. A lei

1.1. A ideia de orientação

Se quisermos definir o conceito de *lei* podemos dizer que esta se corporiza numa decisão tomada por quem detém o poder legislativo e no exercício efectivo desse poder. As medidas tomadas pelo poder executivo, diferentemente, tomam a designação de *decretos*, *regulamentos* ou *estatutos*.

A *lei* ("lex", em latim; "nomos", em grego) deu origem em português ao termo "norma", expressão que geralmente possui o sentido de lei. *Nomos*, em grego, significava, de resto, na origem, a boa repartição das terras, reenviando, por conseguinte, para a ideia de equilíbrio inerente ao conceito de direito.

Não obstante, a lei não é o direito. Constitui tão só um dos "processos", porventura primário, de criação do direito. Se se quiser, numa outra terminologia, revela unicamente uma das suas "fontes".

A essência de toda a lei é orientar. Essa indicação de orientação pode, por vezes, revestir um carácter imperativo. Essas leis ditas "imperativas" vêm por vezes acompanhadas de penas, infligidas a quem as violou.

Mas a maior parte das leis não possuiu esse carácter imperativo, tão só "indicativo". A orientação, por essência, faz parte do conteúdo das leis.

A propósito destas leis desprovidas de "sanção", tem-se falado já em "leis imperfeitas" (*leges imperfectae*). Contudo, trata-se, mais uma vez, de uma expressão abusiva e enganadora. Se analisarmos a questão mais de perto, facilmente nos aperceberemos que essa aparente imperfeição deriva, justamente, da maior perfeição do seu conteúdo. De facto, a incessante proliferação, em numerosas sociedades modernas, dessas leis imperativas é sinal indubitável ou

de crise no "governo constitucional das leis" (o regime político tende para uma forma de "despotismo" ou "dirigismo") ou de uma corrupção mais ou menos larvar do corpo social (perda de sentido "cívico" por parte dos cidadãos) ou, frequentemente, ambas as coisas: uma conduz à outra e vice-versa.

Pelo contrário, uma sociedade que funciona ordenadamente e de modo satisfatório ("sociedade bem ordenada" na terminologia de RAWLS), edita, preferentemente, leis puramente indicativas, isto é, leis meramente orientativas.

As leis devem ser editadas por quem detém o poder (*potestas*) ou a competência social para legiferar. Determinar quem se mostra apto na sociedade a exercer uma tal competência redonda numa clássica questão de direito constitucional.

Tomemos como exemplo a "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" de 1789. Esta, no seu artº 6º, dispõe: "a lei é expressão da vontade geral". Uma definição tomada de empréstimo a um dos maiores teorizadores clássicos do "governo republicano": Jean-Jacques ROUSSEAU. Uma doutrina não isenta de críticas e dissensões várias.

Ainda assim, permanece hoje a ficção da lei como um acto dimanado da "assembleia representativa" e, nesse sentido, como exprimindo não talvez a "vontade geral", mas porventura a "vontade de todos", a vontade de todo o corpo social. ARISTÓTELES definia, justamente, o governo da Cidade como o "governo das leis e não dos homens".

Nesta acepção, o poder legislativo (ou poder de legiferar) pressupõe um saber socialmente reconhecido (*auctoritas*), que nem sempre se mostra fácil de determinar. Bertrand de JOUVENEL na sua obra mestra, *Du Pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance* (1971), observava que a ideia de um enquadramento do poder de governar os homens pelo recurso a princípios intangíveis se traduzia hoje pelo reconhecimento de "princípios fundamentais de estalão constitucional" ou de "princípios gerais de direito" que nenhum poder político, legislativo ou executivo, digno desse nome, poderia em caso algum violar.

Mas QUEM declara (ou decide) da existência desses princípios ou dessas leis: os sábios ou os poderosos? QUEM governa, afinal? E regressamos ao ponto de partida.

Uns afirmam que a essência do poder político radica numa lei natural. Deste modo, para CÍCERO (*Das Leis*, 1, 6), a lei é identificada com "a razão suprema gravada na nossa natureza, que prescreve tanto o que devemos fazer como o que se encontra proibido e, portanto, não podemos fazer". De acordo

ainda com CÍCERO, a lei "não constitui nem uma invenção do espírito humano nem um decreto dos povos, mas algo de eterno que governa o mundo inteiro, expondo o que é sábio de prescrever ou de proibir". Essa lei não é mais do que o "espírito de Deus" inscrito na razão humana (ibid., II, 4).

1.2. *Leis públicas e leis privadas*

Existem tanto leis públicas como leis privadas. As primeiras são aquelas que pertencem ao governo da Cidade e que visam o bem comum. As segundas, diferentemente, dimanam, frequentemente, de quem está à cabeça de um grupo social determinado: chefe de família ou de empresa.

É este, designadamente, o caso do *testamento*, um documento ou acto jurídico que contém as disposições ("legados") pelas quais o chefe de família distribui os seus bens para o dia da sua morte. O testamento constitui uma *lei privada*, um acto de vontade, mas que não pode, todavia, contrariar disposições legislativas públicas, destinando-se estas últimas a garantir um mínimo de justiça na repartição da herança.

Mas existem ainda leis ditas *suppletivas*. Como o nome indica, trata-se de actos que se limitam a complementar a vontade não manifestada ou mesmo ausente dos destinatários. De certa forma, este tipo de leis aproxima-se das leis imperativas. Só que este carácter de imperatividade aparece aqui reduzido. Só intervêm quando os cidadãos não manifestaram a vontade de adoptar uma outra solução.

As leis privadas, por seu turno, não devem ser confundidas com os *privilégios*. As primeiras intervêm nos domínios em que o legislador se absteve de tornar executivas as leis públicas imperativas. Os privilégios, pelo contrário, materializam-se em verdadeiras isenções em proveito deste ou daquele cidadão ou grupo de cidadãos, formando como que uma excepção à aplicação ordinária e comum das leis públicas.

Em princípio, os privilégios repugnam. Parecem contradizer o sentido da "justiça distributiva". Esta última implica que em situações iguais dois ou mais indivíduos sejam tratados de modo igual. A lei, se pretender ser justa, deverá ser igual para todos, sem excepção. Nisto consiste o princípio básico de uma justiça formal e universal.

Em certos domínios, porém, as leis públicas tendem a realizar o bem comum de uma outra forma. Mais do que formular uma directiva ou orientação, essas leis optam por ofertar aos governados uma escolha entre duas ou mais soluções. São as chamadas leis "permissivas".

Um exemplo: em numerosos Estados modernos, a *laicidade* ou a *liberdade de consciência* pode levar os cidadãos a optarem entre casar ou não casar. Se optarem pela "união de facto", nem por isso deixam de receber protecção jurídica. Neste sentido, o legislador constituinte português de 1976 optou por não fazer depender a constituição da família, um direito constitucional, da celebração do casamento. É isso o que dispõe o artº 36º da Constituição de cuja interpretação resulta a dissociação da constituição da família da celebração do matrimónio, civil ou canónico.

Do mesmo modo, nas sociedades mais evoluídas, a administração das penas não é abandonada à *vindicta* privada do ofendido ou da sua família. As penas são públicas e não privadas. Devem como tal ser pronunciadas por um representante da justiça, o juiz, instituído pelos poderes públicos. Nas sociedades modernas, em princípio, só o legislador é competente para determinar quais os comportamentos que deverão ser criminalmente repreensíveis, e como tal reprimidos, e quais as penas que lhes correspondem. Nisto consiste o *princípio da legalidade dos delitos e das penas*.

Na "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão" de 1789, artº 8º, pode ler-se: "Ninguém poderá ser punido senão em virtude de lei anterior estabelecida e promulgada, devendo a decisão ser legalmente aplicada".

A mesma ordem de considerações impede a retroactividade das leis penais a não ser em casos excepcionais. Entre nós, um desses casos será porventura o da incriminação dos ex-agentes e responsáveis da PIDE/DGS, de resto uma excepção constitucionalmente prevista e autorizada ao prescrito no artº 29º, nº1 da Constituição: "Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior". Esta excepção, qualificada tecnicamente de "auto-ruptura constitucional", vem prevista no artº 294º da Constituição, a título de "disposição final e transitória".

A concentração da definição dos crimes e das penas nas mãos do legislador obriga este a desenhar uma *política criminal*. Essa política deverá regular, principalmente, duas questões complementares: a definição do tipo de crimes e a sua punição.

Quando o legislador define e determina as penas deve declarar, antes de mais, o que deve ser punido. Só devem ser reprimidos os comportamentos ilícitos mais graves, seja em razão da sua própria gravidade intrínseca, seja em função do risco de contágio. Em todo o caso, a punição não deve constituir a regra, mas a excepção: apenas se justifica pela necessidade de garantir um grau de convivialidade mínima entre os cidadãos. Esse mínimo implica a presença, no espírito do legislador, de uma autêntica "hierarquia de valores": a vida ou integridade física de uma pessoa, julga-se, deverá valer muito mais do que os seus bens ou fortuna.

A mesma gradação vamos encontrá-la quando se trata de fixar a *medida da pena*. Esta deverá, em princípio, ser *proporcional* à gravidade da infracção cometida. A este respeito, tornou-se já clássico ordenar as referidas infracções em três categorias mais ou menos estanques, umas mais duramente sancionadas do que outras, e em sentido decrescente: *crimes*, *delitos* e *contravenções*. O objectivo será o de observar uma "política de reinserção social" dos antigos delinquentes, sobretudo nas infracções mais graves: os crimes e os delitos.

1.3. A promulgação e publicação das leis

A essência da lei radica na ideia de uma orientação da (e na) razão de quem governa a Cidade em ordem à realização do bem comum. Mas faz também parte da essência da lei o acto de promulgação.

A lei dirige-se aos cidadãos e até ao momento em que seja levada ao seu conhecimento não existe como tal em sentido verdadeiro e próprio, ainda que tenha sido regularmente aprovada e votada no Parlamento ou em Conselho de Ministros. No ordenamento constitucional português, a falta de promulgação equivale a *inexistência jurídica* (artº 137º da CRP). A lei, pura e simplesmente, não existe.

A promulgação apresenta-se, deste modo, como um *acto declaratório da força jurídica obrigatória da lei*. Supõe, nestes termos, um acto de vontade dos governantes: no caso português, do Presidente da República. Trata-se, por conseguinte, de um acto de comunicação, do que hoje poderíamos chamar um "acto de linguagem".

Por tudo isto, a lei deverá ser clara e tanto quanto possível precisa. As leis complexas, mal redigidas, que utilizam um vocabulário esotérico que mesmo

distintos juristas não conseguem decifrar, poderão ser consideradas verdadeiramente como promulgadas? Pode duvidar-se.

A promulgação revela-se como um acto solene, reservado a quem exerce, no seio da sociedade política, a magistratura mais elevada. Mas para que a lei, um acto que expressa a vontade política dos governantes, seja trazida ao conhecimento dos cidadãos, necessário se torna que essa promulgação se faça acompanhar de uma *publicação*. Nas sociedades políticas modernas, a promulgação tende a ser vista, essencialmente, como uma ordem de publicação, geralmente aposta em baixo do texto escrito.

A publicação desempenha o papel de informar o público da existência da lei. Essa publicação pode ser oral. Assim, em tempos mais recuados, os arautos públicos, com o rufar dos tambores, levavam ao conhecimento das populações a existência deste ou daquele decreto ou acto real. Hoje, a forma *escrita* suplantou a forma oral. A publicação tem lugar no jornal oficial, especialmente concebido para esse efeito. Entre nós, o Diário da República.

O desenvolvimento dos processos audio-visuais, dos *media* em geral, tem vindo, um pouco por toda a parte, a alterar este estado de coisas. A data da lei é, regra geral, a data da sua publicação no jornal oficial e não a da sua aprovação ou promulgação pelas autoridades políticas competentes. Só a partir da publicação a lei poderá produzir os seus efeitos jurídicos.

Perante este quadro, a publicação caracteriza-se não como um requisito de eficácia da lei, não da sua existência. A não publicação não torna a lei inexistente, mas apenas ineficaz (cfr., artº 119º, nº2 da CRP). É o que se designa por *eficácia da lei*. Esta regra não faz mais do que concretizar o velho brocardo latino: "nemo censetur ignorare legem", isto é, ninguém poderá desculpar-se alegando ignorância ou desconhecimento da lei, subentende-se a lei correctamente promulgada e publicada.

Em suma, a publicação permite evitar o trabalho titânico de informar pessoalmente cada cidadão da existência da lei. Pelo contrário, é aos cidadãos que compete informar-se da existência das leis. Pressupõe-se assim que os cidadãos devem enquanto tais interessar-se pela vida da Cidade, da "coisa pública" (*res publica*).

1.4. A revogação das leis

A promulgação e a publicação da lei frequentemente faz-se acompanhar da revogação de uma outra lei anterior que regulava o mesmo tipo de questões.

De um modo geral, a revogação de uma lei anterior opera-se de forma *expressa*: a nova lei determina de modo claro que as disposições antigas devem ser tidas por revogadas, no todo ou em parte, e fixa mesmo a data a partir da qual a revogação produz efeitos jurídicos.

Mas nem sempre assim é. Veja-se, a propósito, o problema da *retroactividade* e da *retrospectividade*. Em princípio, as leis devem dispor para o futuro. Não devem desencadear efeitos retroactivos, isto é, dispor para o passado. Não devem regular questões anteriores à sua entrada em vigor. A retroactividade, que muitos equiparam à ausência de justiça, ou pelo menos a uma perda da confiança e certeza jurídicas, se bem que não desejável, não resulta como tal proibida, à excepção, como vimos, das leis penais retroactivas.

Contudo, duas espécies de leis retroactivas devem ser assinaladas em razão da sua natureza aparentemente mais anódina: as leis de aplicação imediata e as leis interpretativas.

As leis de *aplicação imediata* apresentam-se como leis novas que se aplicam de início às situações jurídicas nascidas antes da sua entrada em vigor, situações que a essa data não tinham ainda esgotado todos os seus efeitos jurídicos. A sua retroactividade decorre do facto de a nova lei pôr em causa as legítimas antecipações e expectativas dos autores da situação jurídica. Essas leis de aplicação imediata são ditas "aparentemente retroactivas" ou "retrospectivas".

Quanto às *leis interpretativas*, o seu objecto é o de explicar, precisando melhor, as disposições de uma lei anteriormente promulgada e publicada. Essa interpretação faz corpo com a lei anterior, defraudando, de certo modo, uma vez mais, as legítimas expectativas dos cidadãos.

No geral, descontando estes casos de "retrospectividade" e "retroactividade", a lei vigora para o futuro. Tradicionalmente possui ainda uma duração indeterminada. Apesar disso, por diversos motivos, o legislador pode optar por editar regras provisórias ditas *transitórias*. Ao fim de um certo tempo de aplicação, poderá verificar quais os efeitos das medidas adoptadas. Nas sociedades modernas, exemplos desses não faltam: as leis planificadoras, de duração anual,

trienal ou quinquenal (plano a curto, médio e longo prazos), as leis orçamentais, votadas anualmente, ou ainda as leis ditas de "ensaio" ou "experimentais" (*ad experimentum*), leis que exprimem de forma mais ou menos clara as hesitações do legislador em matérias consideradas sensíveis, etc.

Ao fixar deste modo leis que serão automaticamente revogadas ou abrogadas ao fim de um determinado período ou prazo, o legislador obriga-se a legislar de novo ou simplesmente a reconduzir, caso se estime satisfeito, por idêntico período ou por um período de tempo indefinido, aquilo que havia já decretado.

A revogação *tácita*, por último, pode resultar de uma simples adição de leis destinadas a reger esta ou aquela situação. A nova lei vem sobrepor-se à lei antiga, sendo por vezes difícil para o intérprete, mesmo o mais autorizado, decidir em que medida essa sobreposição não tornará caduca parcialmente a lei anterior.

Mas mesmo no caso das leis cuja duração em princípio se presume ilimitada, em razão do silêncio do legislador sobre a questão, não devemos perder de vista que a sua revogação ou abrogação pode resultar, de forma mais banal, da sua não aplicação. É isso o que se designa de abrogação ou caducidade por *desuso*.

§2. Os usos e costumes

2.1. Noção

A questão da abrogação ou caducidade por desuso coloca-nos em presença de um outro processo fundamental de criação do direito: o *costume*, genericamente o conjunto de comportamentos adoptados pelos governados e que formam aquilo que se consignou denominar de *usos*. Com o tempo, esses comportamentos adquirem, no espírito dos membros do corpo social, uma autenticidade tal que estes se sentem obrigados, ou pelo menos livres, de os adoptar ou não.

Os usos e os costumes possuem um poder extraordinário. Mesmo o legislador mais intervencionista não poderá igualar nem em quantidade nem em qualidade os comportamentos regulados pelos usos e costumes. E, de facto,

assim é. As leis positivas regulam apenas uma ínfima parcela do direito em vigor numa sociedade determinada. O resto, *tudo o resto*, vem regulado pelo costume. Por oposição, se esse fenómeno de recepção da lei pelo corpo social não se produzir, então o legislador deverá resignar-se: o seu poder não passará de meramente teórico.

As leis não representam nada sem os usos. GRATIANO (*Decreto*, IV, c. 3) tinha deste fenómeno uma consciência aguda quando enunciava: "as leis entram em vigor quando são promulgadas; são confirmadas quando vêm aprovadas pelo uso daqueles a quem se dirigem. Do mesmo modo que muitas leis são hoje abrogadas pelo uso contrário dos seus destinatários, de igual forma vêm confirmadas pelo uso destes últimos". No limite, o direito, todo o direito, possui unicamente por fonte os usos e costumes dos povos.

Numerosos teóricos, sobretudo no século passado, exaltaram os usos e costumes ao ponto de se poder afirmar com HEGEL: "são cegos aqueles que imaginam que as instituições, as constituições ou as leis não se encontram em harmonia com os usos, os costumes e as necessidades; a opinião dos homens de que as leis que não exprimam mais o Espírito podem continuar a subsistir não passa de uma simples forma de quem não se interessa mais pela inteligência e pelo sentimento; não podem ser tão poderosas que possam constituir a unidade de um povo!".

Toda a denominada escola histórica alemã do século XIX, de que o jurista SAVIGNY se apresenta como um dos mais ilustres corifeus e representante, fez do costume a apologia do espírito verdadeiro das leis de um povo, fonte da sua unidade, da sua grandeza e, de modo mais profundo, tradução da sua visão específica do mundo.

De forma mais discreta e pertinente, S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa*, Ia-IIae, q. 97, art. 1) ensinava já no século XIII que "o costume tem força de lei, suprime a lei e interpreta a lei". A razão invocada era simples: "toda a lei dimana da razão e da vontade do legislador (...), pelo recurso a actos de exteriorização múltiplos, exprime de modo mais eficaz o movimento interior da vontade e uma concepção da razão; porque, quando um acto se repete num grande número de vezes, isso é sinal de que promana de um julgamento da razão" (ibid.).

GRATIANO o jurista, HEGEL o filósofo, S. TOMÁS DE AQUINO o teólogo, todos parecem acordar neste ponto: a relevância e o impacto dos usos e costumes na formação de uma ordem jurídica.

2.2. A flexibilidade dos usos e dos costumes

"A palavra mata, é o espírito que vivifica". Esta afirmação de S. PAULO (*Segunda Epístola aos Coríntios*, 3, 6) adequa-se perfeitamente à natureza dos usos e dos costumes.

Cada família possui os seus usos e costumes. Cada empresa desenvolve os seus usos e ritmos próprios. De igual modo, os governantes possuem os seus hábitos, as suas formas de vida e, de modo estável, este ou aquele aspecto da actividade de direcção política. Os publicistas acentuam, a este propósito, as "convenções da constituição", verdadeiramente imprescindíveis à condução do governo da Cidade.

Como a própria vida, os usos mostram-se também maleáveis: variam consoante os lugares e o tempo. De um espaço a outro, os costumes dos povos divergem e diversificam-se. Existe aqui o que os antropólogos denominam de um fenómeno de *aculturação*: uma sociedade transforma a pouco e pouco, paulatinamente, a cultura de uma outra pelo recurso a diferentes métodos e instrumentos que podem ir desde a força bruta até à simples presença mais ou menos passiva. Estes *conflitos de culturas*, apresentam-se, no essencial, como conflitos de direitos costumeiros. O seu estudo é objecto da *sociologia jurídica*. Esta última, tal como no caso da antropologia jurídica, não se destina a apresentar soluções para todas estas questões, antes ostenta por objectivo exprimir com lucidez o processo ou o modo exacto como esses conflitos surgem.

A variedade dos usos e dos costumes exprime-se ainda no *tempo*. É aqui que intervém a *história do direito*. Esta faz apelo a noções e ao labor da sociologia, da etnologia ou da antropologia com o objectivo de ordenar, datar e descrever todas as suas formas e modos de evolução.

ARISTÓTELES sublinhava já que o hábito se apresentava ao homem como uma segunda pele, uma segunda natureza. Blaise PASCAL declarava-se pronto a seguir, neste ponto, o estagirita: "Chassez le naturel, il revient au galop". LE BOM, por último, reconhecia que o aforismo "não se faz o direito, este faz-se" resumia bem, e de forma breve, toda a história do direito.

2.3. *Génesse*

Sob este ponto de vista, os usos e os costumes assemelham-se à "lei natural" inscrita, segundo se pensa, no coração dos homens.

E, no entanto, diferentemente das leis oficiais, os usos e os costumes não conhecem um período formal de gestação, de baptismo. Não são objecto de promulgação nem de publicação.

A sua positividade exige, contudo, um mínimo de promulgação. Esse mínimo determina que os usos sejam trazidos ao conhecimento dos outros. É nesse estádio que tem origem aquilo que os juristas denominam tradicionalmente de *opinio necessitatis*: o sentimento ou a consciência de um dever ou de um direito para ou contra outrem, que todos e cada um se obrigam a respeitar, e que pode ainda ser invocado em justiça, pelo menos no interior do círculo social no qual esses usos tiveram origem.

O número de pessoas que num dado momento adoptam um mesmo comportamento releva quanto à constituição dessa *opinio necessitatis*.

O instinto gregário desenvolve-se particularmente no homem. Mas essa dimensão espacial do fenómeno costumeiro inscreve-se, por sua vez, no tempo: para que muitos abracem uma atitude ou hábito determinado é necessário tempo, isto é, têm de existir *precedentes*.

No domínio político, por exemplo, é esse o caso das chamadas "leis fundamentais do reino". Estas corporizam-se num conjunto de regras hétérogéneas, designadamente de devolução da coroa (hereditariedade, primogenitura, masculinidade, colateralidade) e de inalienabilidade do domínio régio. Cientes da sua permanência e intangibilidade, os legistas invocaram, desde o século XVI, frequentemente, e de bom grado, a sua natureza ancestral e quase imemorial face às pretensões centralizadoras do poder real.

2.4. *O efeito de imitação ou repetição*

A *opinio iuris* ou *opinio necessitatis* pode surgir de duas formas distintas, consoante os tipos de sociedades, fechadas ou abertas, com as quais se relaciona.

Nas sociedades fechadas, de base familiar (*domus*), todo o uso ou costume deverá obter a aprovação, pelo menos tácita, do conjunto da comunidade incarnada na pessoa do chefe. Essas sociedades veiculam a *tradição* no sentido forte do termo: vindos do passado esses usos e costumes devem ser transmitidos às gerações futuras.

De modo oposto às sociedades fechadas, as sociedades abertas ou *polis* repousam em laços sociais reduzidos ao mínimo. Este tipo de sociedade é de base *igualitária*. Cada indivíduo, homem ou mulher, desde o nascimento até à morte, constituem-se como cidadãos de parte inteira. "Os homens nascem livres e iguais em direitos", proclama o artº 1º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Neste sentido, os governantes não são mais do que *primi inter pares*, simples mandatários ou delegados do corpo político soberano, isto é, o "Povo".

As sociedades abertas funcionam assim segundo um modelo contratual. Por isso os usos e os costumes são aí adoptados por via do recurso ao elemento *contratual*, mais ou menos expressamente formulado.

Mas para além desta forma de imitação ou repetição imposta, depara-se-nos uma forma de imitação ou repetição espontânea. Uma velha fórmula escolástica resume bem esta ideia: "forma dat esse rei" ("é pela forma que a coisa recebe o ser"). De certo modo, poderíamos dizer hoje que é o hábito que faz tanto o monje como a meretriz.

Este fenómeno de imitação espontânea está presente no espírito dos membros de qualquer tipo de sociedade. Só que o hábito requer naquele que imita uma certa atracção face ao *modelo* escolhido: um desejo, pelo menos tácito, de se unir a este. O modelo deve mostrar-se portador de valores. Valores físicos: os do atleta, na Grécia Antiga, ou da estrela do cinema, no mundo de hoje. Valores morais: um dos grandes eixos de toda a espiritualidade religiosa é, com efeito, o da imitação do comportamento do Mestre. A *Imitação de Cristo* constitui, a este título, um dos grandes clássicos da literatura cristã da Idade Média.

A imitação estável e generalizada das atitudes ou hábitos torna-se então fonte do direito costumeiro. É assim que um outro grande sociólogo alemão, Norbert ELIAS, explica o nascimento das boas maneiras: tiveram origem no século XVII, no seio das camadas aristocráticas da época, imitadas mais tarde pela burguesia, desejosa de promoção social.

2.5. A consolidação dos usos e dos costumes

Nenhuma ordem jurídica surgiu do cérebro de um qualquer legislador onisciente. Mesmo que a tradição e a história identifiquem legisladores supremos (MOISÉS, CRISTO, MAOMÉ, por exemplo), o direito constrói-se lentamente, pacientemente, através de mil e uma peripécias e acontecimentos da vida social. O que no começo não era mais do que uma imitação, imposta ou espontânea, torna-se, mediante uma repetição mais ou menos generalizada no espaço e no tempo, numa verdadeira regra de boa conduta no seio desta ou daquela sociedade em particular.

Este processo de generalização encontra-se, por vezes, reforçado por contribuições exteriores. É o que ocorre, designadamente, com a fixação por *escrito* dos usos e dos costumes. A maioria dos países da Europa conheceu, entre os séculos XV e XVIII, um movimento assaz profundo de redacção dos costumes com o objectivo essencial de ordenar a miscelânea de regras que, ao longo do tempo, e de um modo mais ou menos imbricado, se tinham vindo a amontoar, variando ainda largamente segundo os lugares e as latitudes. Os redactores e compiladores dos costumes realizaram assim um autêntico trabalho doutrinário, retendo aqueles usos e costumes que lhes pareciam merecer ser conservados, afastando outros, conferindo um novo sentido a outros, etc.

Graças a este intenso labor, os costumes, doravante inscritos em papel, puderam ser consolidados. Esta consolidação dos usos e dos costumes opera-se ainda com maior força se realizada pelo juiz ou pelo legislador. Os redactores do Código Civil francês de 1804, ou "Código de Napoleão", que grande influência exerceu depois entre nós, no período liberal, com a redacção do Código Civil de 1867 ou "Código de Seabra", não hesitaram sequer em propor à Assembleia Legislativa numerosas soluções adoptadas durante o "Antigo Regime" nos "países" ditos de "costumes" (*grosso modo*, ao norte do rio Loire), especialmente em matéria de regimes matrimoniais e de direito das sucessões.

O *direito canónico* (isto é, o direito da Igreja Católica) reenvia também, frequentemente, para os usos próprios do lugar. E chega mesmo a estruturar a sociedade eclesiástica em função dos usos, ritos sociais ou tradições específicas dos espaços e lugares em que exerceu e exerce a sua função evangelizadora. O historiador francês Marc BLOCH (*A sociedade feudal*, L. III, cap. 1, II), a propósito da sociedade feudal, pôde assim escrever: "um costume não se impõe

verdadeiramente como obrigatório senão no momento em que encontra como guardião uma autoridade judiciária imparcial e bem obedecida.

2.6. A denúncia dos usos e dos costumes

A denúncia ou contestação de certos usos e costumes julgados nocivos não se encontra proibida pela ordem jurídica. Mas trata-se, todavia, de uma questão delicada. Sobretudo, se o uso que se pretende pôr em causa se constitui *contra legem*.

Em Portugal, por exemplo, as jurisdições declaram-se normalmente hostis à abrogação das leis penais por desuso. E isso compreende-se: a previsão de uma punição por crime ou delito tende a demonstrar que o comportamento punível atingiu a ordem mínima requerida para a sobrevivência da sociedade *qua tale*. De igual modo, nada impede que o governo, após um longo período de tolerância, de perseguir de novo os fautores das desordens e desacatos sociais.

A dificuldade que existe em modificar os costumes por via imperativa demonstra que, mais do que vencer, do que se trata é de convencer. Perante uma política do facto consumado, a força nada pode se não se fizer acompanhar da razão. Por isso a sabedoria grega estimava que, em certos casos, a *política* e a *retórica* deveriam ser preservadas e conservadas. Uma e outra vinham concebidas por ARISTÓTELES (*Poética*, VI) como "a faculdade de proferir as palavras necessárias e convenientes". O recurso à razão alimenta-se assim de argumentos razoáveis: conforme à "natureza das coisas", uma outra expressão tão ao gosto dos juristas.

§3. A codificação

3.1. Origem

Outrora, o direito fixado por *escrito* encontrava-se consignado em rolos de papiros: os *volumina* divididos em colunas e em capítulos. O "livro da lei", escrito por MOISÉS e dirigido ao povo hebreu (cfr., *Deuteronómio* 31, 24), no

qual Deus recomendava a JOSUÉ, sucessor de MOISÉS, que não se afastasse da sua boca, que não deixasse de meditar sobre a sua palavra, de dia e de noite (cfr., *Josué*, 1, 8), era constituído por um rolo que o latim da Vulgata denominou de *volumen*.

Os livros da lei eram assim abertos a duas mãos, o que tornava o seu estudo muito complicado. O aparecimento no século II do livro composto por *páginas* em pergaminho ou código (*codex*), de utilização muito mais cómoda, iria transformar a vida dos juristas a tal ponto que o próprio termo código se tornou rapidamente sinónimo de recolha jurídica ou de recolha de leis.

Os três primeiros grandes *codices* foram o código gregoriano (*codex Gregorianus*, 291), o código hermogeniano (*codex Hermogenianus*, 295) e o código teodosiano (*codex Theodosianus*, 438). Outras recolhas anteriores, mas descobertas muito mais tarde (códigos de Ur Nammu, cerca de 2070 a.C., de Lipit Instar, cerca de 1930 a.C., de Hammurabi, 1790 a.C.) só são assim designados por analogia.

Na linguagem jurídica, o termo "código" deu origem ainda a "codicilo" (*codicilli*, em latim) ou "pequeno código": documentos escritos que - um testamento, que, recorde-se, comportava já normalmente legados, isto é, leis (privadas).

3.2. *Compilar, codificar*

Na origem, os códigos são sobretudo recolhas de leis, tanto oficiais como não oficiais. O código de Teodósio (438), o primeiro a ter um valor oficial, assemelhava-se às constituições ou leis imperiais dimanadas após o consulado de CONSTANTINO. No Oriente, esse código permanecerá em vigor até JUSTINIANO, que o integrará, com as constituições ulteriores, no *codex justinianus repetitae praelectionis* ao qual virão juntar-se as *Novellae constitutiones* (Novelas), suma das leis promulgadas pelo próprio JUSTINIANO.

O código de Justiniano e as Novelas ocuparão, respectivamente, o quarto e o quinto lugares do *Corpus iuris civilis* que contém, para além do *Novus codex justinianus*, cujo texto se perdeu, o *Digesta* (Digesto) ou Pandectas, que recolhe os escritos dos jurisconsultos romanos, e as *Institutiones* (Instituições), espécie de nova edição actualizada de um manual escrito séculos atrás por um obscuro professor de direito: GAIUS.

O *Corpus iuris civilis* permanecerá durante largo tempo ignorado do Ocidente, onde, até ao renascimento do direito romano, no seio da escola de Bo-

lonha, o Código teodosiano permanecerá como fonte essencial do direito romano. Esse mesmo código alimentou a *lex romana Wisigothorum* ou *Breviário* (abreviado) *de Alarico*, que assumirá o papel de lei romana dos Fran-cos. A descoberta no Ocidente do *Corpus iuris civilis* de JUSTINIANO dar-lhe-á entretanto o nome. Com efeito, existia já um *Corpus iuris canonici* (1580) ou "Corpo do direito canónico", direito próprio da Igreja Católica, que se contradistinguia do direito romano recolhido nos trabalhos realizados por JUSTINIANO, sendo este último baptizado, por contraposição, de "Corpo do direito civil", do direito profano se se quiser.

Seja como for, todos estes grandes monumentos da ciência jurídica, recolhidos nos códigos, são, na realidade, compilações, recolhas mais ou menos conseguidas onde se ordenavam regras anteriores sobre esta ou aquela questão de direito a fim de facilitar aos juristas o seu trabalho de investigação e reflexão. Algumas dessas compilações têm certamente uma pretensão universalista ("Pandectas" significava, de resto, em grego, "o que diz tudo"), mas trata-se, todavia, de puras colecções, não de verdadeiras codificações. São obras puramente científicas voltadas para o passado. Não pretendem inovar, mas somente ordenar o direito positivo anterior. Em definitivo, as compilações são simples *recolhas* mais ou menos cómodas de consulta.

As recolhas ou enciclopédias jurídicas de hoje são do mesmo tipo. A codificação verdadeira e própria é de outra natureza. Como as compilações possuem também um carácter científico: as codificações são geralmente elaboradas por juristas. Só que esse aspecto permanece secundário. Os códigos apresentam-se, sobretudo, como projectos políticos voltados para o futuro. Pretendem, no essencial, governar o futuro. E, se muitas vezes se inspiram no passado, seja para o conservar, seja para o abolir, é sempre para o desintegrar: mesmo quando se opta por conservar as soluções de outrora, estas possuem na codificação um espírito novo, uma nova vida, em ruptura com a autoridade anterior.

3.3. *Um código, na forma*

Racionalidade, racionalização: eis, no essencial, do que se cuida num código. Esse traço comum manifesta-se, antes de mais, na forma. Os códigos materialmente apresentam-se como livros divididos eles mesmos em outros livros, partes, títulos, capítulos e secções. Esta apresentação corresponde, de

certo modo, ao desejo expresso por CÍCERO, a respeito do direito romano, de “redigir com arte”: “*ius in artem redigere*”.

Os códigos regulam, de forma mais ou menos completa, uma situação jurídica determinada, encarada sucessiva e logicamente sob diversos pontos de vista. Essas subdivisões elementares tomam designações diversas consoante a ordem jurídica. “*Artigos*” para os códigos de inspiração francesa, “*canones*” para os códigos promulgados pela Igreja Católica, “*parágrafos*” na tradição alemã. Esses artigos, canones ou parágrafos comportam, frequentemente, por razões de clareza de exposição, várias alíneas referidas, por sua vez, a uma única linha. Em numerosos códigos essas alíneas levantam um problema de interpretação: quando uma alínea termina por um ponto e vírgula, a alínea seguinte constitui uma nova alínea ou simplesmente um prolongamento da alínea precedente? Extremamente prolixos na sintaxe, os juristas tendem a ver aí uma só e única alínea. Uma nova alínea supõe que a alínea anterior termine por um ponto.

Os artigos, canones ou parágrafos são ordenados numa rotação e numeração contínua, a partir do número 1. Deste modo, o Código Civil alemão (*Bürgerliche Gesetzbuch*, de forma abreviada BGB) de 1896, comporta 2380 parágrafos, o Código Civil francês de 1804, 2281 artigos (hoje 2283), e o Código Civil português de 1966, 2334 artigos.

3.4. *Um código, no conteúdo*

Este aspecto formal de racionalidade traduz uma preocupação de fundo que anima todos os codificadores.

Um código é, antes de mais, um acto *racionalizador*, portador de uma vontade de *unidade e universalização*. Estas duas características apresentam-se como complementares. MAX WEBER (*Sociologia do Direito*, cap. VI), escrevia, a este propósito, que a unidade ou incorporação do *imperium* na pessoa do príncipe resultava tanto ou mais relevante quanto o poder deste último fosse tido por forte e estável na vida jurídica, contribuindo para a unificação do direito, ao cabo e ao resto, para uma codificação verdadeira e própria. E acrescentava: o príncipe busca tanto a *ordem* como a *unidade* no seu reino; um direito claro e compreensível que corresponda aos interesses da sua administração e uma jurisdição estável e segura reclamada pelas classes burguesas.

Toda a codificação tende a reunir num único livro o conjunto do direito que rege este ou aquele aspecto da vida social: fixa princípios, regula tão só os casos

mais frequentes, determina as questões mais vitais e prementes do corpo social e abandona tudo o resto aos usos e costumes do povo ou à reflexão dos juízes e cultores do direito.

PORTALIS (*Discurso preliminar sobre o projecto de Código Civil*), um dos principais redactores do Código Civil francês de 1804, precisava, deste modo, a intenção dos codificadores: "A função da lei é a de fixar em grandes conceitos ("par des grandes vues") as máximas gerais do direito, estabelecer princípios fecundos em consequências, e não a de descer ao pormenor das questões que podem surgir em cada matéria".

Por definição, todo o código pretende tornar a lei "uniforme". A *racionalização* do direito deseja um código que determine soluções que possam ser uniformemente aplicadas em todos os sítios e lugares. Oicamos, mais uma vez, PORTALIS (*Discurso*, cit.): "Hoje, uma legislação uniforme faz dessa-parecer todos esses absurdos e esses perigos; a ordem civil cimenta a ordem política. Não somos mais provençais, bretões, alsacianos, mas franceses".

A *uniformidade* é assim apresentada por PORTALIS como uma fonte de paz: "Sim, cidadãos legisladores, a única razão de existência de um código civil uniforme é a de determinar o momento que garanta o regresso permanente à paz interior do Estado".

Um código *simplifica*: reunifica aquilo que pela natureza mesmo das coisas, ou pela força mesmo das leis, tende para a dispersão. Mais ainda: um código *normaliza*: faz com que a regra que determina acabe por se transformar ela própria no sinal tangível do que deverá ser tido por normal, ordinário, comum, daquilo que se tenderá a encontrar por todo a parte, por todos. A este título, o código surge também como uma actividade *legiferante*. E o que é mais: concretiza as aspirações de igualdade do povo. Reage à diversidade de direitos que caracterizava o "Antigo Regime".

Deste modo, o fenómeno das codificações, que emerge nos séculos XVIII e XIX, encontra-se frequentemente associado a um processo histórico de *centralização* do poder político. Veja-se, a propósito, o Código prussiano de 1791 ou o próprio Código Civil alemão (BGB), elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo famoso Professor de Direito Bernhard WINDSCHEID, votado pelo corpo legislativo, promulgado e publicado a 26 de Agosto de 1896 pelo Imperador GUILHERME II. A Alemanha unificada possuía, por fim, o *seu* Código Civil: uniforme.

Diferentemente, dos "códigos de conduta" ou dos "códigos de honra", que cada um pode elaborar ou forjar à sua maneira, em grande parte de origem costumeira, os códigos no sentido técnico do termo apresentam-se como produto

de uma *legislação*. São actos de governo, actos políticos, seja qual for a sociedade a que se dirijam.

3.5. *Descodificação e recodificação*

As leis concretizam-se em orientações mais ou menos prementes que os governos dirigem aos cidadãos. Recolhas ou compilações racionais de leis, os códigos possuem, de igual modo, os mesmos destinatários que as leis em geral: os cidadãos.

Os códigos mais importantes, aqueles que são chamados a regular a vida ordinária, possuem um valor superior. Todos os governados devem conhecê-los. Esta constitui a grande tarefa de *instrução cívica* na correcta acepção do termo. Sob este ponto de vista, os códigos podem legitimamente aspirar a modificar a vida social.

O aparecimento de um código, trate-se ou não de uma ruptura política e legislativa como foi a ocorrida em França, em 1804, com o Código Civil, traduz-se sempre num grande acontecimento. Nalguns casos pode mesmo marcar uma época.

Apesar disso, nada impede que um código se reveja numa fracção de segundo, que seja tão só o "espaço de um instante". Uma vez promulgado, começa logo o processo da sua descodificação. PORTALIS (*Discurso*, cit.) tinha disso plena consciência. "Um código", observava, "tanto mais completo quanto possa parecer, nunca se encontra totalmente acabado; mil questões inesperadas acabam por se deparar e oferecer aos magistrados". Neste sentido, e com o objectivo de contrariar essa inevitável incompletude do Código Civil, necessário se torna apelar para o trabalho criativo dos tribunais, numa palavra, para a jurisprudência. E conclui: "Os códigos dos povos *fazem-se com o tempo*, não os fazemos".

Mas nem sempre o optimismo poderá prevalecer. O trabalho pretoriano realizado sobre um código acaba muitas vezes por o desnaturar, conduzindo, na prática, a uma verdadeira descodificação. A isto haverá que acrescentar as inevitáveis leis positivas adoptadas de seguida com o objectivo de responder a preocupações inteiramente novas que os codificadores (e com eles as codificações) não haviam sequer previsto.

Quando se atinge um tal grau alarmante deste processo de descodificação, o legislador tem tendência a proceder a uma recodificação. Esta pode ser *parcial* ou *total*. Um exemplo: se o Código Civil francês de 1804 pôde continuar a reger

os destinos do direito francês é porque grande parte dos seus artigos e disposições, aprovados em 1804, foram entretanto abrogados e substituídos por outros sem alteração da numeração inicial.

Entre nós, diferentemente, operou-se uma revisão total do Código Civil de 1867. Cem anos volvidos sobre a entrada em vigor do Código de Seabra, este último foi substituído pelo actual Código Civil, de 1966, objecto, por sua vez, de numerosas e diversas alterações. O Código Penal de 1886, em vigor até há pouco tempo (1986), foi sucessivamente objecto de revisões, parciais e totais, a última das quais data precisamente de 1998.

§4. O direito negociado

4.1. A mística do contrato

Entre os processos de criação de direito, os contratos ocuparam sempre um lugar privilegiado. Pelo contrato as pessoas, públicas ou privadas, selam um *pacto* que governará as suas relações mútuas, concluem um *tratado* que decide o resultado da respectiva negociação comum.

Nas relações entre particulares, onde primeiro os contratos se desenvolveram, estes presidem aos destinos das trocas de bens (troca, venda, locação, depósito, empréstimo, etc.), à posta em comum desses bens (associações, sociedades, comunidades conjugais, etc.) ou à partilha dos mesmos.

Todas estas operações ou resultam inteiramente regidas por leis, ou pelos usos, ou por ambos simultaneamente. Essa regulamentação externa às partes toma o nome de *estatutos*. Os estatutos (ou estados) apresentam-se como regras dimanadas com anterioridade à instituição a que se referem, destinados a reger a vida social. As *relações* entre as pessoas perdem o seu carácter puramente relacional, privado, para se converterem em *situações públicas* nas quais domina um terceiro invisível mas bem real: o *legislador*.

Numa sociedade inteiramente dominada pelo princípio estatutário, o direito negociado não tem lugar. A liberdade de cada um consiste em aderir voluntariamente ao destino que lhe foi traçado pelas leis ou pelos costumes sociais. Deste modo, as sociedades estatutárias apresentam-se, ordinariamente, como sociedades estáveis, estratificadas, à imagem, por exemplo, da Índia. Nestas sociedades domina o princípio da *honra*: cada um possui um *estatuto*. Neste

contexto, o membro de um estalão ou classe social não se arrisca a fazer negócio, a contratar, com a classe ou estalão que lhe é inferior.

O grande historiador inglês Henri SUMMER MAINE, no século XIX, pôde assim escrever que existia uma lei sociológica de evolução do *estatuto* para o *contrato*. O século XX ensinar-nos-á, porém, o contrário, com a passagem e proliferação de estatutos aí onde, outrora, tudo se resumia a uma questão de negociações.

Inversamente, noutras latitudes, o contrato é lançado fora pela porta para entrar de novo pela janela. Mesmo as operações mais detalhadamente regulamentadas entre particulares, que justamente constituem as operações mais correntes, as da vida quotidiana (trabalho, alimentação, habitação), conservam ainda alguns aspectos ou laivos retirados do contrato. Admite-se de bom grado que esses acordos individuais não possam regular livremente todas as matérias ou questões, mas o mesmo não poderá dizer-se dos chamados *acordos colectivos*, firmados, por exemplo, entre os sindicatos dos trabalhadores, de um lado, e as entidades patronais, do outro.

Em Portugal, este aspecto da negociação colectiva, que os juristas em França baptizaram de teoria da *ordem pública*, é visto ainda como pertencente à ordem privada. Quer dizer, os acordos ou convenções colectivas não são ainda vistos entre nós como um aspecto de uma "conquista" no campo social. Conquista, porque a partir do momento em que o acordo colectivo é assinado este passa a integrar o estatuto do próprio trabalhador assalariado não podendo como tal sofrer nova renegociação. Esta conquista social transforma-se numa "vantagem adquirida", num direito estatutário. Neste sentido, a negociação constitui um precioso auxiliar do estatuto, ou se se quiser, o verdadeiro "nervo da guerra".

O direito negociado, de que resulta o contrato ou convenção, diz também respeito às relações entre pessoas públicas. Toma então o nome de *tratado*, *pacto* ou *convenção*. Os mais relevantes são os que intervêm na ordem internacional, assinados, aprovados e ratificados pelos órgãos constitucionalmente competentes para vincularem internacionalmente os *Estados soberanos* ou por órgãos igualmente competentes de entidades qualificadas de sujeitos de direito internacional: as *organizações internacionais*.

Hugo GROTIUS, no século XVII, consagrou uma obra a esta questão: o seu famoso *Do direito da Guerra e da Paz*. Aí, de facto, operou uma transposição dos conceitos que regiam os acordos privados para o direito susceptível de reger as relações públicas internacionais. O título dessa obra merece ser meditado. Se o contrato se apresenta como um acto de *paz*, seja entre Estados

seja entre particulares, frequentemente é precedido de actos de *guerra*, os quais, na realidade, se apresentam como formas extremas de negociação onde cada um tenta impor ao outro a *sua* solução.

Por outro lado, é também por intermédio da conclusão de tratados ou convenções internacionais que os Estados, depois de difíceis e por vezes morosas negociações, aceitam renunciar a uma parte da sua soberania em favor de instâncias internacionais ou supranacionais que tendem a ocupar a posição de um legislador internacional (a Organização das Nações Unidas, por exemplo) ou mesmo supranacional (a União Europeia, por exemplo).

Enfim, a dinâmica contratual tende à criação de autênticos estatutos. O mesmo poderá dizer-se das chamadas teorias do "*contrato social*" elaboradas, a partir do século XVII, por HOBBS, LOCKE e ROUSSEAU.

Mais recentemente, no domínio da economia, concretamente no quadro do *intervencionismo* público, o contrato ganha igualmente foros de cidade. Por exemplo, os "contratos-programas" entre pessoas públicas e privadas a fim de cumprir os objectivos da planificação pública. Alguns designam este tipo de contratos de "quase-contratos" do plano, uma forma de associar certas empresas ao bom desenvolvimento de projectos económicos elaborados pelos poderes públicos. Esta "contratualização" dos objectivos do plano tem vindo a ser qualificada, um pouco por toda a parte, de "política contratual".

4.2. *As coisas fora do comércio jurídico*

Seja qual for o lugar respectivo do contrato em relação ao estatuto, a verdade é que nem tudo é negociável, nem entre particulares, nem entre pessoas públicas, nem entre pessoas públicas e particulares. Certas relações sociais não podem, por essência, ser objecto de negócio jurídico. São situações estatutárias e como tal devem permanecer.

Deste modo, tudo o que releva da "coisa pública" (*res publica*), por via de regra, é considerado fora do comércio jurídico. A competência, por exemplo, não entra no comércio jurídico. Nem sequer se presume: ou existe ou não existe. O negócio ou comércio com os órgãos do corpo humano também não entra no comércio jurídico. É objecto de leis públicas. Possui um determinado estatuto. O mesmo poderá dizer-se da chamada "maternidade de substituição", dos embriões humanos, etc.

Mas isso não significa que a lei pública não possa ser objecto de negociação. O direito constitucional português prevê mesmo, tratando-se de "legislação do trabalho", quanto aos sindicatos, comissões e associações representativas dos trabalhadores, um direito de audição integrado no processo legislativo. O seu não cumprimento gera não uma mera irregularidade, mas uma verdadeira e própria *inconstitucionalidade*: a violação de um elemento fundamental do processo de feitura da lei.

Para além disso, existem ainda os *lobbies*, as negociações secretas e outras formas de pressão, objecto frequente de regulamentação pública, nos Estados Unidos, mas infelizmente escassamente entre nós.

4.3. Os ritos da negociação

Toda a negociação tem os seus ritos, mais ou menos formalizados. Os debates parlamentares, com os seus processos rigorosos, constituem disso exemplo marcante: um modelo de negociações juridicamente organizadas.

Toda a negociação tem por objecto chegar a um *acordo*. Este, por sua vez, mostra-se fortemente ritualizado: processos solenes concluídos por um *juramento* (invocação da divindade ou da honra como garante da promessa de cumprimento) ou por *fórmulas* rituais como, por exemplo, as do direito romano: "*Spondes ne?*" — "prometes"; "*Spondeo*", "prometo".

A forma desses ritos diverge consoante a negociação seja concebida como uma prova de força, uma *competição* guerreira onde se enfrentam os adversários, ou *cooperação* amigável entre futuros sócios ou cooperantes. Toda a negociação, progressivamente, possui algo destas duas formas.

Em termos breves, a negociação define-se como uma "confrontação pacífica" entre "protagonistas" (de *prôtos*, primeiro, e *agônizethai*, combates) que devem "concertar-se" (de *cum*, com, *certare*, combater). No seu sentido originário, significava entrar em "combate", em "controvérsia". O que conta fundamentalmente é a predominância (relativa) de um ou de outro desses elementos.

Se insistirmos no aspecto combativo (os negociadores modernos são "batentes"), os ritos terão por objecto canalizar a agressividade sem a destruir, num torneio ou *justa* oratória, um *duelo* de ódio ou de amor, em que cada um pretende vencer o outro. Sob este ponto de vista, a *diplomacia* não será mais, segundo a célebre fórmula de CLAUSEWITZ, do que "a continuação da guerra por outros meios", podendo como tal assistir-se a uma "ruptura de negociações" ou a negociações "golpe por golpe".

Se, pelo contrário, colocarmos o acento tónico no aspecto da cooperação, o fim da negociação não será já colocar o adversário em "xeque mate" ou "KO", mas antes de fazer deste um aliado. Tudo repousará nos rituais prévios de *cortesia*, de concessões mútuas da palavra, de "todos à mesa" com o objectivo de formular proposições ou propostas aceitáveis.

Arte de *vencer*, com as suas estratégias e tácticas refinadas, a negociação merece certamente que sobre esta nos debrucemos com maior detalhe. Leia-se, a este propósito, com proveito, a célebre *Arte da Guerra* de SUN TZU.

4.4. Prestações e estipulações

Todo o contrato constitui uma operação económica, não no sentido em que diga respeito unicamente a bens de ordem material ou mesmo imaterial (o *património stricto* ou *lato sensu*), mas basicamente porque revela e releva de u-ma *economia*.

O termo *economia* identificava, de resto, na Grécia Antiga, as regras que presidiam à boa organização da casa (*eco*, casa; *nomos*, direito). De seguida, o termo foi explorado pelos primeiros teólogos cristãos (os pais da Igreja), sobretudo aqueles que viviam nos meios helenizados, no sentido de o aplicar às regras dimanadas do chefe de família que era, nos primórdios, o Deus dos cristãos, com o objectivo de presidir ao governo da imensa família dos fiéis de Cristo. Os pais da Igreja falaram então em *economia da salvação* trazida por Deus na pessoa do seu filho Jesus Cristo ao povo eleito, o povo de Deus. Distinguiam assim a "economia da Antiga Aliança" (a concluída por Javé no Monte Sinai com o povo de Israel) da "economia da Nova Aliança" em Cristo. Mais tarde, o termo foi recuperado pelos publicistas e economistas que lhe acrescentaram o qualificativo de "política".

A *economia política* significava então o conjunto das regras que governavam a *polis*, isto é, o Estado, por iniciativa desses semi-deuses que eram, no começo, os monarcas e, particularmente, os governos profanos.

A economia do contrato concentra-se, no essencial, nas prestações recíprocas das partes. A *reciprocidade* constitui mesmo a essência das convenções. Por definição, todo o contrato, pacto ou tratado supõe, pelo menos, duas pessoas em relação, não existindo relação que não suponha um mínimo de reciprocidade. Mesmo se uma das partes se obriga unilateralmente a fornecer uma prestação a outra, a reciprocidade permanece: uma vez o acordo concluído,

a parte beneficiária obriga-se, pelo menos, a receber o que havia prometido ao outro.

Existem, assim, duas espécies de prestações recíprocas, duas espécies de pactos: as alianças e aquilo que os gregos denominaram de *synallagma*, que poderemos traduzir por trocas. As *alianças* são prestações recíprocas totais, para o bem e para o mal. Por exemplo, no começo de *O Padrinho* de Francis Ford COPPOLA, no seio dessa sociedade tradicional que é a mafia, verifica-se que os pactos consistiam, nuclearmente, em dons recíprocos, prestações totais, alianças que normalmente se concebiam como definitivas.

Os *synallagma*, por sua vez, constituem trocas de bens ou serviços entre pessoas ou grupos de pessoas. Mas de modo diferente das alianças, com as quais certos antropólogos (Marcel MAUSS, Claude LÉVI-STRAUSS, por exemplo) os confundiram, essas trocas materializavam-se em prestações recíprocas parciais que tinham lugar entre pessoas estranhas umas às outras. Não definiam em princípio nenhuma solidariedade para o futuro, somente uma reciprocidade imediata, que poderia durar um certo tempo, um tempo concebido como limitado e pontual. Como correctamente observou ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, Livro V, cap. 4 e ss.), o ponto em comum entre essas prestações era a *restituição*: aquele que recebe ou aceita o bem de outrem deve restituir o que dele recebeu ou tomou ou, na falta de um equivalente exacto, uma contrapartida que, como tal, deverá ser estritamente medida em função do empobrecimento do parceiro. Deste modo, toda a troca tende a ser reabsorvida pelo simples retorno ao *status quo ante*. A fórmula da troca é, segundo os juristas romanos ", do ut des". A da aliança "do, des".

Essas duas categorias de prestações recíprocas só adquirem, porém, verdadeiro sentido por intermédio das estipulações do contrato. As estipulações a-presentam-se como palavras (ou gestos) pronunciadas (ou efectuados) entre as partes. Essas palavras determinam a natureza da operação que as partes pretendem realizar: uma aliança ou troca, um certo tipo de aliança ou um certo tipo de troca: a economia do contrato. Deste modo, são as estipulações, e não as negociações, o direito negociado, que forma verdadeiramente o direito. Tudo se resume à presença entre o "do" e o "des" de um eventual "ut".

4.5. As liberdades

Nesta ordem de considerações, e não sem qualquer paradoxo, o que verdadeiramente caracteriza o contrato é a possibilidade de não o concluir, de não acordar face a outrem sem que com isso se cometa uma injustiça.

Não obstante, contratos existem — por exemplo, os contratos de seguro — em que, embora a lei os designe como tal, toda a liberdade se encontra suprimida. Fala-se então em contratos de adesão, pactos leoninos, etc.

Esta liberdade de não realizar o contrato, esse contrato, de não ficar obrigado por este, não preexiste a todos os negócios jurídicos. É certo que todo o acto humano deve constituir, por essência, um acto livre, logo *responsável*: um acto pelo qual o ser humano poderá responder em justiça. Esta responsabilidade nasce a partir do momento em que o acto se materializa.

E que acto mais humano poderá existir senão a *palavra*, a *linguagem*? Deste modo, no início, o que relevava no contrato era essencialmente a *palavra*: palavras trocadas, palavras dadas e por vezes devolvidas. As palavras, segundo John L. AUSTIN, constituem-se como "actos de linguagem". Daí o título evocativo de uma das suas obras mestras: *Como fazer as coisas com as palavras* (1962).

Por último, as coisas sobre que acordam os co-contraentes possuem um sentido, um *logos* interior, explorado pelas partes sem solução de continuidade entre si e as coisas que manifestam a respectiva união. *Stipula*, deu lugar a *stipulatio*, estipulação, que, na origem, se apresentava como uma viga de palha que os co-contraentes quebravam quando da formação do contrato.

Quebrar, é disso mesmo que se trata: a ruptura sela a união. Criadora, a palavra é então fonte de responsabilidade. O termo "responsabilidade" nasceu, de resto, no "meio" contratual. "*Spondeo*" ("prometo"), diz um dos co-contraentes. E ao dizê-lo, *compromete* a sua palavra, engaja-se. Donde: "*respondeo*" ("respondo"). A *sponsio* latina deu lugar ainda a *sponsor*: aquele que se oferece como garante. Essa mesmo *sponsio*, deu origem a *sponsalia*, os sponsais ou prometidos: promessa solene de casamento entre determinados povos.

4.6. A igualdade

Na sua *A Ciência Nova* (Livro I, CIX), Giambattista VICO escreveu: "Os homens de ideias curtas denominam direito tudo o que vem explicado por palavras". "Os homens inteligentes" definem assim o direito: "tudo o que se mostra necessário à distribuição equitativa da utilidade" (ibid., CXVIII).

Quer dizer, para além da palavra, existe a liberdade. É necessário que a palavra seja justificada: que tenha uma "causa" dizem os juristas de tradição romana. Do mesmo modo que a *consideration* da *Common Law*, a *causa* consiste, no essencial, num porta-palavra: o que suporta a palavra e lhe confere sentido. Se não existe causa, *consideration*, não existe palavra dada ou esta não pode ser dada sem cair em injustiça. Daí que, no contrato, ao empenhar a palavra, tenha de existir ainda, segundo VICO, "uma distribuição equitativa da utilidade".

POTHIER distinguia assim na economia contratual entre os *essentialia*, os *naturalia* e os *accidentalibus*. Uma gradação decrescente, que vai do que se considera necessário e imprescindível ao que se encontra aberto à negociação.

A causa ou *consideration* reenvia-nos, por sua vez, a uma noção de *igualdade*, variável consoante a natureza da operação e, particularmente, as prestações recíprocas. É aqui que tem origem a teoria do *preço justo* elaborada pelos teólogos medievais (cfr., S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa*, IIa-IIae, q. 77), e o seu contrário: a *lesão* nos contratos. A lesão, defeito pelo menos parcial de causa, é vista essencialmente como uma injustiça que reclama por uma compensação, salvo se se considerar, como o fazem em geral numerosas leis positivas, que somente a *laesio enormis*, a injustiça pouco corrente (*ex norma*: fora da norma) merece ser censurada. Mas a lesão radical é sempre proibida. Enfim, se não for justificada, "causada", a palavra não pode ser tomada autenticamente como tal, isto é, como palavra.

Esta igualdade de prestações recíprocas, susceptível de variar segundo o tipo de operação, subordina-se, correntemente, a uma outra igualdade: entre as *partes* na negociação. Para serem verdadeiramente recíprocas, as prestações dadas ou trocadas devem sê-lo entre co-contratantes que acordam entre si, de "comum acordo", isto é, mantendo-se constantes as condições de identidade e de igualdade de vontades. Durante largo tempo os juristas postularam esta igual-

dade tanto nos contratos entre particulares como nos contratos entre os Estados. Hoje, diferentemente, esta igualdade surge como um equívoco, um logro, uma ficção da qual se põe em causa a sua natureza salutar. A despeito desta suposta "autonomia de vontade", os particulares não são mais iguais entre si do que os próprios Estados.

No sentido de remediar a estas desigualdades de facto, utilizam-se, correntemente, duas soluções principais, pelo menos em direito interno. A primeira consiste no legislador — ou o juiz sob sua autorização — impor, nos contratos cuja negociação corre o risco de um desequilíbrio (contratos ditos de adesão), uma política de cláusulas contratuais susceptível de contrariar as cláusulas abusivamente inseridas no contrato pela parte "forte", detentora de uma posição dominante. Este proteccionismo, à primeira vista salutar, não deixa de ser nocivo: desnatura profundamente o direito negociado, transformando-o, em maior ou menor grau, num direito estatutário.

A outra solução, que terá talvez o favor dos sistemas políticos mais liberais, mas que pode também ser encontrada, em menor escala, em ordens jurídicas em que o legislador se mostra um pouco mais intervencionista, consiste em deixar os mais fracos organizar-se entre si, em reagrupar-se, com vista a negociar desta feita em posição de força. Realizadas essas *convenções colectivas*, estas aplicam-se a todos os contratos singulares que reentrem no seu campo de aplicação. A vantagem desta solução é clara: radica em manter a existência de um direito negociado.

4.7. A fraternidade

O único remédio encontrado para vencer estas dificuldades de facto tem um nome: fraternidade, variação do tema da amizade. A essa fraternidade entre os co-contratantes os juristas dão a designação de *boa-fé*.

Deste modo, o direito negociado é também um *ius fraternitati*. Este traduz-se, por sua vez, na preocupação que deve animar cada uma das partes em transcender o conflito inerente a toda a negociação, dando conta dos legítimos interesses de cada um sem contudo sacrificar os seus próprios.

A jurisprudência clássica editou a este respeito regras mínimas: o acordo contratual não pode resultar do exercício de violência física ou moral sobre uma das partes pelo seu co-contratante ou mesmo por um terceiro mais ou menos conluiado com este.

A violência, quando dá origem a uma crença (*metus*) inultrapassável, o *dolo*, fonte de erro determinante nos co-contratantes, anestesia a liberdade ao ponto de a tornar ilusória.

Perante este quadro, seria manifestamente erróneo e injusto manter laços ou relações não plenamente consentidas. O *ius fraternitatis* clássico ordena aceitar que mesmo o *erro* espontaneamente cometido pela outra parte sobre o que constitui a economia essencial da convenção (a sua "substância", dizem os juristas) possa, caso fique provado, permitir a invocação da nulidade da convenção. Assim, o erro sobre a substância, a violência e o dolo são tradicionalmente considerados como causas de nulidade do acordo ou convenção em questão.

Estas são as soluções mínimas. Mas nada impede que o princípio da boa-fé possa conduzir a outras soluções para que o equilíbrio ou a economia da convenção seja a de um autêntico *pacto*. Literalmente, um factor de paz social. "Acordar" significa, de resto, "estar de acordo", "ir em conjunto": É nessa autêntica união de vontades que reside o convencido, o acordado. Que essa comunhão desemboque numa aliança ou num *synallagma*, pouco importa. Só conta aqui, nem que seja por um instante, a plenitude do acordo: o acordo perfeito.

4.8. O princípio "pacta sunt servanda"

"Porque deverei manter a minha promessa? Porque assim *o devo fazer*, cada um o compreende por si próprio". Assim se interrogava na *Metafísica dos Costumes. Doutrina do Direito* (§ 19) Emanuel KANT. E acrescentava, em jeito de resposta: "De facto, é absolutamente impossível ao géometra provar pelo raciocínio que, para construir um triângulo, é necessário tomar três linhas, que apreciadas em conjunto, duas necessariamente terão de ser maiores do que a terceira" (*ibid.*).

De idêntica forma, poderíamos explicar a razão pela qual os acordos devem ser respeitados, mas não a razão que justifica o respeito escrupuloso a esses acordos em si, um "imperativo categórico" na terminologia de KANT. KANT, um espírito racionalista, talvez não se aperceba bem de que aqui o "como" se mostra revelador da "razão", do "porquê". Se devo permanecer fiel aos meus compromissos, é porque neles comprometi a minha fé, a minha boa-fé.

A *fidelidade* a si mesmo mostra-se essencial. Na realidade, é a fidelidade ao outro, a esse outro a quem me dirigi e recebeu essa fé, uma fé que eu com-

prometi. Uma prova: o meu co-contratante pode dispensar-me de cumprir a minha promessa. Mas eu mesmo não tenho esse direito, porque ao fazê-lo cometeria uma infidelidade.

Fidelidade ao outro: não o lesar naquilo que este tem de mais autêntico, a sua fé, a fé que nos acordou. "O fundamento da justiça", ensinava já CÍCERO (*De Officiis*, 1, 17), "é a boa-fé, isto é, a fidelidade exacta à palavra dada e aos acordos dados". Fidelidade aos outros, porque nenhuma sociedade pode viver sem confiança: sem *fides*. Isso seria o mesmo, segundo CÍCERO (*ibid.*, III, 5), que "suprimir a vida em comum e a sociedade dos homens".

A *confiança* é ainda maior. Fundada na fidelidade *do* outro, forma como que a síntese das três virtudes ditas teogonais. Referem-se, sobretudo, à divindade: a fé, a esperança, a caridade ou o amor. A confiança traduz-se numa *esperança* fundada na fé e no amor. Na *fé*, porque é preciso crer para ter confiança; no *amor*, porquanto atribui àquele que crê a sua dignidade mais eminente.

As convenções devem assim ser cumpridas de boa fé (cfr., artº 227º do Código Civil). Os co-contratantes devem cumprir o pacto, não apenas na sua *letra* como também no *espírito* que o anima. É este o sentido profundo da fórmula latina "*pacta sunt servanda*": a paz entre os co-contratantes.

4.9. O imprevisto

E o que fazer com o acaso, o imprevisto? Um contrato, pacto ou obrigação deverá ceder perante a superveniência de circunstâncias imprevistas? Sem sombra de dúvida, se se tratar de um verdadeiro caso de *força maior*. "Ao impossível nada pode exigir-se", diz um velho adágio. Toda a obrigação deve cessar perante aquilo que os ingleses denominam de "acto de Deus" ("Act of God"). Ao *ius*, demasiado humano, substitui-se o *fas*: a sorte, boa ou má, que não é o *acaso*, mas a *necessidade*.

O acaso, o imprevisto, tem as suas leis, estatísticas pelo menos. A necessidade, por seu turno, não tem outra lei senão ela mesmo. Expressões como a "necessidade faz a lei" ou a "necessidade não tem lei", traduzem pontos de vista semelhantes sobre uma mesma realidade.

Estes sábios adágios encontram um outro terreno de aplicação que os juristas denominam de *estado de necessidade* e os moralistas de *voluntário indirecto*. Face a circunstâncias imprevistas, que impõem a escolha entre dois

males, é o mais grave que deve imperativamente evitar-se. Quanto ao outro, que se realiza pela força mesmo das coisas, precisam os moralistas, a sua produção não gera nenhuma responsabilidade para o seu autor, já que este não o quis nem o desejou directamente. Este princípio geral de direito, é aplicado por CÍCERO (*De Officiis*, I, 10) aos contratos: "Quando as circunstâncias mudam o dever muda também". De igual modo que a força maior, o estado de necessidade surge como facto justificativo: justifica o mal que se causa não respeitando a promessa dada e, de seguida, purifica esse mesmo mal da sua carga inicial de injustiça.

Em direito público essas circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, que podem levar à não execução ou cumprimento dos contratos, inspiraram a cláusula tácita "*rebus sic stantibus*". As partes no contrato só são obrigadas a cumprir as respectivas cláusulas desde que se mantenha o estado de coisas presente e conhecido por estas no momento em que deram o seu acordo. Se esse estado de coisas se alterar, as partes não são obrigadas pelo acordo ou, pelo menos, são-no em menor grau. O direito dos tratados internacionais, codificado na Convenção de Viena de 1969, no seu artº 62º, adopta esta solução nas relações entre os Estados.

§ 5. A universalização do direito

5.1. O direito comum

As fontes positivas do direito tendem a universalizar-se. Numerosas regras tendem a ser elaboradas por instâncias internacionais ou supranacionais, adquirindo como tal vocação universal ou para-universal.

Existem, por exemplo, várias declarações que se auto-qualificam de universais ou que enunciam princípios tão evidentes para si mesmas que o conjunto dos Estados do mundo a estes adere, pelo menos no papel. Foi este o caso, após a II Grande Guerra, da "Declaração Universal dos Direitos do Homem", adoptada pela Assembleia Geral da O.N.U., em 1948, recebida com força constitucional pelo artº 16º, nº2 da Constituição de 1976, e concretizada, no que concerne à Europa, pela "Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais" de 1950. A Carta da O.N.U., assinada em S. Francisco a 26 de Junho de 1945, ou a Convenção de

Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, fornecem um outro exemplo desta vocação universal ou quase-universal da “legislação internacional”.

A exigência progressiva de universalização caracterizadora do direito no momento mesmo da sua formação, os estádios da vida social cada vez mais vastos e complexos, das leis, dos costumes ou das convenções, todos estes se apresentam como factores impulsionadores de um processo de desenvolvimento e universalização do fenómeno jurídico.

A universalização do direito e das suas fontes não deve, porém, ser confundida com o processo da sua *unificação*. É a razão que universaliza. Unificar releva da força, do querer, mesmo se a vontade intervém de seguida para pôr ou impor os princípios formulados pela razão. E é porque a *lei*, essa fonte de direito por excelência, se apresenta como um acto da razão, que esta transporta em si a tendência para a universalidade. Neste contexto, poderá dizer-se, a lei é em si comum: *common law*, expressão de um direito comum. O *costume*, ao contrário do direito imposto pela força, tem aqui o seu sentido e pleno campo de aplicação: torna-se "no melhor intérprete das leis". Daí o aspecto da razão: tornar as leis razoáveis.

É este o caso do *ius gentium*. Uma vez estabelecido o direito romano, os juristas da época clássica logo admoestaram que uma coisa era o direito da cidade de Roma — o *direito civil* aplicável aos cidadãos romanos — e outra o direito susceptível de reger as condutas nas relações entre os cidadãos de cidades (ou nações) distintas. Neste segundo estádio, não se aplicaria o direito civil. Mas em lugar de elaborarem um sistema de *conflitos de direitos* que lhes permitisse determinar, pelo recurso a regras *ad hoc*, qual o direito de uma ou outra das cidades que deveria ser escolhido para reger as relações ditas *internacionais*, os juristas romanos preferiram optar pela busca de um *direito supranacional* válido para todas as partes até então conhecidas: um direito universal. Nasce assim o *ius gentium*, o *direito das gentes* ou dos *povos*, do qual o jurisconsulto GAIUS (*Instituições*, I, 21) afirmou que "todas as Nações (o) guarda(va)m".

O desmoronamento ulterior do Império Romano, o isolamento operado por cada clã, povo ou nação que se lhe seguiu, a emergência de estruturas feudais na Europa, saldar-se-iam pelo declínio de toda a reflexão em termos de *ius gentium*. Foi então o tempo dos "*costumes*", isto é, das regras de forte conteúdo e densidade locais, às quais cada população se encontrava "acostumada".

No seu apogeu, o direito das relações entre os *feudos* transformou-se num direito dos conflitos de direitos. Mais do que admitir a existência de um direito

comum a todos os feudos, preferir-se-á declarar qual o direito costumeiro feudal aplicável. Uma solução que se impunha, se se pretendia manter intangível o princípio segundo o qual cada senhor não admitia acima de si outro suserano senão Deus.

Por volta do final da Idade Média, o direito das gentes renasce, desta vez em Inglaterra. A conquista normanda (1066) respeita os diversos direitos feudais que governavam as populações locais. Mas os reis de Inglaterra tomaram por hábito enviar pelo país representantes do seu Conselho (*King's Council* ou *Curia regis*), com o objectivo de dispensar justiça a quem a demandasse, tanto nos assuntos civis (*civil cases*) como nos assuntos criminais graves (*serious criminal matters*). Esses juízes itinerantes ou "juízes de circuito" (*circuit judges*) tornaram-se rapidamente muito populares devido ao seu grande sentido do direito e imparcialidade na aplicação dos direitos feudais que permaneceram intactos. Por ocasião das respectivas peregrinações, esses juízes costumavam reencontrar-se em *Westminster*, trocando pontos de vista sobre os costumes com que se tinham deparado, relevando os que lhes pareciam mais razoáveis e afastando outros.

É desse esforço de decantação da razão pelos juízes que deriva a *Common Law*, o direito comum de Inglaterra, cujos princípios serão mais tarde definitivamente fixados, por volta de 1250. BRACTON dar-nos-á deles em 1256 uma síntese no seu célebre *Tratado das Leis e dos Costumes de Inglaterra*.

Por diversas razões, as coisas evoluíram de modo diferente no continente. Durante muito tempo, o sistema dos conflitos de direitos teve a primazia. Pode mesmo dizer-se que foi na Europa continental que conquistou os seus títulos de nobreza: em Itália com ACÚRCIO, mas sobretudo a escola de Bolonha (BÁRTOLO, BALDO); em França com Charles du MOULIN (1500-1566); ou Bertrand D' ARGENTRÉ (1519-1590) na Holanda, etc.

Com o tempo a própria ideia da existência de um direito comum readquire uma certa força, pelo menos entre os juristas, apesar da resistência doutrinária de pensadores tão marcantes como Jeremias BENTHAM (1748-1832) e François-Henri D' AGUÉSSON (1668-1751), um e outro defensores da inquebrantável soberania absoluta dos Estado. O direito romano considerado como *ratio scripta*, a razão escrita, funda o direito comum, e como este é também considerado expressão da razão.

VITÓRIA (1486-1546) e GROTIUS (1583-1645), os fundadores do *ius gentium* moderno, atribuíram o fundamento último deste direito comum ou das gentes ao *direito natural*, considerado, em definitivo, como a fonte do direito, a

fonte das fontes como o afirmava ainda PORTALIS, no dealbar do século XIX, no seu projecto, sem sucesso, de um livro preliminar ao Código Civil francês.

5.2. O direito das relações públicas

Como o nome indica, as relações constituem contactos mais ou menos episódicos, mais ou menos estáveis com os outros. O carácter das relações que travamos, ou as nossas relações, é o de não comprometermos senão uma parte de nós próprios e somente por um tempo. Mesmo amigáveis, as relações não fazem uma *amizade*.

Mas a amizade pode perdurar sem relações: o pensamento do outro, a fidelidade ao outro são suficientes. Uma *relação*, pelo contrário, só dura o tempo em que se mantêm as circunstâncias exteriores e os interesses próprios de cada um dos protagonistas que suscitaram a sua existência. O direito das relações aparece assim como um direito das *trocas*, não como um direito das alianças.

O primeiro tipo de relações é de ordem colectiva ou *pública*: uma relação estabelece-se entre dois grupos distintos — famílias, clãs, tribos ou nações — tomados como tais. Pode tratar-se de relações particulares entre membros de cada um desses grupos, mas desde que não se perca de vista as respectivas "cidadanias" ou pertenças essas relações permanecem públicas.

Essas relações públicas subdividem-se, por sua vez, em duas categorias: belicosas ou pacíficas. Quanto às primeiras, a guerra, diferentemente da *rixa*, estabelece-se *prima facie* como um fenómeno colectivo: todo um grupo entra em conflito aberto, físico ou armado, com outro. A guerra individualiza o inimigo comum a todos os membros do grupo. É por isso que toda a guerra tende, por natureza, a tornar-se total: cada um dos membros dos grupos beligerantes deve participar, cada um a seu modo, no "esforço de guerra". Desta forma, toda a guerra tende, por essência, a assumir uma natureza *internacional*.

Para S. AGOSTINHO, com efeito, as guerras dividiam-se em "justas" e "injustas. Ora, justamente, é essa *santidade* da guerra que, em última análise, justificou as conquistas territoriais e a exterminação das populações que se lhe seguiu. Se assim é, torna-se legítimo perguntar: existirá um *direito da guerra*? Poderá a guerra ser razoável ou racional?

A questão foi primeiramente analisada por teólogos tão célebres como S. AGOSTINHO ou S. TOMÁS DE AQUINO. Bem antes do *Direito da Guerra e*

da Paz de GROTIUS, no século XVII, admitia-se que para que uma guerra fosse considerada *justa* esta deveria ser declarada depois de pré-aviso e *ultimatum* pelo chefe da comunidade política. A guerra deveria responder ainda a uma causa proporcional e ostentar por fim último o restabelecimento da paz. Quanto ao seu curso, esta deveria operar-se sem crueldades e com lealdade (o que não excluía a astúcia no sentido rigoroso do termo: não revelar os planos ao inimigo, por exemplo). Quanto ao resto, salvo caso de necessidade, ninguém deveria combater nos dias festivos, reservados à paz do coração. Neste sentido, foi-se progressivamente instituindo um autêntico direito tradicional da guerra cujos contornos acabariam, mais tarde, por ser desenhados nas Convenções da Haia de 1907.

Aos tempos de guerra sucedem-se os tempos de *paz* que se traduzem, por sua vez, na retomada das relações de troca de bens entre os antigos povos inimigos. Só que as relações de trocas, mesmo em tempo de paz, podem deter, paradoxalmente, um carácter mais conflitivo, ao ponto de não ser inexacto falar, a este propósito, de verdadeiras *guerras económicas*. Estes conflitos, mais de afrontamento psicológico do que físico, dão lugar a *tratados comerciais* entre os povos. Esses tratados favorecem a livre troca entre os cidadãos e tendem por isso a enriquecer uns e outros: riqueza comum, *Commonwealth*. Mais uma vez, um direito comum, fundado na grande regra *pacta sunt servanda*: a fidelidade aos acordos, a lealdade. É essa *fidelidade* que assegura e garante a paz: *pactum*, o pacto, deriva, de resto, de *pax*, a paz.

Deste modo a guerra, depois a paz, ou a paz e depois a guerra entre as nações, concorrem para um resultado análogo: o reconhecimento de um direito comum destinado a reger uma e outra. Esse direito comum apresenta-se como um direito próprio das sociedades abertas: das relações entre iguais, conservando uns e outros a sua *soberania*.

5.3. O direito das relações privadas

O segundo tipo de relações susceptíveis de gerar um direito comum é de ordem *privada*: entre particulares, independentemente da sua pertença a este ou aquele grupo distinto.

Para que se criem relações, uma condição mostra-se essencial e resume todas as outras: que o *indivíduo* se sinta como tal, que deixe de se compreender unicamente como membro de uma família, de um clã ou de uma nação. De certo modo, o indivíduo deverá reconhecer-se como cidadão do mundo: *cosmopolita*.

Só assim poderá ter lugar o nascimento dessa espécie de direito comum que repousa sobre o sentido de pertença a sociedades de natureza transnacional: sociedades que, enquanto tais, não têm oficialmente voz, neste capítulo, no concerto internacional.

Como sempre estas *sociedades transnacionais* organizam-se em torno de um objecto dotado de uma finalidade comum. Nas sociedades abertas, trata-se de assegurar a *comunicação* entre os respectivos membros. É assim que nascem e se constroem as sociedades comerciais ou científicas. As primeiras comunicam ou transmitem sobretudo mercadorias através de diversos circuitos: marítimos, terrestres ou aéreos, incluindo os transfronteiriços (isto é, sem *fronteiras*). O seu direito comum é por isso baptizado de *merchant law* ou *lex mercatoria*: o direito das mercadorias, com as suas regras mais ou menos costumeiras e os seus juízes ou árbitros em caso de conflito. As segundas, sociedades científicas, comunicam sobretudo ideias, segundo normas comuns de *fair play*, que se reduzem, no essencial, ao direito de se poderem afirmar como tal e de se informar e ser informado, de não verem desnaturado o seu pensamento próprio: direito de propriedade.

Todas estas sociedades abertas adoptam meios comuns de comunicação: uma *língua* (outrora, o latim; depois, o francês; hoje, o inglês), uma *linguagem*, os *incoterms*, conjunto de definições de termos comerciais, codificados pela Câmara de Comércio Internacional, uma *moeda* (ouro, especiarias, o dólar, etc.), um *veículo* (a carta, o fax e, hoje, a informática), *lugares* de encontro (congressos internacionais, por exemplo), etc.

5.4. A “República universal”

KANT, no século XVIII, teve consciência deste processo de universalização, dando-nos dele uma síntese no seu célebre estudo sobre *A Paz Perpetua*: a passagem de uma sociedade particularizada de Estados a uma sociedade universal superior. Contudo, dessa sociedade universal superior em poder e soberania aos Estados KANT forneceu-nos tão só uma imagem. Na verdade, o seu contratualismo, típico do século das Luzes, levou-o a defender que essa aliança não poderia assumir outra forma senão a de uma “república mundial” na qual cada Estado membro permaneceria independente, plenamente soberano face aos outros, com a única reserva de se garantirem mutuamente uma segurança recíproca, um pacto de não agressão generalizado que teria por obrigação única a de se coligarem contra eventuais fatores de desordens ou de crises.

Ora, esta "república universal" idealizada por KANT não releva do campo da aliança no sentido verdadeiro e próprio do termo. A adesão comum, diferentemente do conceito "clássico" de aliança, postula um princípio externo e superior que obriga os parceiros a uma cooperação contínua e total em ordem a obter a realização de uma finalidade comum. Assim se forma a ordem dessa comunidade jurídica, uma comunidade no seio da qual, pela natureza das coisas, cada Estado membro abdica da sua própria soberania: uma *societate supranacional* na qual a *thémis* se mostra dona e senhora.

Tomemos como exemplo o caso da União Europeia (U.E.). De começo uma união ou mercado puramente económico, depois social, que engloba e rege os Estados membros a partir de instâncias superiores. As leis (regulamentos, decisões) dimanadas dessas instâncias aplicam-se directamente a todos os cidadãos de cada Estado membro. Os juízes nacionais, em caso de conflito entre uma regra de direito europeu e uma regra de direito nacional, tendem normalmente a deferir a decisão sobre a questão controvertida para as instâncias comunitárias, sobretudo de natureza judiciária.

Quando as leis europeias dão lugar a interpretação, a uniformidade requerida vem garantida pela existência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (T.J.C.E.). O artº 177º do Tratado de Roma (1957) prevê, com efeito, a obrigação para o juiz nacional de demandar o Tribunal de Justiça com vista a obter uma espécie de interpretação oficial do direito europeu. O mesmo Tribunal arroga-se, simultaneamente, o direito de denunciar toda a regra de origem nacional que lhe pareça contradizer as regras comunitárias.

Num outro terreno, uma cidadania europeia encontra-se já em vias de formação. Existe já uma moeda de conta europeia (o E.C.U.) e uma moeda única de pagamento (o Euro) prevista para o ano 2000.

Este processo de integração (e, correlativamente, de desintegração de entidades estaduais soberanas) resulta por vezes imposto, outras vezes negociado, e mais frequentemente ainda sugerido por via de incitações e solicitações de diversa ordem e natureza.

5.4. O "*ius cogens*"

Em menor grau, deparamo-nos ainda com um direito comum aplicável ao "concerto das nações", ao concerto de todas as nações doravante unidas. Tecnicamente este direito é designado de *ius cogens*. Encontramo-lo primei-

ramente, sob forma escrita, na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, cujo artº 53º dispõe: "É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, se mostre incompatível com uma norma de direito internacional comum ou geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional comum ou geral é a que for aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto como norma à qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional comum ou geral da mesma natureza".

A imperatividade do *ius cogens* implica, por natureza, um grau de supranacionalidade que engloba todos os Estados até aí considerados soberanos numa "comunidade internacional". Logicamente, a definição do conteúdo deste direito tem sido apanágio da O.N.U., principalmente através do Tribunal Internacional de Justiça (T.I.J.), mas também por intermédio da conclusão de outras convenções internacionais elaboradas sob a égide da Organização principal.

Recentemente a O.N.U. tem vindo a desenhar um direito de intervenção nos conflitos, incluindo os de ordem interna. Este *direito de ingerência*, ainda *in statu nascendi*, em nome da *humanidade*, demonstra que a Organização, progressivamente, se tem vindo a instituir como autoridade mundial para dizer o direito entre as nações. E mesmo que a assunção dessa *potestas* pela Organização possa vir a traduzir-se na restrição da invocação da excepção do domínio reservado dos Estados, o certo é que a sua função de *auctoritas* tem vindo paulatinamente a impor-se. E isso resulta absolutamente essencial: dizer o direito pressupõe, antes de mais, um saber socialmente reconhecido. Neste sentido, só a imposição do direito exige poder (*potestas*). A conquista pela O.N.U. da sua *auctoritas* mostra-se assim largamente como penhor ulterior de uma *potestas* plena.

5.6. As liberdades públicas

A omnipresença progressiva do direito editado pelos poderes públicos na vida dos povos gera uma reacção a favor da afirmação do que se designa hoje por *liberdades públicas* ou *direitos fundamentais* do cidadão.

Em Inglaterra esse processo de "positivação" e posterior "constitucionalização" dos direitos e liberdades fundamentais começou um pouco mais cedo. Este sistema de direitos e liberdades de carácter público quedará consignado, num primeiro momento, na *Petição dos Direitos* de 1628, seguida

da *Declaração de Direitos* de 1689, e num conjunto de actos do Parlamento entre os quais se conta o célebre *Habeas Corpus Act* de 1679.

"*Constituição*": a tradição inglesa, depois americana, e em seguida francesa, iria, com efeito, qualificar de constitucionais esses direitos e liberdades reconhecidos a cada cidadão numa determinada ordem jurídica individual e concreta. De facto, essas liberdades apresentam-se como verdadeiramente constitutivas dessa ordem na medida em que comandavam a respectiva instituição e organização. A célebre Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789 di-lo claramente: "Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não resulte assegurada (...) não tem constituição" (artº 16º). Essas liberdades, qualificadas entre nós de "direitos, liberdades e garantias", possuem carácter individual, e constituem-se como "direitos de defesa" (*Abwehrrechte*) do cidadão face ao Estado de que são nacionais.

Estas "constituições da liberdade", como as designava ainda MONTESQUIEU no século XVIII, são sobretudo pensadas como uma reflexão em termos de *direito natural racionalista*. "O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão", proclamava o artº 2º da Declaração de 1789.

No século XIX, o princípio da soberania nacional limitou e impôs o respeito desses direitos unicamente ao Estado, que assim os reconhecia e instituía. Mas a própria afirmação desses direitos, qualificados de naturais, contradiz essa mesma concepção, acentuando, ao invés, a sua universalidade: esses direitos preexistem ao Estado, à formação da unidade política, transcendendo como tal todas as clivagens políticas.

Mais tarde, em pleno século XX, assistimos à proliferação de numerosas convenções de carácter universal ou regional. Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adoptada pela Assembleia Geral da O.N.U., em 10 de Dezembro de 1948, a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e da Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950, a Carta Americana dos Direitos do Homem de 1981, ou a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 28 de Junho de 1981, etc.

O resultado dessas declarações, convenções ou cartas, é o de obrigar por diversos meios (aplicação directa de disposições supranacionais pelas jurisdições dos Estados membros, recurso directo dos cidadãos dos Estados membros perante jurisdições supranacionais a fim de condenar o Estado de que são

nacionais pela violação dos direitos reconhecidos nessas cartas ou convenções) os Estados que as ratificaram a respeitar dentro do seu território os direitos por estas proclamados. Nasce assim uma nova ordem jurídica de natureza *supranacional*.

Supranacionais, os direitos e liberdades fundamentais são ainda *intranacionais*: tendem naturalmente a penetrar todas as esferas da ordem jurídica interna, independentemente da sua natureza pública ou privada, especialmente a das instâncias colectivas intermédias: famílias, associações e empresas.

5.7. As garantias sociais

O crescimento dos direitos e liberdades fundamentais faz-se ainda acompanhar, em diversos Estados e latitudes, pelo reconhecimento progressivo do que se consignou denominar de *direitos sociais* ou, mais rigorosamente, de garantias sociais, primeiro no plano nacional, e, depois, no plano supranacional.

Os direitos e liberdades fundamentais vinham tradicionalmente concebidos como limites mais ou menos intangíveis à intervenção dos poderes públicos na vida dos cidadãos em nome de uma soberania de grau mais elevado. Traduziam-se, quanto ao Estado, numa obrigação de *non facere*. Sob este ponto de vista, todas as disposições do *Bill of Rights* britânico de 1689 ou da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ou mesmo das Constituições portuguesas de 1822 e 1838, não representam senão uma enumeração mais ou menos exaustiva dos domínios em que a decisão dos poderes públicos não poderia penetrar.

Os direitos e garantias sociais, ao invés, ostentam uma outra dimensão. O seu reconhecimento, frequentemente, tende a obrigar os poderes públicos a intervir em proveito dos governados. Mais do que uma obrigação de *non facere* traduzem-se numa obrigação *de facere*: uma actividade positiva, uma *acção* por parte dos poderes públicos. Traduzem, se se quiser, numa outra terminologia, obrigações positivas de solidariedade que impendem sobre o Estado e, por seu intermédio, sobre o conjunto dos membros do corpo social.

Cedo a Constituição portuguesa de 1826 declarava já organizar uma actividade de "Socorros Públicos" (artº 145º/§29), garantir a "Instrução primária e gratuita a todos os Cidadãos" (artº 145º/§30) ou a instituição de "Colégios e

Universidades, onde serão ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes" (artº 145º/§ 32). A Nação propunha-se, por esta via, substituir-se às obras de caridade anteriormente promovidas pelas instituições de carácter confessional.

Actualmente, a Constituição de 1976, na Parte I, Título III, discrimina um amplo leque de direitos económicos, sociais e culturais, ainda que determinando para estes últimos um regime jurídico específico diverso do regime dos direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal e político e dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores.

Esta vasta rede de solidariedades observa-se ainda no plano *supranacional*. As organizações especializadas da O.N.U., tais como a Organização Mundial da Saúde (O.M.S.), a Organização Internacional do Trabalho (O.I.T.), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (U.N.E.S.C.O.), a Associação Internacional para o Desenvolvimento, etc., elaboraram um conjunto de convenções destinadas a garantir e a reforçar, em nome da *humanidade*, um complexo de tarefas relativas aos doentes, aos trabalhadores, aos países em vias de desenvolvimento, etc.

Ainda assim, todas estas garantias sociais não podem unicamente ser compreendidas num sector dito "social". Na realidade, dizem respeito a todos os aspectos da vida humana (material e moral), para além da sua dimensão social. Deste modo, poucas questões permanecem hoje fora do campo das suas preocupações e directivas. O nascimento e consolidação de um *direito humanitário* no sentido de um direito da humanidade (e não das pessoas individualmente consideradas) resulta, por esta via, de igual forma, assegurado.

5.8. As minorias

Em ambos os casos, quer se trate de direitos, liberdades e garantias individuais ou de direitos ou garantias sociais, o cidadão resulta uniformizado. Esses direitos e liberdades têm por pano de fundo a pertença do indivíduo *qua tale* quer a uma categoria geral e abrangente dos seres humanos, todos iguais em dignidade, quer a categorias mais restritas que correspondem às clivagens económicas ou sociais existentes na sociedade.

Outras relações de pertença podem ainda constituir-se e revelar-se, se bem que não resultem individualizadas e reconhecidas como tais. Em definitivo, vêm a sua consistência e existência pura e simplesmente negadas.

Toda a ordem jurídica, que à excepção do direito natural, pretende repousar exclusivamente em regras de direito positivo, torna-se, pela força mesmo das coisas, numa ordem *nominalista*. É a lei positiva que cria o direito ao declarar, de modo radical, que é este — *e só este* — que confere existência e consistência ao que enuncia, reenviando para o domínio extra-jurídico, para o nada ou vazio jurídicos, o que este não enuncia nem cura de prescrever.

É neste estágio que aparece o fenómeno dito das minorias. Uma minoria define-se, antes de mais, pela sua *cultura*: pelo conjunto dos costumes ou das leis positivamente adoptadas pelas diversas pessoas ou grupos de pessoas que desenvolvem laços entre si ou entre as que ditam ou editam uma pertença comum. Pouco importa o número dessas pessoas. A noção de minoria não releva da ordem do quantitativo, mas do qualitativo.

Um indivíduo pode constituir, por si só, um minoria, na estrita medida em que o seu sistema de valores difira do das outras pessoas. Melhor: num universo totalmente relativista, em que a cada um assistisse o direito de aderir às referências morais da sua escolha, num sistema em que tudo se resumisse ao "foro interno", existiria, ainda assim, uma multidão de minorias. Ninguém acederia à maioria (nos diversos sentidos do termo: numérico e psíquico) e, seja como for, nenhuma forma de vida social seria pensável e ainda menos realizável. A ideia de minoria seria mesmo erradicada. Desapareceriam as referências comuns.

Acresce ainda que no seu estado puro uma minoria pode ser constituída por todo o agrupamento humano cuja fonte de coesão não resulte à primeira vista oficialmente reconhecida numa ordem jurídica positiva individual e concreta. De contrário não existiriam minorias: somente factos igualitários.

Se assim é, pergunta-se: deverá oficialmente reconhecer-se o direito das minorias? Uma primeira resposta a esta interrogação reside na sua negação pura e simples. Mas não constituía, ao tempo da Revolução francesa, o Terceiro Estado uma minoria aos olhos do Antigo Regime? As palavras de SIEYES permanecem, a este título, justamente célebres: "Configuro a lei ao centro de um globo imenso; todos os cidadãos, sem excepção, encontram-se à mesma distância na circunferência e ocupam aí lugares iguais". Uma só lei, a mesma para todos: a igualdade. É esta, pelo menos, em termos breves, a filosofia que animou os revolucionários de 1789.

A favor das minorias, as diversas ordens jurídicas prevêm hoje delitos de *discriminação* a partir do momento em que toda e qualquer distinção ilegítima opere entre pessoas físicas em razão da ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social (artº 13º, nº2 da CRP).

Progressivamente, o princípio da dignidade da pessoa humana foi sendo percebido não apenas como fundamento, mas especificamente como regra autónoma dotada de valor constitucional. Na base do disposto no artº 1º da Constituição: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)". Consequentemente, a todos os poderes públicos a Lei fundamental impõe a obrigação de garantir e respeitar essa dignidade como valor constitucional supremo. O Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1994, foi ainda mais longe: declarou, pura e simplesmente, que o princípio da dignidade da pessoa humana detinha valor supra-constitucional, impondo-se, a esse título, ao próprio poder constituinte, isto é, ao próprio Povo alemão.

Depois de durante largo tempo ter sido utilizado para designar determinadas posições sociais honoríficas ("as dignidades"), a noção de dignidade (ou "dignificado") foi depois aplicada ao próprio ser humano com base única na sua *humanidade*. Ora, justamente, é a partir deste princípio universal que irá decorrer de novo a uniformidade. Se todos somos iguais em direito e em direitos, então assiste-nos também o direito de reivindicar um tratamento similar ou análogo. Que a todos os seres humanos lhe sejam atribuídos, segundo a célebre definição de "bom governo" contida no próêmio das *Institutos* de JUSTINIANO, as mesmas armas e as mesmas leis: "armis decorata — legibus armata" ("decorada com armas, armada de leis").

§6. O juiz, o árbitro e o mediador

6.1. Noção

A lei dispõe unicamente para o futuro, o juiz para o passado, para factos já produzidos. A razão de ser do direito processual, conjunto de regras de origem diversa que regulam o processo, é o de indicar aos juízes, aos árbitros e aos

mediadores o modo como deverão proceder se pretendem participar correcta e adequadamente na administração da justiça.

Os juízes, personagens eminentes do processo, não são unicamente sujeitos passivos do direito. Participam (e na medida em que participam) na administração da justiça, jogando aí um papel essencialmente activo e construtivo, podendo, a esse título, ser justamente qualificados de fontes de produção jurídica.

Juiz, árbitro ou mediador, todos estes se apresentam, no mínimo, como instâncias de mediação. Servem de intermediários entre as fontes ou processos mais ou menos gerais de juridicidade que são a lei, o costume, a convenção, os princípios gerais de direito e os seus destinatários últimos: os próprios governados.

Como o nome indica, a arbitragem consiste em decidir: em determinar quem tem ou não razão e em tirar daí as devidas consequências em termos de restituição. Nesta relação triangular entre autor, réu e árbitro, é este último que ocupa o lugar proeminente. É este último que se encontra no vértice do triângulo. A arbitragem constitui, nestes termos, a essência da *jurisdição*. *Juris dictio*: dizer o direito.

Todo o juiz é um árbitro e todo o árbitro se apresenta como juiz. Bem distinta é a posição do mediador. Este apresenta-se unicamente como um intermediário cujo trabalho consiste em facilitar o diálogo entre as partes no conflito, através de conselhos, de retraduições, de interpretações *in favorem* ou qualquer outro meio em ordem a restabelecer a confiança ou a instaurar, pelo menos, a possibilidade de conseguir o arrependimento de um e o perdão do outro, frequentemente as duas coisas ao mesmo tempo.

As sociedades, mesmo as menos organizadas, desde cedo instituíram juízes oficiais a que atribuíram a tarefa de regular em estrita justiça os conflitos. O árbitro mais ou menos privado foi substituído por esse árbitro público que é o juiz. Existe aqui uma lógica imparável que S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*, IIa-IIae, q. 60, art. 6) resumiu desta forma: "Compete à mesma autoridade interpretar e fazer a lei; em consequência, do mesmo modo que a lei só pode provir de um poder público, um julgamento também só poderá ser proferido por uma autoridade pública". Em termos breves: se se admite que o direito deve ser dito pelos governantes sob a forma de leis, ou bem o legislador reserva para si a tarefa de aplicar ele mesmo as leis e, ao fazê-lo, interpreta-as, ou bem o legislador delega essa tarefa a outros. A ser esta última a solução

adoptada, então esses delegados devem intervir "em nome da lei" e ocupar, em consequência, para esse efeito, *magistraturas públicas*. Os juízes são magistrados públicos, ou melhor: "magistrados" por excelência.

Apesar desta evolução, a arbitragem privada não desapareceu totalmente. Face à justiça oficial reconhece-se-lhe hoje uma tripla vantagem: celeridade, melhor conhecimento das dificuldades subjacentes ao litígio a dirimir e capacidade de obter mais facilmente a confiança das partes no processo. Questão de *auctoritas*, dir-se-á.

Os árbitros modernos (privados) são escolhidos de comum acordo pelos próprios adversários graças a um contrato particular denominado *compromisso*. Por extensão, a *cláusula compromissória*, inserida na mesma convenção ou contrato, compreende a estipulação pela qual as partes decidem em caso de litígio futuro relativo à execução dessa convenção ou contrato que a este ou aquele árbitro lhe seja atribuída a tarefa de dirimir o litígio.

Existem ainda árbitros que intervêm somente quando da formação do contrato: quando as partes não chegam a acordo, mas chegam todavia a um ponto de entendimento sobre a indigitação de um terceiro que lhes possa ditar a solução da sua escolha.

Os juízes modernos (públicos), diferentemente dos árbitros, impõem-se em maior ou menor grau aos litigantes. Certamente que a estes últimos lhes assiste o direito de afastar este ou aquele juiz que lhes não inspire confiança suficiente, mas este é um direito de carácter excepcional e limitado. Quanto ao mais, a própria lei fixa qual o juiz competente para dirimir o litígio.

Estes juízes normalmente detêm especializações neste ou naquele domínio do direito. É esta a razão pela qual a lei decide que um determinado tipo de litígio deve ser regulado ou dirimido por um determinado tipo de juiz munido dessa "competência natural". Esta determinação legal toma o nome de *competência material* (*ratione materiae*: em razão da matéria a tratar).

Os juízes possuem ainda, em virtude da lei, uma *competência territorial* (*ratione loci*: em razão do lugar), medida que resultou maioritariamente inspirada pela preocupação de dar a cada litígio o seu juiz geograficamente mais próximo. Por vezes mesmo, a lei autoriza que essa mesma competência legalmente prevista sofra acomodações contratuais por intermédio de cláusulas atributivas de competência territorial inseridas nos contratos.

6.2. *Decisão arbitral e decisão judiciária*

No que concerne à regulamentação do conflito, o juiz é visto essencialmente como "a boca que pronuncia as palavras da lei": só lhe é lícito dirimir o litígio utilizando as regras do direito legal em vigor, pelo menos quando estas existem, e, na medida em que estas não contradigam a lei, as regras do direito costumeiro ou negociado. O árbitro, pelo contrário, pode estatuir "*em equidade*" ("*ex bono et aequo*"), isto é, afastando regras legais.

Mas tratando-se de um árbitro interno, demarcado pelo direito de uma sociedade determinada, o árbitro que estatui "*em equidade*" é livre de escolher a regra de direito que lhe aprouver, a que lhe parecer melhor adaptada ao conflito. Frequentemente será a própria regra legal, à qual, apesar de tudo, se reconhece a capacidade de dizer o direito tão bem ou melhor que qualquer outra.

Tratando-se de um árbitro internacional (que possui uma irreduzível dimensão transnacional), poderão também aqui ser afastadas, por aplicação do *direito internacional privado*, regras nacionais susceptíveis de fixar o direito, reportando-se os árbitros directamente aos princípios de direito aplicáveis em todos os lugares: o *ius gentium* ou o *ius commune*.

Ora, justamente, é aqui que reside a vantagem do árbitro sobre o juiz. No fundo, importa sublinhá-lo, a arbitragem só se torna verdadeiramente interessante quando um litígio vem regulado por normas transnacionais como, por exemplo, as das sociedades comerciais. Evitam-se, deste modo, as clivagens nacionais e os acasos e imponderáveis que esta actividade de *jurisdictio* frequentemente comporta.

Actualmente, depois de um sucesso real, a arbitragem entrou de novo numa fase de crise. Quer no plano nacional quer no plano internacional, a arbitragem existe e possui uma regulamentação própria (cfr., para o direito interno, Lei nº 31/86, de 29 de Agosto). A matéria dos contratos, onde a arbitragem encontrou mais cedo o seu terreno de eleição, encontra-se cada vez mais sujeita a um estatuto público, mesmo no plano internacional onde vem regulada por instâncias supranacionais. Mais ainda: os poderes públicos ao instituírem câmaras ou tribunais arbitrais ou *autoridades administrativas ditas independentes*, ou mesmo atribuindo aos juízes o poder de estatuir como se fossem árbitros ou "mediadores", isto é, em equidade, desenvolvem hoje uma concorrência real e certa à arbitragem. Basta para tanto que as partes nisso acordem e de que se trate de

direitos livremente disponíveis. A arbitragem transforma-se, deste modo, num serviço público gratuito.

Por último, o único domínio em que a arbitragem brilha em todo o seu esplendor é o dos conflitos entre os Estados. Por vezes mesmo a O.N.U. desempenha ela própria o papel de árbitro, relegando para um dos seus órgãos principais, o Tribunal Internacional de Justiça, a tarefa mais ingrata de julgar.

6.3. *As hierarquias*

Mas existem ainda outras diferenças entre o árbitro e o juiz *stricto sensu*. Estas dizem essencialmente respeito à circunstância de o aparelho judiciário se encontrar fortemente estruturado e organizado segundo o *direito constitucional*. Esta organização responde a três imperativos principais.

O mais elementar é o da rectificação. Uma sentença judiciária pode resultar de erro e, portanto, ser injusta. Daí que se mostre desejável que uma jurisdição superior, composta de magistrados mais velhos e prudentes, reexamine a questão. A relevância deste *duplo grau de jurisdição*, como vem designado tecnicamente, resulta de tal forma clara que mesmo no domínio da arbitragem esta solução tende hoje a desenvolver-se.

Mas mesmo que não ocorra erro ou se deparem equívocos no processo, a ordem jurídica pode sempre prever a possibilidade de um "*apelo*" a favor da parte que se estime descontente com a sentença inicialmente proferida. Este apelo, que terá de ser exercido num prazo breve, diz respeito unicamente aos aspectos do processo criticados pelo requerente ou apelante.

Razões de ordem histórica e de democratização do regime político contribuem para a emergência de justiças paralelas especializadas. Assim, entre nós, o princípio da *separação dos poderes* entre o executivo e o judicial veio a instituir, ao lado das jurisdições ditas de *ordem judiciária*, juízes aptos a julgar da acção administrativa face aos direitos e interesses dos particulares. Esta *ordem administrativa* possui os seus próprios tribunais e instâncias de apelação.

Acresce ainda que, no quadro da tradição francesa, da qual somos largamente tributários, é usual distinguir-se, no seio da ordem judiciária, entre juízes repressivos (penais) e juízes que não ostentam por principal função a de pronunciar penas públicas. Mesmo os tribunais de apelação encontram-se organizados e divididos por secções dotadas de competência ordinária de atribuição,

o que atesta bem da prevalência deste processo de especialização que acaba assim por impor-se.

O terceiro imperativo é o da unificação do direito. A criação do Supremo Tribunal de Justiça, na ordem comum, ou do Supremo Tribunal Administrativo, na ordem administrativa, responde a esta ordem de preocupações.

De igual modo, e em conformidade com o princípio da universalização, as jurisdições supranacionais foram-se progressiva e paulatinamente institucionalizando. Assim, na Europa, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (Conselho da Europa) e o Tribunal de Justiça da União Europeia fornecem exemplos marcantes. As relações entre estas instâncias internacionais (ou supranacionais) com as instâncias supremas nacionais dos países membros são complexas, tanto no plano técnico como no plano psicológico.

6.4. *A coisa julgada*

A sentença arbitral e a sentença judiciária têm ainda em comum o ser coisa julgada (*res iudicata*). Uma e outra decidem o litígio e resumem-se a isso. A palavra do juiz ou do árbitro, uma vez pronunciada, “reifica-se”. Torna-se “coisa julgada”.

A *autoridade da coisa julgada* constitui uma presunção irrefragável da sentença arbitral ou judiciária. O direito é dito por pessoas presumidamente competentes, não sendo permitido às partes, sobre essa mesma questão, recorrer a um outro árbitro ou juiz para que se efectue novo julgamento. Se um dos adversários a ignorar, passando por cima da coisa julgada, ao outro assiste-lhe o direito de opor a excepção da autoridade da coisa julgada. O novo árbitro ou o novo juiz deverá então declinar a sua competência. Podem e devem mesmo fazê-lo por sua iniciativa própria.

A excepção da coisa julgada, que põe fim à nova instância, só poderá efectivar-se desde que a questão trazida perante o segundo árbitro ou o segundo juiz se mostre rigorosamente a mesma da que anteriormente havia sido já decidida. Em termos técnicos, os juristas sublinham que deve aí existir *identidade das partes, identidade do objecto* (o mesmo pedido) e *identidade de causa* (a mesma finalidade).

A presunção da autoridade da coisa julgada não impede, porém, que as partes descontentes com uma sentença ou pronúncia de interpor recurso perante uma jurisdição de segundo grau. Mas obsta já a que, após uma primeira sentença proferida, um outro juiz ou árbitro do mesmo grau ou instância seja levado a conhecer do mesmo pedido ou questão.

A *força de coisa julgada* constitui um conceito diferente. Significa que a questão, uma vez definitivamente julgada, depois do exercício de todas as vias de recurso ou do seu esgotamento por não terem sido utilizados os prazos convencionados, a sentença se torna executória por si mesma, sem que se mostre necessário obter aquilo que os juristas denominam de *título executório*. A sentença pronunciada com força de coisa julgada vale título e aquele que obteve ganho de causa pode então proceder ou fazer proceder à sua execução forçada.

Esta regra, no entanto, só vale para as sentenças judiciárias. As sentenças arbitrais, diferentemente, necessitam comumente, para gozarem dessa força executória, de um *exequatur* acordado por um juiz *stricto sensu*. Esta diferença de regime explica-se pelo facto de que a força executória inclui o exercício de uma *potestas*, de um poder de requerer a ajuda da *força pública* com vista a obter a execução da sentença. Ora, o recurso à força pública constitui um privilégio dos poderes públicos. Tratando-se de juízes privados, às decisões arbitrais impõe-se-lhes um processo de verificação prévio por juízes oficiais. Se estes últimos estimarem válida a sentença arbitral, após um exame mínimo em que naturalmente a questão não será re-julgada, o juiz conceder-lhe-á o *exe-quat*ur.

Existem ainda toda uma série de actos desejados pelos governados que devem, em virtude de lei, ser submetidos a *homologação* judiciária para que possam produzir efeitos. Assim, o juiz é chamado a estatuir sobre os pedidos de divórcio por mútuo consentimento, com a tarefa única de verificar se o consentimento dos cônjuges foi concedido de forma livre e esclarecida e se a convenção reguladora das consequências do respectivo divórcio, que estes mesmo elaboraram, preserva suficientemente os seus interesses ou o dos filhos menores se os houver. A ser esta a hipótese, o juiz homologará a convenção, pronunciando o divórcio. De igual modo, é ao juiz que se atribui a competência de autorizar as adopções, mudanças de nome próprio e de família ou do poder parental dos filhos quando haja acordo dos pais, etc. O elemento comum a todas estas situações é a ausência de litígio.

No direito francês, e também entre nós, esta actividade judiciária é designada de *jurisdição graciosa*. O juiz não diz o direito, limita-se unicamente— o que é bem diferente — a verificar se a solução proposta pelos particulares não

contradiz o direito. Em definitivo, são os particulares que detêm aqui o domínio do direito.

De forma mais radical, casos existem em que a lei confere ao juiz a tarefa de *planificar*. Sob a sua alta fiscalização são elaborados diversos planos de correcção ou reparação: para as empresas em estado de cessão de pagamentos, para os particulares em situação de endividamento, etc. O juiz terá então de examinar as diversas medidas económicas de remissão propostas, ouvir os credores, verificar se os respectivos direitos são respeitados, suscitar a generosidade de uns no sentido de obter uma exposição ou plano de pagamentos, etc. A sua decisão reveste-se aqui da autoridade e da força de coisa julgada, mas essa coisa julgada diz respeito não já ao passado, mas ao futuro. Melhor seria falar-se, porventura, não em coisa julgada, mas em coisa "legiferada".

6.6. O juiz criador de direito

O desenvolvimento histórico das diferentes ordens jurídicas acaba por conferir actualmente ao juiz um novo papel, em certa medida inédito. De há muito que numerosas ordens jurídicas instituíram um sistema de controle dos actos regulamentares, dimanados em razão do princípio da *separação dos poderes*, provenientes do poder executivo. Conformado em editar regras que se limitavam unicamente a desenvolver os princípios decretados pelo poder legislativo, os actos do poder executivo acabavam assim por ver muitas vezes as suas directivas censuradas por *ilegalidade* (contraditoriedade à lei) ou, de forma mais audaciosa, por violação dos *princípios gerais de direito*, que o juiz administrativo definia ele próprio a partir de noções tradicionalmente admitidas na ordem jurídica de referência.

Assim, por exemplo, em França, o Conselho de Estado, a jurisdição administrativa superior, veio a declarar a invalidade de decretos do executivo por violação do princípio do contraditório (cada uma das partes no processo deve ser ouvida) e do princípio da publicidade que deve presidir às audiências dos tribunais. Este controle dos actos regulamentares de origem administrativa, constitui, porém, um controle de leis verdadeiro e próprio. Excepto no nome, esses actos constituem-se verdadeiramente como leis, não em sentido formal, mas material.

Mas mesmo os actos do poder legislativo — as leis em sentido formal — não escapam a um controle jurisdicional. Esse controle pode efectuar-se de dois modos principais (existem também sistemas mistos, entre os quais o nosso).

De forma descentralizada, caso a caso, sendo esta a solução adoptada nos Estados Unidos. Todo o juiz pode, no decurso de um qualquer processo, julgar a questão de inconstitucionalidade suscitada pelas partes e assim afastar a norma ou lei arguida de inconstitucional. Os riscos de divergência de um juízo a outro são aqui reduzidos em virtude do papel unificador do Supremo Tribunal Federal.

De modo centralizado e (de ordinário) geral. É a solução correntemente adoptada na Europa por influência do jurista austríaco Hans Kelsen. De forma esquemática, antes, ou mesmo após, a promulgação de uma lei, um tribunal de justiça pode, a pedido de certas autoridades previamente determinadas, estatuir sobre a conformidade da norma ou lei à *constituição*. Se se pronunciar a favor da inconstitucionalidade, esta será declarada, assumindo a forma de *nulidade* (declarativa) ou *anulabilidade* (constitutiva).

Medidas mais sofisticadas são também possíveis: injunções dirigidas ao legislador no sentido de modificar a própria lei objecto do recurso depois de declarada a inconstitucionalidade, mas sem anulação, ou ainda avisos ou advertências dirigidas ao poder legislativo, quando por efeito da evolução do próprio direito uma lei se encontre em vias de se tornar inconstitucional, etc. O Tribunal Constitucional Federal alemão apresenta-se aqui como o arquétipo preferencial.

Desde os finais do século XVIII, com efeito, que na maior parte dos países de regime constitucional se tem feito preceder as constituições de *declarações de direitos*, de conotação individual ou social, consoante os casos e períodos históricos. A esses direitos, em maior ou menor grau, foi-lhes sendo reconhecido valor e natureza constitucionais, o que permite aos tribunais de justiça constitucional controlar, devido à natureza geral desses direitos, todos os sectores da vida e actividade legislativas. Uma tarefa delicada se pensarmos que é função dessas jurisdições conciliar direitos: de encontrar ou buscar a justa medida que permita definir os respectivos domínios de intervenção, tarefa que se percebe, desde logo, como eminentemente jurídica.

PARTE III

A CIÊNCIA DO DIREITO

§ 1. A doutrina

1.1. Conceito

A palavra "doutrina" é susceptível de traduzir dois sentidos complementares. Num primeiro sentido, apresenta-se como um conjunto de coisas ensinadas por pessoas dotas ou pretendidamente dotas: aquelas a quem se reconhece uma certa competência neste ou naquele ramo do saber humano.

Existem assim doutrinas religiosas que ensinam quem é Deus e como os homens se devem conduzir para com Ele, doutrinas científicas (a astronomia com a sua doutrina do "big bang", por exemplo), e também doutrinas jurídicas que consistem num conjunto ou série de afirmações sobre o que é em geral o direito, ou num domínio particular, frequentemente, os dois ao mesmo tempo.

Encontramos ainda doutrinas dissidentes e doutrinas gregárias, doutrinas de professores e doutrinas de juízes ou de advogados.

Um dos encantos da aprendizagem da vida jurídica reside, precisamente, em constatar que a doutrina sobre o direito não é una nem unívoca. Ao invés, as doutrinas podem afrontar-se ao ponto de suscitar ásperas controvérsias.

Se há uma doutrina, há também um *autor*: uma pessoa física, de carne e osso, que um dia foi a primeira a emitir esta ou aquela ideia, mesmo que por vezes, e mais frequentemente do que se possa imaginar, o tempo passe mas a ideia permaneça, sendo o seu autor esquecido — suprema consagração, em definitivo.

Deste modo, passa-se insensivelmente da coisa ensinada para aquele ou aqueles que a ensina(m). A doutrina torna-se então no conjunto das pessoas que publicamente vêm reconhecidas como tendo competência para dizer o que é o

direito: legisladores, juízes, professores, notários, advogados, conselheiros jurídicos, etc.

Os conhecimentos jurídicos transmitem-se de uma geração a outra. As *Pandectas* de JUSTINIANO, por exemplo, terminam por uma verdadeira genealogia dos juristas romanos que ilustram a disciplina, cada um por sua vez, e em maior ou menor escala. Todos têm consciência que se inserem numa cadeia. Todos têm o sentimento muito claro de pertença a essa espécie de corporação que um jurista contemporâneo designou, de modo elegante, por "comunidade dos juristas".

Em sentido mais profundo, e apesar das eventuais divergências doutrinárias, os homens e as mulheres, todos são considerados etimologicamente como "autores" do direito. "Autor", de resto, vem do latim *auctor*, que, por sua vez, deriva do verbo *augere*, que significa "acrescer", "aumentar".

O saber sobre o direito cresce essencialmente de duas formas: para trás e para a frente. A estes dois aspectos correspondem duas espécies de doutrinas jurídicas que contribuem, cada uma a seu modo, para essa progressão geométrica de saber o que é o direito.

Os juristas giram e regiram em torno do que designam por *direito positivo*, entendido aqui no sentido particular do que já foi feito, do que já foi posto, mesmo se, por uma razão ou por outra, esse direito não se encontre mais em vigor. E têm razão: "(a) sentença das gentes hábeis, não deve ser rejeitada, mas é necessário examinar o que ela quer dizer", afirmava já PLATÃO (*Fedra*, 260). De igual modo, o legislador interroga-se sobre o que diz o juiz e, inversamente, o juiz sobre o que diz o legislador.

Independentemente do estágio do seu desenvolvimento, o direito positivo é estudado, comentado, explicado, ordenado e sistematizado em notas, artigos ou tratados que vêm reproduzidos nesses órgãos mais ou menos oficiais que designamos de "doutrina jurídica". A esta vem juntar-se ainda as discussões a favor ou contra uma interpretação a reter, este ou aquele enunciado positivo. Aqui começa verdadeiramente o diálogo, só que este é já direito "en avant", direito prospectivo ou direito para o futuro.

Um bom conhecimento do direito positivo mostra-se assim necessário se quisermos abordar um outro pólo da actividade doutrinária: o *direito prospectivo*. Este direito voltado para o futuro permanece ainda por descobrir, por dizer.

Uma célebre escola de origem anglo-americana quis ver na actividade jurídica a arte de antecipar, de prever as teses que seriam adoptadas nas sentenças judiciais futuras. A finalidade desta doutrina não era a de procurar dizer o que deveria ser o direito, mas o de predizer o que esta ou aquela instância de jurisdição, cedo ou tarde, seria levada a decidir. Melhor: numa óptica prospectiva, todo o trabalho doutrinário consiste em orientar, antecipar as soluções que as instâncias jurídicas (oficiais ou officiosas) serão susceptíveis de adoptar no futuro. Em todas estas circunstâncias, trata-se, contudo, de construir o direito que há-de vir, o direito futuro.

A doutrina do direito prospectivo apresenta-se, assim, essencialmente, como a doutrina do diálogo: *a arte de convencer*.

Uma autêntica doutrina deve mostrar-se capaz de expor as suas razões: de revelar a razão dos seus enunciados perante o tribunal da ciência. A adesão a um *dogma*, religioso ou profano, é assunto de *fé*. Como dizia Alvaro d' ORS: "Pergunta quem pode, responde quem sabe (e deve saber)".

O poder tem necessidade de se rodear do *saber*, da *auctoritas*, se pretende alcançar reconhecimento social. Uma doutrina, provinda ou não de um poder instituído, constitui sempre um saber. Pertence a título exclusivo à ordem da *auctoritas*. Para se impor verdadeiramente, terá de recorrer à sua única arma: a razão, que convence mas não vence.

1.2. *Saber especulativo e saber prático*

Para conquistar o reconhecimento social do seu saber (*auctoritas*), que lhe confere autoridade intelectual, aquele que ambicionar ser homem ou mulher de ciência, de doutrina, deverá mostrar-se capaz de exercer no seu melhor o que ARISTÓTELES, depois de PLATÃO, e também já S. TOMÁS DE AQUINO, denominaram de virtudes intelectuais.

Morais ou intelectuais, as *virtudes* constituem aptidões progressivamente adquiridas pela repetição de actos que, aumentando, transformam aquele que as possui num ser cada vez mais apto a realizar os respectivos fins.

Entre as virtudes intelectuais, ARISTÓTELES distinguia duas categorias: as "virtudes especulativas", orientadas exclusivamente para o conhecimento das coisas, e as "virtudes práticas" que tinham por objecto o conhecimento com vista à acção (cfr., *Ética a Nicómaco*, VI).

Uma doutrina deve possuir no mais alto grau virtudes especulativas. Necessita de inteligência, de ciência e de sabedoria.

Segundo ARISTÓTELES é "a penetração e a perspicácia do espírito que nos levam a dizer que um homem é inteligente e de espírito vivo" (*Ética a Nicómaco*, VI, 10). A *inteligência* de uma pessoa mede-se pelo seu espírito crítico: não tomar por certo aquilo que se diz, ao cabo e ao resto, não tomar tudo por verdadeiro ou falso. A etimologia da palavra inteligência, de resto, é reveladora: "*intus legere*" significa "ler por dentro". A doutrina jurídica inteligente será, portanto, aquela que sabe ser perspicaz e discernir rapidamente o verdadeiro do falso, ou pelo menos discutível, no direito positivo.

A ciência vai um pouco mais longe. Ultrapassando o espírito crítico progride para além da simples opinião mais ou menos provável sobre o que deverá ser tido por verdadeiro ou falso para chegar a um julgamento certo. "Quando se possui deste modo certeza, e os seus princípios são conhecidos, sabe-se de ciência segura", observava já ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 3). É assim que ULPIANO reduz os preceitos do direito a três: "viver honestamente, não lesar outrem, atribuir a cada um o seu (o que é devido)" (*Di-gesto* I, 1, 10).

Acima da inteligência e da ciência eleva-se o último dos saberes especulativos: a *sabedoria*, "perfeição suprema na ordem do conhecimento" (ARISTÓTELES, ob. cit., VI, 7).

As virtudes intelectuais possuem ainda uma outra vertente, voltada para a acção. Permitem adquirir um saber prático. No seio desse saber, ARISTÓTELES (ob. cit., VI, 5) distinguia a prudência e a arte. A *prudência* identifica-a com a virtude de quem sabe perfeitamente discernir a boa forma de se conduzir ou de dirigir os outros nesta ou naquela situação concreta em que poderá ter lugar a dúvida: "capacidade de decidir convenientemente o que é bom"; "disposição acompanhada de justa razão, voltada para a acção e relativa ao que é bom ou mau para o homem" (Ibid.).

A jurisprudência constitui, em sentido objectivo, o conjunto de critérios deduzidos pelos juízes sobre o que é o direito. Deve por isso ser também apreciada como uma virtude: a qualidade que possui uma pessoa para o exercício permanente e constante dos actos próprios dessa virtude, o discernir o bem do mal, o justo do injusto, o direito do torto. Essa pessoa torna-se então num jurisprudente, um *jusperitus*: um *perito* em direito, podendo, a esse título,

reivindicar para si a pertença a uma entidade imaterial que é, justamente, a doutrina e ciência jurídicas.

Ao lado da prudência ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*, VI, 4) destacava ainda a *arte*.

E tal como a prudência a arte apresenta-se também como uma virtude prática: regula os nossos comportamentos, isto é, as actividades livres, susceptíveis de se diferenciarem umas das outras. "No que concerne às coisas susceptíveis de ser diferentes, há as que relevam da criação ou da acção, sendo que a criação e a acção se apresentam ambas como distintas" (ibid.). Ainda segundo ARISTÓTELES, "a arte consiste numa disposição acompanhada de razão e voltada para a criação (...). Toda a arte traduz-se, por natureza, no acto de criação de uma obra; conseqüentemente, no acto de procurar os meios técnicos e teóricos que possam levar ao acto de criação de uma coisa pertencente à categoria dos possíveis e cujo princípio reside na pessoa que executa e não na obra executada" (ibid.).

Pelo contrário, "a prudência constitui uma disposição acompanhada de moderação e verdade, voltada para a acção e concernente aos bens humanos" (ibid., VI, 5). A prudência visa o bem agir (em latim escolástico: "*recta ratio agibilium*"), enquanto a arte constitui unicamente um saber-fazer (em latim escolástico: "*recta ratio factibilium*"; em inglês moderno: "know-how"; e em francês: "savoir-faire").

De forma mais radical, a arte é produtora de objectos exteriores ao homem, se bem que o artesão ou artista nunca se sinta verdadeiramente satisfeito com a sua obra: "o fim da criação", constata laconicamente ARISTÓTELES (ibid.), distingue-se do objecto criado".

CELSE ficou justamente célebre na história do pensamento jurídico por nos ter legado um dos seus aforismos mais célebres: "*ius est boni et aequi*".

Mas será a ULPIANO, um outro grande jurista romano, que ficamos a dever um dos seus aforismos de ouro: "*Turis prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*": "A prudência do direito consiste no conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto" (*Digesto*, 1, 1, 10).

A plenitude do desenvolvimento das virtudes intelectuais, porém, só poderá ter lugar naquele — na pessoa — que detêm e aperfeiçoam as *virtutes morais* ditas *cardiais*: coragem, temperança e justiça. "As outras virtudes intelectuais

podem existir sem a virtude moral, mas a prudência não" (S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa*, Ia-IIae, q. 58, art. 5).

Cada jurista poderá assim desbravar as respectivas simpatias ou empatias naturais por este ou aquele tipo de comportamento, mas ser-lhe-á necessário uma forte dose de humildade, humildade que o deverá ensinar, entre outras coisas, a desconfiar, antes de mais, de si próprio.

Esta *humildade* não é mais do que a simples modéstia, modéstia que consiste em reconhecer em si a existência de um gérmen de desordem que habita em todos nós.

§2. A elaboração do direito

2.1. O caso

Toda a obra e elaboração do direito tem lugar a partir de factos qualificados pelos juízes de "caso".

O termo, de resto, é interessante. Vem do latim *casus*, que deu, por exemplo, origem à expressão *casus belli*, situação na qual uma declaração de guerra acaba por ser justificada. *Casus* deu lugar ainda a *causa*, termo de uma riqueza enorme para o direito, já que podia significar tanto o processo (uma causa) como os argumentos utilizados na solução jurídica deste ("a causa foi atendida"), como podia traduzir ainda a razão de ser de uma qualquer acção (a sua causa), razão que se mostra necessária examinar para saber se resulta ou não justificada.

Os casos reais, não os imaginários, normalmente são decididos pelos tribunais. Não é tarefa do legislador estatuir para os casos isolados, individuais e concretos. Se o fizer, a regra que adoptar será considerada como um *privilégio*: uma lei privada, dimanada para um caso particular.

2.2. A operação de qualificação

Entre os factos da "causa", os factos do "caso", nem todos têm a mesma importância do ponto de vista jurídico. Certos factos mostram-se mais pertinentes do que outros, possuem uma maior "relevância". Saber colocar (ou colocar-se) boas questões a propósito de bons casos constitui uma "arte" difícil que exige longos anos de aprendizagem. Mesmo juristas reputados não conseguem de uma só vez "ver", "entender" o verdadeiro "problema", antes o acercam por uma série progressiva de aproximações.

Quando a questão é bem colocada, os factos falam por si ("*res ipsa loquitur*") e toda a tarefa do jurista consiste em colar-se a eles no sentido de os deixar falar.

As palavras, os verbos, as frases que utilizamos para traduzir o *logos* inerente ao caso é o que se denomina de "qualificação". Qualificar é assim atribuir uma qualidade que a coisa analisada possui já em si mesmo. É, numa palavra, honrar o caso. Os casos pouco honrados ou mesmo francamente ignominiosos são ditos "inqualificáveis".

2.3. O recurso às ficções

Situações há nas quais a qualificação de que os factos se apresentam ostensivamente como portadores se encontra excepcionalmente afastada pelos juristas em favor de uma qualificação fictiva. *Brevitatis causa* fala-se de ficção: *fictio iuris*.

As ficções devem ser distinguidas das *presunções*, mesmo as irrefragáveis. Estas últimas dizem respeito à prova dos factos. Diversamente, as ficções dizem respeito ao direito ou, de modo mais exacto, à qualificação jurídica dos factos. Por exemplo, as pessoas colectivas ou morais constituem ficções jurídicas: um grupo de pessoas físicas ou bens tecnicamente assimilados a uma ou mais pessoas físicas (: fundações).

A ficção, afirma-se, restabelece a justa proporção das coisas. Inscreve-se como tal na continuidade do real. Mas apesar disso, o recurso às ficções deve operar-se com precaução e cautela. A sua criação não resulta unicamente do legislador. Existem ainda ficções ditas "pretorianas", isto é, provenientes dos

tribunais. Mas devem, contudo, estar ao serviço do real, como sublinham, de resto, os juristas da *Common Law*: "*Fictio legis neminem laedit, nemine operatur damnum vel injuriam*": "a ficção jurídica não lesa ninguém, não dá lugar a dano ou injúria".

2.4. *Deliberações*

Fictícia ou não, a qualificação dos factos da causa nem sempre se mostra evidente. É aqui que tem lugar a deliberação. Esta, por sua vez, relaciona-se com a decisão. Ora, decidir, julgar, é qualificar.

Mas não é aconselhável decidir, julgar sozinho. "Juiz único, juiz iníquo", diz um velho aforismo. Assim, mostrar-se-á mais razoável deliberar em conjunto: pedir conselho ou ser *aconselhado* (*consilium* possui etimologicamente o sentido de uma confrontação de opiniões entre várias pessoas). Antes de votar um decreto para ser aprovado como lei há lugar a debates parlamentares como há lugar também a debates judiciais nos quais cada parte é ouvida pelo juiz antes de este pronunciar o seu *verdicto*.

As deliberações possuem as suas leis próprias: um perora, os outros calam-se e escutam; um perora primeiro, o outro em segundo lugar, um outro em terceiro ... sobretudo se existe duas espécies de vozes segundo as pessoas associadas à deliberação.

Algumas só possuem *voz consultiva*: Podem, e por vezes mesmo devem obrigatoriamente ser ouvidas, mas a sua *potestas* reduz-se a isso. A opinião que expressam só possui capacidade de convencer (*auctoritas*).

Outros só possuem *voz deliberativa*: Devem (ou pelo menos podem) prestar conselho, uma opinião que vincula os outros e a si mesmo. Geralmente, a maioria dos pareceres é seguida. Em caso de igualdade ou empate, o presidente do *concilium* possui voto de qualidade, isto é, detém voz preponderante.

De todo o modo, essas vozes concorrem para a enunciação de um *verdicto*, isto é, a verdade, a coisa verdadeira (*vera dictum*).

2.5. A decisão como sanção

Se a decisão sobre o direito é justa, apresenta-se então como uma *liberação* (depois, de-liberação).

Pelo poder das palavras, a decisão restitui às coisas à sua verdade primeira e, nesta óptica, restabelece-as em “santidade”, isto é, *sanciona-as*.

Sancionar vem do latim *sanctionatus*, que significa ser reconhecido como santo (*sanctus*). Toda a decisão jurídica santifica aqueles que julga em carne e osso ou aqueles que é chamada a julgar. Trata-se, numa palavra, de disposições que valem para o futuro, seja este o caso das leis, dos costumes ou dos contratos.

A decisão sobre o direito possui, deste modo, a qualidade de “decidir”, de desfazer um nó, por vezes górdio. Decidir significa sancionar no sentido em que se tira as consequência de uma reflexão anterior. Toda a solução pressupõe uma reflexão. Mas a decisão em si mesma representa uma escolha — um acto de *vontade* — saturado de racionalidade. “A escolha não é, em substância, um acto de razão, mas de vontade”, afirmava já S. TOMÁS DE AQUINO (*Summa*, Ia-IIae, q. 13, art. 1).

2.6. A fundamentação

A decisão constitui uma escolha razoavelmente saturada de razão, de *razões* que pensam ter razão. Estas apresentam-se como os motivos, os fundamentos da decisão.

Do jurista, de quem se espera uma decisão com força obrigatória, deve exigir-se que enuncie os motivos, os fundamentos da mesma. A obrigação de motivar, de fundamentar as decisões pesa também sobre os juízes. Entre nós, por exemplo, o defeito ou insuficiência dos motivos constitui uma causa clara de cassação, de nulidade do acórdão ou do próprio julgamento em que este teve lugar.

Por vezes as razões da lei são bem mais misteriosas. O controle mediático e a publicidade dos debates parlamentares obriga o legislador, no mínimo, a trocar razões.

Mas existem ainda os *trabalhos preparatórios*. Escutemos, a este propósito, Georges RIPERT (*Les forces créatrices du droit*, nº 28): "O texto, por vezes, é precedido de uma exposição de motivos. Esta é redigida com arte apologética. A lei é apresentada como uma medida necessária, imposta pela economia ou pelos costumes, aceite previamente pela opinião. Os verdadeiros motivos da regra, os interesses que satisfaz, as paixões que a inspiraram, a resistência que é manifestada, a luta que já foi necessário travar, tudo isto resulta cuidadosamente escondido em alguns parágrafos que louvam a justiça e a utilidade".

2.7. A integração vertical

A integração vertical tem lugar sempre que uma determinação positiva do que é justo prevê uma instância hierarquicamente superior àquela que é chamada a dizer o direito. Mas *pode* também ter lugar quando uma tal obediência não se impõe. No primeiro caso, a integração apoia-se na *potestas* da instância superior. No segundo, unicamente se recomenda pela sua *auctoritas*.

Todavia, o direito do caso não provém de regras superiores. O jurista deverá perguntar-se se as qualificações que utiliza se adequam ou não às circunstâncias do caso ou, inversamente, se essas mesmas circunstâncias reenviam, por sua vez, a essas qualificações. Na dúvida, deverá interpretar sempre as regras a que se refere. Para todas estas operações mentais impõe-se uma delimitação.

2.8. A integração horizontal

Entre duas ordens jurídicas distintas, igualmente soberanas, a questão da conformidade de uma solução jurídica positivamente adoptada numa ordem e noutra coloca-se evidentemente em menor grau. Na maior parte dos casos limita-se a uma simples relação de *auctoritas*. Se a ordem jurídica vizinha adopta uma determinada solução, porque não a adoptar também entre nós?

Perante um caso em que se nos depare um elemento externo, que parece determinante, a jurisprudência estima que é o direito estrangeiro designado por esse elemento de extraneidade que deve aplicar-se. Será então necessário deter-

minar qual o conteúdo que possui esse direito estrangeiro, como resulta interpretado pelas jurisdições estrangeiras a que diz respeito. Nestas duas hipóteses, é preciso supor que não existe uma instância supranacional encarregada de determinar o que é justo e à qual se deverá obedecer. Permanecemos, portanto, no universo da *dikè*.

Na falta de uma jurisdição supranacional, uma tal decisão permanece nas mãos e na boa vontade dos juízes, escudados na criação de instâncias de coordenação, as quais tendem, pelo menos em certos sectores, a ser criadas. Essa integração horizontal impõe-se em nome da igualdade de todos perante a justiça, sobretudo se se tratar de convenções internacionais relativas a leis uniformes nas quais a aplicação do direito estrangeiro se opera de modo muito mais livre. Um exemplo: as disposições da Convenção de Varsóvia sobre o Transporte Aéreo Internacional de Mercadorias e Passageiros, de 12 de Outubro de 1929, serão interpretadas de modo diverso consoante os Estados signatários, variando de uns para os outros.

2.9. A arte do "distinguo"

A arte de demonstrar que o caso a julgar se apresenta como novo, autorizando, conseqüentemente, uma solução inédita, afastando o precedente anterior, torna-se absolutamente indispensável cada vez que uma integração, vertical ou horizontal, tem lugar.

A arte da distinção (do "*distinguo*", "eu distingo" porque é necessário distinguir) constitui um dos últimos refinamentos do pensamento jurídico. Mas não deixa de ser uma arte do caso, uma *casuística*, na qual, no termo de um vai e vem constante entre a regra a aplicar e o caso ao qual a regra deve aplicar-se, finalmente se decide da escolha da solução mais idónea e adequada.

As regras cuja aplicação resulte evidente não suscitam problemas de interpretação. Aplicar-se-á então o chamado "*silogismo da justiça*": a premissa maior é a regra jurídica, a menor o caso, e a conclusão a sentença jurídica. Se a aplicação da regra suscitar dúvidas terá lugar uma interpretação qualificada, com recurso ou não à ajuda de especialistas.

Pode mesmo ocorrer que a regra, ainda que interpretada em todos os seus sentidos razoáveis, não cubra sequer ou não se adeque ao caso a decidir. É isso que se denomina de *lacuna*. Nesta hipótese, o jurista é livre e pode, inspirando-

se em maior ou menor grau nos princípios gerais de direito estabelecidos, forjar ele próprio uma nova regra, inspirada no caso, isto é, criar ele próprio direito em estado puro — como na primeira manhã do mundo. Se esse direito for bom, então criar-se-á uma jurisprudência.

2.10. *A ordem jurídica como sistema*

Num sentido derivado, a ordem jurídica resulta determinada não apenas em função de uma justa repartição de bens e de coisas numa determinada sociedade, mas ainda como conjunto de critérios que permite essa mesma repartição. Daí a ideia de que a ordem jurídica deve ser concebida como um sistema de regras. Aqui aproximamo-nos do conceito de código ou de codificação com uma única diferença: por código não deverá entender-se um livro escrito mais ou menos isolado, mas a totalidade das regras, escritas ou não, que, coordenadas entre si, presidem aos destinos da vida social. Compreendidas deste modo, todas as fontes do direito, todos os processos de criação de direito oficialmente reconhecidos concorrem para a construção da ordem jurídica.

Esta ordem, tal como nos códigos clássicos, quer-se ao mesmo tempo totalizante e totalitária.

Totalizante, na medida em que pretende regular as questões jurídicas susceptíveis de se colocar no seio de uma sociedade. Frequentemente será necessário resolver ainda os "conflitos de normas" precisando a dimensão respectiva, por exemplo, de duas regras susceptíveis uma e outra de se aplicar ao caso. Esses conflitos, por vezes, resolvem-se pelo estabelecimento de uma hierarquia. Dir-se-á, assim, por exemplo, que um determinado decreto detém uma força menor do que a lei ou que uma simples lei vale menos do que uma norma de valor constitucional, etc. O critério implícito aqui utilizado é o da hierarquia político-jurídica, retirada do *direito constitucional*. Em caso de conflito entre normas do mesmo grau ou estalão, por exemplo de dois princípios proclamando direitos fundamentais, do que se trata é de encontrar um meio de "harmonização" ou "conciliação", o que por si só se aproxima mais de uma actividade legislativa do que judicial.

Totalitária, na medida em que todo o sistema tende a ser sistemático, isto é, a ignorar soberbamente tudo o que nele não possa re-entrar pelas processos ou vias oficialmente determinados e definidos. Essas vias são a das instâncias

expressamente habilitadas a dizer o direito numa ordem jurídico-constitucional individual e concreta.

O filósofo do direito H. L. A. HART no seu livro *The Concept of Law* (1961) responde a estas interrogações propondo uma distinção entre *regras primárias* e *regras secundárias*.

As primeiras, define-as como regras substantivas que integram directamente o sistema jurídico. Impõem obrigações. As segundas, pelo contrário, determinam os processos que governam as instâncias encarregadas de formular as regras primárias.

Neste contexto, resulta óbvio que as regras secundárias se revestem de uma importância capital. É graças a elas que a ordem jurídica como sistema se constrói passo a passo. A elas subjaz o conceito anglo-americano de *due process of law*.

§3. As controvérsias jurídicas

3.1. O direito e a dialéctica

Como toda a ciência, o direito não pode passar sem a dialéctica, "a disciplina do espírito, essa ciência que permite distinguir o verdadeiro do falso, um método que nos conduz dos princípios às consequências, preservando-nos da inconsequência" (CÍCERO, *Das Leis*, I, 23).

Num sentido elementar, a dialéctica caracteriza-se pelo *diálogo*: uma troca de raciocínios e razões a propósito de uma mesma questão.

A ciência progride desta forma: uma tese é afirmada por um e contraditada por outro que apresenta uma outra tese, denominada antítese. Ora, é por meio de um combate amigável de ideias que se pode corrigir o que há de excessivo numa e noutra das teses. A oposição será depois reabsorvida numa síntese, o momento de superação da tese e antítese, absorvidas em prol de uma verdade mais elevada que as engloba e as remete cada uma ao seu lugar.

Esta síntese participa da justiça dita distributiva, aquela que dá a cada um a sua parte: a sua parte de verdade, aqui e agora. Mas até ao momento em que se deverá atingir esse estágio de síntese, a dialéctica não produz os seus frutos, isto

é, a parte da verdade que contém a tese e a antítese. Estas não serão de momento reveladas.

Em suma, todas as definições que possam ser dadas da dialéctica, as de ARISTÓTELES ou as de CÍCERO, todas elas relevam, em primeiro lugar, o diálogo e, com ele, a controvérsia.

3.2. *Dialéctica e dialógica*

Numa primeira abordagem, a dialéctica constitui uma troca de opiniões a propósito de uma questão determinada antecipadamente por adversários reais ou fictícios. Dessa troca *pró* ou *contra* nasce a possibilidade de aceder a uma verdade mais elevada que supere as opiniões contrárias, ou seja, que as restitua à sua única verdade. Não obstante, tese, antítese e síntese, todas ostentam por objecto responder a *uma* única questão, de resolver um tipo de dificuldade, esta e não outra.

O método escolástico cultivado, por exemplo, por S. TOMÁS DE AQUINO, apresenta-se essencialmente como um método dialéctico. É assim que a *Suma Teológica* se subdivide em *questões* relativas a um tema geral (o direito, por exemplo). Cada questão levanta várias interrogações, repartidas, por sua vez, em artigos. No seio de cada artigo, tudo conta: não somente a resposta central ao ponto em debate, mas ainda os argumentos não julgados decisivos e as respostas a esses argumentos. Do conjunto dessas respostas, grandes ou pequenas, emerge um mínimo de verdade sobre o tema geral, sobre a *quaestio*. O mesmo ocorre na reflexão jurídica quando esta adopta os contornos da controvérsia. Esta quer-se assim, segundo um neologismo bastante feliz, "dialógica".

3.3. *Debates políticos, debates científicos*

A controvérsia sobre uma questão jurídica pode adoptar dois aspectos, frequentemente complementares: um aspecto ou vertente *política* e um aspecto ou vertente *científica*.

O debate político quando se desenrola na praça pública, na “agora” ou no “forum”, leva teoricamente a uma participação dos cidadãos que assim o desejem. Ora, é aí que tem lugar o que se convencionou designar de *opinião pública*.

Mas este é também um debate “moral” no sentido em que a dialéctica deve ser posta ao serviço da verdade. Assim tomado, o debate torna-se, pura e simplesmente, retórico. "O futuro credor não tem que se informar do que é verdadeiramente justo, mas antes do que tem essa aparência perante a multidão, pois é esta que julgará. Nem tão pouco do que é belo ou bom, mas do que parece como tal, porque é daí, e não da verdade, que procede a persuasão", ironizava já PLATÃO (*Fedra*, 259). Não estamos aqui muito longe da célebre observação de ANTÍSTENES, o cínico, a quem perguntaram um dia o que ensinava ao filho: "A filosofia, se tiver de viver na companhia dos deuses. A retórica se tiver de viver na companhia os homens".

3.4. A arte da controvérsia

O direito tem intencionalmente necessidade da controvérsia. As próprias leis são votadas após um longo debate. As decisões de justiça são pronunciadas após deliberação. É o próprio sistema político, a *constituição*, que, com diferentes variantes, assim o exige.

O poder legislativo e o poder judicial apresentam-se, deste modo, constitutivamente, como lugares de controvérsia, de debate, de "*contradição*". O princípio do contraditório é aí rei e senhor. A decisão que for tomada será, por interposta ficção, considerada como a da própria instância, a do próprio poder.

O poder judicial, neste conspecto, denota a mais um aspecto do contraditório que geralmente tem vindo a ser ignorado pelo poder legislativo, salvo quando actua como tribunal na acepção estrita e verdadeira do termo: a contradição entre os queixosos ou requerentes por intermédio dos respectivos advogados, de longe a mais frequente.

Perante este quadro, toda a controvérsia possui, por definição, carácter doutrinário. A controvérsia de que se fala não tem aqui lugar entre instituições — os poderes judicial e o legislativo, por exemplo —, mas entre os doutos em direito. São estes que levam a cabo o verdadeiro debate sobre uma questão jurídica. O que não quer dizer que outras pessoas, que não os juristas, não sejam dotadas de uma real aptidão para debater questões jurídicas.

Assim, não raro ocorre que confrontações doutrinárias, mais ou menos importantes, descritas sobre a rubrica de "questões controvertidas", surjam espontaneamente. De entre essas controvérsias ditas "espontâneas", duas parecem impor-se: as controvérsias homogêneas, de um lado, e as controvérsias heterogêneas, do outro.

As primeiras desenvolvem-se entre pessoas que exercem a mesma profissão, uma profissão em que não reina o espírito de corpo. Controvérsias no quadro das sociedades abertas onde cada qual tem o direito de reivindicar para si a liberdade de pensamento.

Sob este ponto de vista, não existem controvérsias legislativas: o legislador é uno, não pode votar uma lei, e depois outra, que contradiga a primeira. A contradição resolve-se aqui pela abrogação, tácita ou indirecta, da lei precedente. É, pois, a unidade que releva.

Ao invés, são já possíveis controvérsias entre jurisdições desde que se imponha, bem entendido, o princípio do precedente vinculativo (e não só do precedente não vinculativo).

E o que era já uma prática corrente entre os juízes, é-o ainda mais entre os *professores* de direito. Estes, naturalmente, possuem uma mais ampla liberdade de pensamento e ensino.

Por detrás das palavras do direito confrontam-se, assim, frequentemente, concepções sobre o direito em geral, sobre o papel por este desempenhado na vida societária, sobre a sua instrumentalização ou não ao serviço de uma ideologia.

No seio das *universidades* é comum a controvérsia. A Idade Média havia tido desta uma consciência real e tirado justamente daí as consequências no plano institucional, instaurando as "*quaestiones disputatae*" no decurso das quais eram trocadas, por vezes de modo agreste, os argumentos que se pretendiam todos decisivos.

A controvérsia transforma-se num verdadeiro *rito*. Possui o seu ritual. A universidade medieval é a universidade na sua primeira juventude. Tendia, deste modo, à busca da verdade. Essa busca impunha, mais cedo ou mais tarde, uma *disputatio* em boa e devida forma a fim de se determinar no seu melhor quem tinha ou não razão. Actualmente, a universidade envelheceu. Cada um prega agora por sua própria conta e risco, só raramente aceitando entrar em controvérsia aberta face a um público composto ele próprio de doutores.

Nesta segunda categoria de controvérsias, as controvérsias ditas "heterogêneas", em lugar de se confrontarem directamente os doutos preferem fazê-lo com membros de outras profissões jurídicas que não a sua. O protótipo destas controvérsias ditas "heterogêneas" é constituído por aquelas que consistem em debater em torno de uma decisão judicial ou de uma lei, por vezes mesmo antes da sua promulgação e publicação. A sua finalidade é procurar influenciar o curso da elaboração do direito positivo, fornecendo opiniões fundamentadas.

A controvérsia ocorre ainda com mais à vontade quanto mais o interlocutor que se pretende convencer não se apresente, pelo menos oficialmente, como alguém provindo do mesmo corpo profissional. Os juízes tomam decisões que se assumem materialmente como verdadeiros "apelos" ao legislador, incitando-o a legiferar ou, ao invés, dispensando-o dessa tarefa, tomando, de algum modo, o seu lugar. Mais ainda: para além do diálogo entre o juiz e o legislador, a comunidade dos juristas acaba por participar, tomando em maior ou menor grau par-tido, por uma ou outra das teses ou posições em confronto.

A controvérsia apresenta-se ainda como uma arte artificial. Exige, antes de mais, saber compreender a tese do adversário, aquela que se pretende discutir. Ora, compreender requer ao mesmo tempo amar. A opinião de outrem deve ser aceite por aquilo que é: uma opinião estimável e estimada, que vale a pena ser conhecida em razão da pessoa que a emitiu. Se não se respeitar a tese do adversário, a controvérsia degenera. Deixa de existir transformando-se num monólogo em que só nos escutam os nós próprios ou só nos mostramos atentos às opiniões daqueles que nos aprovam.

Mais delicada será ainda a arte de saber defender a sua própria concepção das coisas. Para isso necessário se torna não apenas ter bem compreendido as teses do adversário, mas também ter sabido discernir os pontos sobre os quais essas teses se mostram, em nossa opinião, enfraquecidas. Para além disso, é necessário construir ainda a sua própria argumentação e réplica.

A arte de defender possui, todavia, uma outra vertente que deverá ser respeitada: a distinção entre as ideias daquele por quem tomamos ou não partido e a sua pessoa. A argumentação *ad hominem* deve ser rejeitada. Quaisquer que sejam as suas ideias, as pessoas devem ser sempre respeitadas. A experiência demonstra que, especialmente em direito, mais tarde ou mais cedo, se misturam em estreito conúbio as dimensões da vida pessoal de um autor e as ideias por este defendidas. O homem, contudo, é sempre um todo, uma totalidade.

Uma controvérsia apresenta-se, por fim, como um combate, uma juta de ideias. Exige, por natureza, que aqueles que nela participam aceitem as suas regras elementares. Devem portar-se como bons jogadores. O jogo da controvérsia exige, de um lado, igualdade de armas e, do outro, identidade de objecto.

Igualdade de armas A controvérsia doutrinária apresenta-se como uma guerra de raciocínios. É a *razão* dos adversários que se mostra a única apta a levar a cabo a controvérsia. Por isso, antes de mais, requer necessariamente adversários aptos a raciocionar, isto é, dispostos a não *passionar* o debate. Pode argumentar-se com paixão, mas somente os argumentos ponderados, raciocionados, razoáveis, podem ser avançados.

Por outro lado, todo o argumento racional, todo o raciocínio, exige ser escutado até ao fim. O pensamento humano desenvolve-se no decurso do tempo. Não respeitar essa especificidade, cortando a palavra ao adversário, normalmente é sinal de pura trifulhice. Do que se cura é de não monopolizar a palavra do adversário sob pretexto de ter de se acrescentar ainda um outro raciocínio.

Um bom adversário deve saber ser breve: respeitar a medida inerente ao argumento que desenvolve, sem nada acrescentar ou suprimir. Deve também saber proceder gradualmente, por etapas: quando afirma um ponto que se afigura a seus olhos importante, é bom que se assegure do acordo do adversário, que lhe conceda o argumento. Este último, por sua vez, não deve praticar uma política de objecção sistemática. Com chicanas pérfidas, as discussões transformam-se em disputas. Não são mais dialécticas, afirmava já ARISTÓTELES (*Tópica*, VIII, 11).

A identidade do objecto. Uma questão é posta: os adversários devem enfrentar-se sobre essa única questão com meios aptos e idóneos a responder a esta e só a esta questão. O objecto deve permanecer do princípio ao fim o mesmo. O combate prossegue até que cada um acorde sobre o facto, que não haja nem do lado de um nem do outro mais nada de relevante a dizer. O debate termina então.

A dialéctica exige controvérsia, mas não pára aí. Constitui ainda uma arte de concluir. Uma autêntica controvérsia não se apresenta como uma simples troca de opiniões. Para além disso, convém saber quem, em definitivo, tem ou não razão.

Assim nasceram os princípios jurídicos: visam dar resposta — e resposta racional — a situações inéditas, seja ao preço de uma modificação discreta da sua dimensão inicial ou, de modo quiçá mais exacto, de um reaprofundamento do seu verdadeiro significado a pouco e pouco esquecido pela doutrina dominante. "Laissez dire les sots, le saivoir a son prix", afirmava, com mordaz e sagaz ironia, o grande LA FONTAINE (*Fábulas*, Livro VIII, 19).

§4. A formulação do direito

4.1. Os enunciados jurídicos

Todo o enunciado jurídico ostenta por essência um carácter *prescritivo*: determina e ordena qualquer coisa. Essas injunções reordenam-se, por sua vez, num "dever ser" (*ought*, em inglês; *sollen*, em alemão). Existem, fundamentalmente, duas espécies de injunções.

A mais importante e básica é o "dever-ser": o que institui as coisas, fá-las ser. "No começo, Deus criou o céu e a terra (...). Deus disse: 'Que seja feita luz! e a luz fez-se'" (*Genesis*, 1, 1-2). O *logos* divino constitui as coisas, instala-as no ser, prescrevendo que sejam. Os homens não tem esse poder. Mas a seu modo, instituir ou constituir consiste essencialmente em definir: "isto é", "aquilo não é".

A *definição* apresenta-se, por excelência, como uma operação de *qualificação*. Neste sentido, não cria radicalmente o que define. A coisa a definir é sempre primeira, e a bondade da definição depende, em última instância, dela. Não obstante, de certo modo, a definição humana autoriza as coisas a ser o que elas são. E através disso fá-las entrar no universo dos homens. A linguagem implícita da definição possui um *quid divinum*, qualquer coisa de divino: "isto deve ser" ou "isto pode ser", que seja então.

Trata-se, por conseguinte, de injunções relativas à acção, que os juristas resumem remetendo para a existência de três espécies de obrigações: fazer, não fazer e dar (por exemplo, transmitir, perda de propriedade de alguma coisa, etc.). Estas injunções podem ainda adoptar duas tonalidades ou vertentes. Ou bem a da obrigação: "é necessário fazer isto ou aquilo". Ou bem a da faculdade, do "direito de" ou do "direito a": "pode fazer-se isto ou aquilo". Em geral estas fa-

culdades de acção apresentam-se, implícita ou explicitamente, como alternativas. Mesmo que uma faculdade de acção, de exercício de um direito, seja concedida pela ordem jurídica a uma pessoa, esta pode optar por fazer ou não fazer, isto é, por não utilizar esse direito potestativo.

Assim, todo o enunciado jurídico se resume, bom grado mal grado, a definições: as qualificações que constituem um aspecto essencial do trabalho do jurista.

As qualificações ou definições frequentemente vêm formuladas no *indicativo*: "isto é", mas subentendem ainda, de modo expresso ou tácito, um condicional: "isto é ou não é", então "isto pode ou deve ser ou não ser". Por exemplo: "se duas pessoas acordam num contrato de venda, então a venda, porque é isto, obriga aquilo". Estas condições prévias demonstram claramente que as qualificações e as suas consequências sobre o plano da acção se encontram estreitamente subordinadas aos *factos*: ao caso.

Toda a definição supõe assim elementos a definir: os factos bem circunstanciados cuja linguagem deverá, por sua vez, ser traduzida em definições. Mas como dizia um belo adágio romano "*Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*", "todo a definição é perigosa em direito civil; facilmente resulta pervertida" (*Digesto*, 50, 17, 202). E conclui: A "essência da regra é a de enunciar brevemente uma coisa pré-existente" (*Ibid.*, 1). Esta é a outra face da moeda. E, todavia, não podemos passar sem definições.

A definição do que é o direito pode resultar formulada de modo extremamente sumário: por *gestos* humanos ou objectos materiais, desde que estes se mostrem significativos num dado contexto. Gestos que enunciam o direito em Roma: o polegar dos espectadores de um combate de gladiadores, segundo venha orientado para cima ou para baixo, significava a graça para o vencido ou a sua condenação à morte. Actualmente, os braços e as mãos do polícia de trânsito, que regula a circulação, podem significar várias coisas jurídicas: proibição de avançar, obrigação de voltar à direita ou à esquerda, constatação de um flagrante delito, etc.

O direito pode ser ainda enunciado por objectos materiais: marcos, cercas, vedações, postos alfandegários nas fronteiras dos Estados, painéis de sinalização estradal, sobretudo com os seus sentidos proibidos, sentidos únicos, proibição de inversão de marcha, de parar, de exceder esta ou aquela velocidade, etc. Existem, de igual modo, diversos e múltiplos enunciados jurídicos no balcão que separa o comerciante do cliente. O recito poderia prolongar-se.

4.2. *As exposições de motivos*

A melhor sinalização, aquela que se reserva para os casos jurídicos, que reclama reflexão e matização, materializa-se na *palavra* humana, oral ou escrita. É a palavra que expressa a razão, que justifica ou motiva esta ou aquela solução jurídica. A motivação, a fundamentação, redundam, por essência, numa actividade da razão (*ratio*), que se exprime através de um discurso (*oratio*).

A formulação dos motivos ou fundamentos jurídicos tem por objectivo não vencer, mas convencer: de arrebatam a convicção do auditor e do leitor. Por isso deve ser clara e exaustiva, sem se perder em pontos secundários.

4.3. *As formulações legais*

As exposições de motivos, os fundamentos, na sentença e na lei, precedem normalmente o enunciado de uma solução jurídica.

A fórmula verbal do direito que o legislador utiliza nas suas disposições, geralmente, é a de um *código*. Esta é a forma geral: disposições legais (ou assimiladas) reagrupadas em artigos que decidem diversos aspectos de uma mesma questão jurídica geral, de uma mesma relação de direito.

Por razões de ordem, as leis entre nós possuem um número, precedido pelos dois últimos números do ano em que foram promulgadas. Comportam igualmente uma epígrafe que enuncia o seu conteúdo, o que nem sempre é escrupulosamente respeitado. Não raro é que no fim da lei se acrescente um capítulo intitulado "disposições diversas" que regulam, frequentemente, pontos relevantes de direito.

Numerosas leis terminam ainda por "disposições transitórias" que têm por fim regular a data da entrada em vigor da lei, data que pode ser única para todo o dispositivo legal ou, ao invés, variar de uma disposição a outra.

Normalmente, o texto promulgado é fiel ao texto aprovado pelos autores da lei. Mas erros podem surgir inadvertidamente que reclamam por correcções

ulteriores, designadas de *rectificação* ou *errata*. A correcção integra-se na lei e faz corpo com ela. E deve entrar em vigor ao mesmo tempo que a lei.

4.4. As formulações pretorianas

O direito formulado pelos juízes a propósito de uma questão, de um caso, no qual são chamados a exercer o seu poder de jurisdição é, em certos aspectos, mais simples. Os juízes devem chamar a atenção para os factos provados, proceder à sua qualificação, e daí extrair as consequências jurídicas que se impõem. Os dois primeiros aspectos constituem a exposição dos motivos de facto e de direito, a fundamentação. A última, muito mais breve, é designada de dispositivo. Esse dispositivo, sumário, tanto pode censurar (: "cassar", "anular") a decisão recorrida como aceitá-la, rejeitando a decisão previamente tomada (: "rejeição").

Os motivos, os fundamentos da decisão de justiça, apresentam-se, deste modo, como o suporte necessário do *dispositivo*. Fundamentos insuficientes tornam injusto esse dispositivo.

Mas pode suceder que o tribunal superior, o Supremo Tribunal de Justiça, por exemplo, opere o que se designa de "substituição de motivos (ou fundamentos)". A decisão recorrida resulta mal fundada, a utilização das palavras mostrou-se insuficiente. Contudo, a ideia é justa e o mérito deve, apesar de tudo, ser preservado, ainda que melhor expresso. Em lugar de "cassar" a decisão dos juízes dos tribunais inferiores, o Supremo Tribunal de Justiça rejeita o recurso, modificando unicamente a fundamentação. Essa alteração de fundamentação, dos motivos, não modifica o dispositivo da decisão.

O mesmo ocorre com as leis. Numerosos enunciados legislativos limitam-se, muitas vezes, a formular princípios muito gerais, que o juiz e a jurisprudência terão depois de apreciar melhor os seus contornos. A própria definição de lei legada por PORTALIS (*Discurso preliminar sobre o projecto de Código Civil*) era a seguinte: "a função da lei é a de fixar através de conceitos muito gerais, as máximas do direito, estabelecer princípios fecundos em consequências, e não a de descer ao detalhe das questões que podem surgir sobre cada matéria. É o magistrado e o jurisconsulto, penetrados do espírito geral das leis, que deve dirigir a sua aplicação".

O pontilismo legislativo contemporâneo encontra-se nos antípodas desta doutrina. Outrora, o legislador fornecia tão só aos juízes um critério flexível de decisão. Recorria ao que se convencionou designar, por transposição de uma expressão inglesa, de *standards*, padrões, conceitos ou cláusulas gerais, como, por exemplo, "bom pai de família", "interesse da criança", "prazo razoável", "funcionamento normal", "bons costumes", "abuso de posição dominante", etc.

Em geral, esses padrões ou cláusulas abertas materializam-se em normas de delegação aos juízes para que precisem, concretizem melhor o caso, a igualdade de direitos e os deveres dos particulares.

É na montanha que Cristo promulgará o conjunto da lei nova: "Jesus, vendo essa multidão, subiu a montanha, e quando se sentou, os seus discípulos aproximaram-se. Então, abriu a boca, e começou a ensinar-lhes, dizendo (...) (*Mateus*, 5, 1-2). O Cristo legislador, revela-se sentado e abre a boca. A *cadeira*, o assento do juiz ou do rei, simboliza a certeza, a ausência de dúvida normalmente esperada de quem legisla. Do mesmo modo, aquele que diz o direito deve permanecer sentado. A *boca*, por seu turno, simboliza o *logos*, a palavra, já que o direito se enuncia por palavras.

Por último, "(h)á um tempo para tudo, um tempo para todas as coisas sob o céu: (...) um tempo para estar calado e um tempo para falar" (*Eclesiastes*, 3, 1, 7). A formulação do direito leva também o seu tempo e, sobretudo, deve fazer-se a tempo.

§5. A linguagem jurídica

5.1. O estilo do discurso

A linguagem jurídica apresenta-se primordialmente como a linguagem daqueles que politicamente têm por função dizer o direito numa sociedade determinada. O legislador e o juiz instituídos encontram-se, a esse título, ligados pela língua oficialmente adoptada. Por vezes, como entre nós, uma só língua.

Não obstante, o monopólio da criação dos termos jurídicos não pertence exclusivamente a uma só língua ou a um só país. Numerosas operações económicas com origem no estrangeiro recebem aí a sua designação de origem. É

esse o caso do *factoring*, do *leasing* (contrato de locação financeira), do *sponsoring*, etc.

Toda a linguagem que queira permanecer como tal, deve, por conseguinte, permitir a comunicação das ideias. Os juristas, por essência, são bons comunicadores. Deste modo, palavras como "hipoteca", "quirografia", "enfiteuse", "contumaz" apresentam-se como termos próprios do direito na medida em que descrevem exclusivamente realidades jurídicas. Mas apesar de surgirem como termos técnicos, eruditos, fazem também parte da linguagem corrente, ordinária, mesmo se esta ou aquela pessoa não conheça o seu sentido. Os dicionários fizeram-se, precisamente, para remediar estas situações de carência.

O único dado certo é o de que o vocabulário jurídico se formou a partir de múltiplas fontes, eruditas ou populares, que se combinaram e resultaram, por sua vez, combinadas.

Toda a "arte" tende a especializar o seu vocabulário. O direito não foge a esta regra. Equívocos podem surgir da confusão entre o seu sentido técnico e o seu sentido comum. Não porque se mostre necessário ter em conta o contexto no qual esse termo ou vocábulo é empregue. Regra geral, os juristas são fiéis às *etimologias*. "Governo", por exemplo, vem de governar: ter a direcção. Aquele a quem é atribuída essa direcção não se encontra verdadeiramente à cabeça do navio, mesmo se os destinos desse navio dependam dele. A cabeça é o capitão, que legifera. O timoneiro não é mais do que um executor qualificado, o que constitui também um governo.

A aprendizagem da arte jurídica passa igualmente por um bom conhecimento do seu *vocabulário*: não de um vocabulário específico, mas de um vocabulário que, por vezes, possui um sentido específico, melhor adaptado a um contexto determinado. "Traduzir" a linguagem jurídica em linguagem corrente constitui uma perfeita estultícia. Não há tradução possível, já que nos expomos aqui, fatalmente, ao perigo de uma desnaturação. Se trocamos uma palavra por outra, é o próprio sentido desta que se modifica.

O mínimo que se pode dizer é que o legislador se encontra perfeitamente consciente desse fenómeno. Tão consciente que não hesita sequer em explorá-lo quando pretende modificar o sentido das instituições sobre as quais estatui. Eis um exemplo: em Portugal, em 1984, para despenalizar certo tipo de abortos voluntários, o legislador não utilizou o termo "aborto" empregue pelo Código Penal, demasiado carregado de conotações pejorativas, culpabilizantes, mas o

termo "interrupção voluntária da gravidez", um conceito mais neutro e, sobretudo, mais asséptico: mais médico, em suma. A saúde da mãe, de quem não se pretendia que arriscasse mais a morte, recorrendo a abortos clandestinos praticados fora das precauções e cuidados médicos requeridos, apresenta-se assim como o factor decisivo. O termo aborto, todavia, foi conservado para os actos ainda penalmente condenáveis. O Código Penal francês, por exemplo, só evoca a "interrupção ilegal da gravidez". "Ilegal": e não já "ilícita".

Por tudo isto, a tarefa do jurista é, antes de mais, a de superar o equívoco: de restituir ao conceito a sua pureza.

De facto as palavras do direito, a começar pelo próprio termo direito, quando correntemente empregues, tendem a tornar-se equívocas. Esta polissemia não se mostra em si danosa. Pelo contrário, se atendermos à riqueza de conteúdos, com as suas irreduzíveis dissonâncias e, a contra-ponto, o abandono muitas vezes arbitrário de certos sentidos, por vezes bastante clássicos, facilmente nos apreceberemos que essa polissemia ou "textura aberta", mais do que um defeito representa, na verdade, a principal característica e riqueza do direito.

Das palavras à ordenação das palavras, eis o discurso jurídico: as palavras são as mesmas, mas a sua apresentação varia segundo o tipo de discurso jurídico. Existem, basicamente, duas espécies de discursos: o *discurso persuasivo*, o das deliberações, das exposições dos motivos, das controvérsias e dos argumentos *pro e contra* e o *discurso dispositivo*, que põe fim a uma contro-vérsia decidindo: o do legislador que põe e impõe uma regra jurídica, o do juiz ou o do redactor de um contrato.

Cada um destes tipos de discurso jurídico tem, antes de mais, um tom: procura convencer.

O Livro II da *Retórica* de ARISTÓTELES constitui um aprofundamento sistemático destas ideias. O advogado que defende em processo penal terá geralmente vantagem em adoptar um tom (moderadamente) apaixonado. O que defende em processo civil, um tom mais racional. O professor pode mais facilmente passar de uma a outra destas tonalidades, mas em geral o tom da razão mostra-se preponderante. Aos estudantes de direito convém, antes de mais, pôr de parte as suas paixões.

O tom do discurso dispositivo não visa convencer, mas vencer. É um tom que não admite contradição, porque do que se trata é, antes de mais, decidir: de dizer o direito, um bom direito. Como escreveu Michel VILLEY (*Carnets*, 26): "Toda a afirmação é uma aventura, um acto arriscado, não uma verificação ou

constatação objectiva, mas uma decisão, independentemente da escolha do momento em que se deve parar num determinado ponto da busca da verdade, de se ater a uma certa visão. A palavra deve apresentar-se como tal". No ponto em que nos encontramos a *dúvida* não é mais oficialmente permitida. Expressar uma dúvida, nesse estágio, representa, no fundo, uma *denegação de justiça*. Um belo exemplo de tom sentencioso que não admite a dúvida é o dos adágios jurídicos.

Como o tom, o estilo varia em torno de dois grandes tipos de discurso jurídico. Longamente estudado por ARISTÓTELES no Livro III da *Retórica*, o estilo do discurso persuasivo exige à evidência que tudo seja utilizado no sentido de convencer o auditor ou o leitor. Assim, este tipo de discurso vem a ordenar-se e a articular-se em torno da *argumentação*, o que requer sempre um começo, um exórdio, um meio argumentativo e um fim, a peroração.

O *exórdio* tem por função "indicar o fim visado pelo discurso" (*Retórica*, III, 14). Trata-se de despertar a curiosidade. Segue-se a argumentação propriamente dita, que se conclui pela *peroração*, consistindo esta "em memorizar o que foi dito antes (...). Na peroração, é necessário presumir os argumentos que foram utilizados na demonstração (...). No fim do discurso, a frase deverá formular-se em *assíndeto*, isto é, proceder a uma conclusão, não a um desenvolvimento: "Eu disse; vocês compreenderam; vós possuís a questão; julgai" (*ibid.*, 19).

O discurso dispositivo obedece ainda a outras regras de estilo. Um dispositivo deve ser breve, claro e denso, circunscrevendo-se ao essencial. Deve também ter em vista a acção, a obediência ao que se encontra disposto. Fórmulas sintáxicas tais como as inversões (verbo colocado à cabeça ou consequência afirmada em primeiro lugar: "São nulos ..."), as repetições de palavras ("Todo o bem, toda a empresa ..."), as redundâncias ("Uma só e mesma decisão ...") possuem aqui um valor acrescido.

A linguagem jurídica repete-se até à exaustão, jogando com imperceptíveis "nuances" ou tonalidades entre as palavras. O direito romano costumava dizer: "*Tria verba praetoris: do, dico, addico*", "Três são as palavras do pretor: dou, digo, acrescento". No caso, o pretor "dá" a sua acção ao queixoso, depois "diz" tudo o que se relaciona com a boa marcha do processo e "acrescenta" tirando as devidas consequências da sua decisão ou julgamento em termos de execução.

No seio dos discursos jurídicos dispositivos um lugar particular deverá ser reservado, depois dos trabalhos de J. L. AUSTIN, ao que se designa hoje de *discurso performativo*: enunciados verbais que são supostos criar a realidade do que enunciam, fazer o que eles dizem. Correspondem a fórmulas sacramentais,

trate-se da prestação de um sermão, a formulação de votos (quando o direito os admite) ou simplesmente de termos litúrgicos. Um exemplo dos mais típicos: o dos *sacramentos* no direito da Igreja Católica. Estes produzem o que significam, justamente o que ensinam os teólogos. Daí a importância que assume nesta sede as chamadas *fórmulas* consagradas, as fórmulas que tornam sagrado, que sacralizam, das quais convém não nos desviarmos. Todos os direitos arcaicos as conhecem.

5.2. Fórmulas e formulários

Talvez que a única especificidade da linguagem jurídica consista no emprego de fórmulas já feitas. Por exemplo: "consortes". Trata-se de pessoas unidas por laços familiares que exercem em conjunto uma acção ou defesa em justiça. "Consortes", "*cum sortem*", "da mesma espécie". Um outro exemplo: "de cujus". Corresponde à primeira palavra de uma fórmula latina "*Is de cujus successionis agitur*", "Aquele de que trata a sucessão". Palavra absolutamente insubstituível se se quiser proceder com brevidade e sobretudo se quisermos ser claros no sentido de explicar, mesmo a um jurista, o modo como se deve regular a sucessão, uma determinada sucessão. O mesmo ocorre com certas invocações: "Em nome do Povo", antes de ser dado início a um julgamento num tribunal, em França, na Alemanha, nos Estados Unidos, mas não entre nós. E sobretudo, *flexões*: "Termos de que", "considerando que", "por esses motivos", "com estes fundamentos", indispensáveis quando se quer marcar uma etapa de um raciocínio judiciário. Apresentam-se, deste modo, como sinais que indicam que algo de novo vai ser dito.

Das fórmulas passa-se aos formulários: fórmulas já redigidas por escrito em que só resta ler e complementar, porventura por uma outra fórmula como, por exemplo, "lido e aprovado". Existem assim contratos pré-redigidos, sobretudo quando são chamados a servir um grande número de pessoas (contratos de seguro, por exemplo). Esses contratos — e outros — comportam, além do mais, frequentemente, cláusulas ditas de "estilo" tão típicas que uma longa prática acabou por fixar ou determinar o respectivo conteúdo. Os formulários notariais, os mandatos ou ordens judiciais tiveram aqui a sua origem. O mesmo ocorreu com os processos-verbais de polícia. A sua vantagem é o de não permitir, por simples esquecimento, nenhuma margem de manobra.

Deste modo, toda a fórmula, todo o formulário, apoia-se na experiência passada a fim de melhor dizer o direito futuro.

PARTE IV

2.1. *Problemas de inclusão*

A interpretação e aplicação do direito deve ter em conta as práticas e convenções interpretativas que se acrescentam ao texto e as intenções dos seus autores (: revivescência da teoria subjectivista). Essas práticas e convenções da teoria jurídica são as que delimitam o conjunto das interpretações admissíveis e que, de facto, configuram o conteúdo significativo do texto escrito onde se contém a norma a interpretar.

2.2. *Problemas de continuidade e mudança*

As palavras assumem novo significado e por vezes substituem-nos. Regras de gramática, de sintaxe e pontuação também mudam. No mundo real as constituições e, em geral, as normas jurídicas, destinam-se a controlar essa mudança. Em caso de desconformidade entre o texto da lei e a realidade a regular, a resposta está em recorrer a um processo de adaptação ou mudança.

A "estética da recepção" (ECO) apropria-se do princípio hermenêutico segundo o qual a obra se enriquece com as diversas interpretações ao longo dos tempos (provavelmente ignoradas pelo autor, mas aí introduzida pelo destinatário). Mas têm de ser *proporcionadas*, isto é, ostentar uma relação de proporção com a natureza da *intentio* profunda do texto. Isto distingue a *interpretação jurídica* da *invenção jurídica*.

A flexibilidade é maior do lado poder judicial do que do poder legislativo. Mas quanto mais nos elevamos na hierarquia judicial tanto mais o juiz se aproxima de uma função quase-legislativa. O método do contrapeso ou da ponderação de bens no caso concreto é disso exemplo marcante. Quando um juiz constitucional ou um juiz de um tribunal internacional assumem a tarefa de deduzir das "penumbras" dos preceitos a aplicar um direito ou uma liberdade que não vêm expressamente mencionados em termos explícitos, ou quando deve

decidir um conflito entre duas regras de estalão igual, o juiz complementa o silêncio do legislador.

Alguns afirmam que o juiz preenche uma "lacuna". Expressão enganadora. Por vezes é o juiz que cria ele próprio a pretendida "lacuna", identificando uma necessidade nova ao mesmo tempo que se esforça em a satisfazer¹.

Se assim é, resulta inteiramente legítimo perguntar: a existência de um poder judicial forte será o preço que teremos de pagar quando o legislador não acerta em regular determinados sectores sociais? É que, nestes casos, a dirimção dos litígios é deixada ao poder judicial. Este não tem o poder de elaborar "códigos" ou mudanças de regulamentação amplas. Deve apenas decidir, fazer frente aos problemas, marcados por questões específicas, trazidas ao seu conhecimento, ordenando regras particulares de resolução no caso concreto.

As mudanças no sistema não são obra unicamente do poder judicial, mas de vários autores, diversas leis e em diversos sectores. De resto, como recorda ESSER², o aumento da legislação judicial surge, sobretudo, em épocas de crise social e cultural não só como consequência da necessidade, mas também como expressão da sua labilidade.

§ 3 Normatividade e norma jurídica

3.1. Normas, regras e princípios

3.3. Conceitos e concepções

A defesa dos direitos e liberdades fundamentais vem hoje confiada aos tribunais e ao poder judicial. Os direitos vêm-se subtraídos à "barganha política". Quer dizer, não podem mais ser instrumentalizados para "fins" de luta política.

¹ Para maior desenvolvimento, FRANÇOIS RIGUAUX, *La Loi des Juges*, pp. 286 ss.

² *Grundsatz und Norm*, cit., p.

Por isso, segundo RAWLS, um Estado de direito "bem governado" deve facultar aos cidadãos um *esquema de direitos* e não impor-lhes uma "concepção específica" de "bem comum" ou de "fins públicos".

O cidadão deverá prosseguir, ele próprio, a "busca" da sua felicidade, segundo as suas próprias concepções de "bem comum", consistente com uma liberdade semelhante ou idêntica para os outros. É isso que DWORKIN designa de "direitos em sentido forte" (*strong rights*), isto é, direitos que só podem ser limitados ou contrapesados por outros direitos em caso de conflito prático. Esses direitos derivam da Constituição e têm por base a cláusulas de *dignidade* e de *igualdade*. E devem ser "tomados a sério" pela contra-parte estadual.

A intervenção do juiz possibilita introduzir no sistema jurídico considerações relativas à "oportunidade", à "justiça" e ao "interesse geral", que parecem, numa perspectiva positivista, alheias ao direito. Essas "técnicas de flexibilização", de adaptação do sistema jurídico aos valores dominantes, compreendem o recurso a "noções de conteúdo variável", isto é, "conceitos" por contraposição a "concepções" específicas.

Do ponto de vista metodológico, esta "abertura" comporta uma delegação relativamente aos órgãos concretizadores.

A questão radica, pois, em saber se as regras jurídicas compreendem hoje, e com que extensão, um "programa condicional" reconduzível a um esquema substantivo?

As "cláusulas gerais" e os "conceitos jurídicos indeterminados", para além de favorecerem uma certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o juiz. Deste modo, apesar da clareza de muitas cláusulas, que se apresentam assim como modelos de especificidade, algumas admitem vários significados igualmente defensáveis. Mas não se deverá confundir as noções não definidas pelo legislador com os "conceitos jurídicos indeterminados" nos quais este confiou essa concretização à apreciação dos tribunais.

Conceitos como "pessoa", "direito subjectivo", "bem jurídico" "capacidade jurídica", "boa-fé", "bons costumes", e tantos outros, referem-se à sociedade. Com eles pode modificar-se todo o direito sem necessidade de se modificar a lei "positiva". Com essas cláusulas pode impor-se uma nova "mentalidade jurídica". Por exemplo, passar de um conceito de sociedade de tráfico liberal a uma sociedade liberal-interventiva.

Os "conceitos" correspondem a ideias e como tal devem ser compreendidos e interpretados pelo recurso a diferentes "concepções". Não havia já escrito

PORTALIS no seu *Discurso preliminar sobre o projecto de Código Civil* que "a função da lei é a de fixar através de conceitos muito gerais, as máximas do direito; estabelecer princípios fecundos em consequências e não a de descer ao detalhe das questões que podem surgir sobre cada matéria. É o magistrado e o jurisconsulto, penetrados pelo espírito geral das leis, que deve dirigir a sua aplicação".

É, neste contexto, que RAWLS³, distingue entre um "conceito" de justiça e as diversas "concepções" de justiça. As regras jurídicas, com efeito, tanto podem conter preceitos bem precisos, que não requerem nenhuma interpretação especial, posto que o seu significado é sempre o mesmo, as chamadas "concepções", que o legislador quis que perdurassem como decisões globais de sistema, como podem incorporar ainda temas vagos, referências a padrões ou condutas, cuja concretização depende essencialmente das ideias do momento, os chamados "conceitos", que reclamam dos operadores jurídicos, juízes e tribunais, uma complementação ou concretização posteriores.

Nos Estados Unidos, muita da literatura sobre a interpretação constitucional utiliza, indistintamente, as expressões "direitos fundamentais" e "valores fundamentais" como "método" de interpretação constitucional. Não obstante, enquanto "método" de interpretação, os direitos fundamentais resultam muito mais estritos, posto que representam reflexões específicas sobre valores mais abstractos, além de que nem todos os valores necessitam de se encontrar associados a direitos.

O problema inicial e também o mais relevante deste "método" de interpretação constitucional radica na "opacidade" das suas "normas de reconhecimento"⁴. Como é que o intérprete descobre esses "direitos fundamentais"? E como justifica (: valida) o seu *status* como "fundamentais"?

Como "método" de interpretação os direitos fundamentais não se limitam apenas ao texto do documento. "Esses direitos não são fundamentais porque se encontrem no instrumento; são fundamentais porque o são"⁵. Apesar disso, este tipo específico de direitos repousam também, em parte, nas cláusulas do docu-

³ *A Theory of Justice* (trad. cast. "Teoría de la Justicia"), México, Madrid, 1979, p. 22, e *Political Liberalism*, Nova Iorque: Columbia University Press, 1993, p. 14, nota 15.

⁴ WALTER F. MURPHY, JAMES E. FLEMING e WILLIAM F. HARRIS, II, *American Constitutional Interpretation*, cit., p. 930.

⁵ EDWARD S. CORWIN, *The Basic Doctrine of American Constitutional Law*, in: 12 "Michigan Law Review", 4 (1913/1914), pp. 247-248.

mento: "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional"⁶.

Daí a necessidade de se distinguir, com HECK⁷, entre um "núcleo conceptual" (*Begriffskern*), duro, estático e inequívoco, e uma "aurícula conceptual" (*Begriffshof*), vaga, essencialmente "necessitada de interpretação", que pode ser adaptada às circunstâncias textuais mutantes.

§ 5. O modelo regras/princípios/procedimentos

A distinção entre uma *justiça procedimental* e a *justiça substantiva*, no sentido e que RAWLS⁸ entende os termos, equivale à distinção entre a justiça (ou equidade) de um *procedimento* e a justiça (ou equidade) do seu *resultado*.

Estes tipos de justiça exemplificam certos *valores*, respectivamente de processo e de resultado, que não surgem em separado, mas unidos. Um consenso constitucional implica já um grau notável de acordo sobre questões de substância. E essa justiça ou equidade procedimental depende, em parte, da justiça dos resultados. A distinção entre justiça procedimental e a justiça substantiva é, pois, uma questão de grau.

§ 1. Sistema e ordem jurídica

Num Estado de direito democrático e constitucional distinguem-se assim duas concepções fundamentais de "sistema jurídico": o *constitucionalismo* e o *legalismo*. A primeira, no que concerne ao discurso jurídico aplicador, substitui

⁶ Artº 16º/1 da CRP.

⁷ *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*, trad. port., Coimbra, 1947, p. 51, retomada, num outro contexto, por H. L. A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: 71 "Harvard Law Review" (1958), pp. 607 ss., ao relevar a existência de um "core of settled meaning" e uma "penumbra of debatable cases".

⁸ *Risposta a Jürgen Habermas*, in: "Micromega" (1996), pp. 94 ss.

a clássica subsunção, e a teoriado silogismo jurídico, por uma ponderação constitucionalmente orientada por valores e princípios jurídicos.

A luta entre o constitucionalismo e o legalismo torna presente as diferenças profundas de estrutura do sistema jurídico. A primeira implica uma distinção entre *regras* e *princípios* como diferenciação no *interior* da classe das normas jurídicas⁹. Esta diferenciação não de natureza, mas meramente clasificatória, ou da diferente estrutura lógica entre regras e princípios, afirma que o conhecimento destes últimos como parte integrante do sistema jurídico se apresenta como um problema de conhecimento da norma e da sua aplicação. Por isso a questão só pode ser formulada do seguinte modo: ou as normas possuem exclusivamente a estrutura de regras ou possuem ainda a estrutura de princípio. Em conclusão: a ordem jurídica compõe-se tanto de regras como de princípios.

Uma concepção do sistema jurídico que compreenda apenas as regras pode ser denominada de "modelo de regras". Este modelo apresenta-se, muitas vezes, vinculado ao *positivismo jurídico*. Assenta, basicamente, num puro *postulado de racionalidade*, o que traduz o primado central da *segurança jurídica* como pretensão de racionalidade. Todas as outras pretensões têm no modelo puro de regras um carácter extra-jurídico. Vêm caracterizadas como exigências morais ou políticas. Apresenta-se, deste modo, como um modelo *fechado* por contra-posição aos sistemas "abertos" de regras e princípios.

De acordo com esta teoria dos sistemas "abertos", ela própria decorrente da revolução hermenêutica aplicada à resolução dos problemas jurídicos, a ordem jurídica não se justifica mais por si própria. Necessita de uma força categórica. Essa força categórica é-lhe dada pelo recurso aos princípios

Esta leitura principialista dos sistemas jurídicos ultrapassa pura e simplesmente o texto da lei (: literalismo, textualismo). Reclama por uma *interpretação construtiva*. Numa palavra, oferece-se como modelo *alternativo* ao método clássico "lógico-dedutivo". Neste sentido, reclama por uma justificação não apenas *interna*, mas também *externa* do raciocínio jurídico prático-geral. Trata-se, concretamente, de um modelo de *coerência* ou *congruência* adaptado à teoria geral interpretação jurídica.

As razões dessa mudança podemos encontrá-la não apenas na alteração dos modelos paradigmáticos de aplicação do direito, mas ainda — e sobretudo — naquilo que lhe está na base: a elaboração de um *sistema de direitos* que tem de ser actuado e ao qual deverá ser dado uma "efectividade óptima".

É assim que o juiz chamado a aplicar o direito determina (a) o significado objectivo de um texto, (b) mais os valores incorporados nesse texto.

⁹ ALEXY, 216 ss.

Isto leva-nos, com efeito, à análise de um outro problema: o da relação entre os conceitos de *ordem jurídica* e *sistema jurídico*. A ordem jurídica pode ser definida como um conjunto de sistemas jurídicos. É *direito estatal*, uma descrição de estruturas de poder (*power order*). Inclui todo o direito — direito civil, comercial, administrativo, etc. — anterior e posterior à Constituição de 1976. Constitui, neste sentido, uma sequenci de sistemas jurídico.

O sistema jurídico, por seu turno, pode ser definido como um conjunto de regras e princípios jurídicos.

A validade apresenta-se como uma qualidade das regras jurídicas. É equiparada à pertença a um sistema jurídico

No caso da Constituição de 1976, haverá que considerar que a ordem constitucional recebe regras de sistemas jurídicos anteriores (da I República, do Estado Novo, regras de direito internacional, etc.). Nuns casos afirma-se uma *recepção formal*, noutros uma *recepção material*. Neste último caso, que refere o direito ordinário anterior não deconforme à Constituição, o conteúdo das normas permanece o mesmo, mas a razão da sua validade é alterada. Passa a ter o fundamento de validade na constituição que os recebeu. Jorge MIRANDA¹⁰ fala, nestes casos, em novação do seu fundamento de validade.

Neste sentido, o conceito de "sistema jurídico" é mais amplo que o de ordem jurídica. É um sistema "interno" de normas e princípios porque: (a) é real, (b) e ainda por oposição ao sistema internacional que, face ao direito interno, se apresenta como um sistema "externo".

É através da teoria da instituição (HAURIU, ROMANO) e, depois, com KELSEN, que aparece a ideia de que o direito não é uma colecção de normas dispersas, mas um conjunto coordenado de normas. Mas ao contrário do que dispõe AARNIO, em BOBBIO, KELSEN e RAZ, as expressões sistema jurídico e ordem jurídica vêm tomadas como sinónimos¹¹.

A distinção entre sistema jurídico (conceito mais geral e de construção) e ordem jurídica (: descrição da estrutura de poder) não é dada, antes vem parcialmente formulada na base da *interpretação*¹².

¹⁰ *Manual de Direito Constitucional*, vol., Coimbra, p.

¹¹ RAZ, *The Concept of Legal System*, 1970, e HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., 1962, pp. 27 ss.: "todas as normas cuja validade pode ser atribuída a um ó e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.

¹² AULIUS AARNIO, p. 32-b).

§ 2. O texto como referência

§ 3 Normatividade e norma jurídica

3.1. Normas, regras e princípios

Por múltiplas razões, fala-se hoje, quanto aos direitos fundamentais, numa "mudança epocal" (HART), numa "revolução nos direitos" (SUNSTEIN) ou, pura e simplesmente, numa "mudança de significado" (*Bedeutungswandel*) do princípio geral de igualdade.

No que concerne ao "conceito de direito" essa mudança epocal, revolução nos direitos ou mudança de significado no princípio geral de igualdade tem a ver, sobretudo, com o aparecimento, em 1977, de um livro profético, *Taking Rights Seriously*, de Ronald DWORKIN, orientado contra as teorias dominantes do *positivismo jurídico* e, em particular, contra a teoria de HART.

A crítica de DWORKIN contra o positivismo apoia-se, essencialmente, numa *teoria dos princípios jurídicos*. Esta pode ser formulada, basicamente, em torno de três teses. A primeira diz respeito à estrutura e limites do sistema jurídico. Segundo esta o direito não se compõe exclusivamente de regras. Compreende ainda um estrato de princípios. A segunda tese, que decorre da primeira, afirma que em caso de conflito entre duas ou mais regras jurídicas a solução do problema não pode ser encontrada no quadro da ordem jurídica. Esta não oferece nenhum parâmetro válido de decisão. A decisão é tomada recorrendo à discricionariedade do intérprete ou operador jurídico e, designadamente, o juiz, ou com base única na sua autoridade¹³.

A estas duas teses DWORKIN opõe uma terceira: a da discricionariedade do juiz em "sentido forte". O núcleo fundamental desta tese é o de que os direitos fundamentais são formulados independentemente e com anterioridade às regras que os corporizam¹⁴. No quadro desta teoria, os princípios jogam um papel decisivo e absolutamente essencial. A "melhor teoria jurídica" (*the soun-dest*

¹³ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, The Model of Rules, pp. 31 ss.

¹⁴ *Ibid.*, Introdução, p. xi.

theorie of law), isto é, aquela que fornece a "resposta correcta" (*right answer*) para a resolução dos "casos difíceis" (*hard cases*), é a que compreende o sistema jurídico como sendo constituído não apenas por *regras*, mas também por *princípios*¹⁵.

Por "princípio" entende DWORKIN todas as medidas, independentemente de se encontrarem ou não corporizadas em regras, que se apresentem como argumentos a favor dos direitos fundamentais¹⁶.

3.2. Princípios e argumentos finalísticos

É com base nesta distinção entre regras e princípios que DWORKIN parte para uma segunda dicotomia, desta feita entre *princípios* e *argumentos finalísticos* ("policies"), procurando com esta fundar a distinção entre o *poder legislativo* e o *poder judicial*.

De acordo com esta teoria, por "policies" compreende DWORKIN os "fins colectivos gerais"¹⁷. Esta distinção corresponde, *grosso modo*, à distinção comum entre os autores alemães entre "direitos individuais" e "bens colectivos"¹⁸.

Só que, neste tipo de argumentação, os princípios, ao contrário das regras jurídicas, não podem ser identificados por uma "regra social de reconhecimento" como pretende HART. Esses princípios, afirma RAZ, derivam da "prática judicial" (*judicial customs*) ou apresentam-se como *direitos* que os tribunais e o poder judicial reconhecem (DWORKIN). Esses princípios tomados como práticas judiciais ou como direitos incorporam-se eles fazem parte do sistema jurídico ao mesmo título que as regras¹⁹.

Assim, de acordo com DWORKIN, as regras apresentam-se como casos e aplicação "de tudo ou nada" (*all-or-nothing fashion*). Quer dizer, face a um de-

¹⁵ Ibid., pp. 60, 66 ss.

¹⁶ Ibid., p. 90.

¹⁷ Ibid., p. 82.

¹⁸ Cfr., ROBERT ALEXY, *Individuelle Recht und kollektive Güter*, in: O. WEINBERGER (ed.), "Internationaler Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung" (1989), I, pp. 49 ss., reproduzido em R. ALEXY, "Recht, Vernunft, Diskurs", Francoforte sobre o Meno, 1995, pp. 232 ss.

¹⁹ JOSEF RAZ, *Legal Principles*, 1972, 71, 851 ss.

terminado pressuposto de facto, das duas uma: ou regra é válida e então somos forçados a aceitar as suas consequências ou efeitos jurídicos, ou a regra não é válida e então não pode servir mais de base para a decisão²⁰. O facto de poder existir uma "regra de excepção" ou *ius singulare* em nada afecta ou prejudica esse carácter de validade das regras jurídicas²¹.

Diferentemente das regras, que ostentam uma pretensão de validade, os princípios revelam uma "dimensão de peso" (*dimension of weight*)²². Em caso de colisão, esta aponta para um *procedimento de ponderação*. Nesse procedimento a decisão pende para o lado do princípio que apresente maior peso relativo face ao princípio de menor peso relativo.

Esta distinção entre "princípios" e "regras", donde deriva, por sua vez, a distinção entre "princípios" e "argumentos finalísticos" não é comparativa, mas estipulativa (: classificatória). Assenta, basicamente, numa distinção segundo o grau de generalidade (a regra deteria um grau relativamente mais baixo de generalidade face ao princípio). Mas também se poderia afirmar que a distinção entre "regras" e "princípios" não se apresenta verdadeiramente como uma distinção de grau, mas, antes, que ambos, regras e princípios, se apresentam como medidas ou parâmetros normativos, ainda que com uma estrutura lógica diferenciada. Nestes termos, a distinção entre "regras" e "princípios" tem a ver com as diferentes formas de aplicação e com os diferentes modos de colisão de umas e outros a partir de uma diferente estrutura lógica.

Esta pluralidade de critérios de distinção entre "regras" e "princípios" vem de igual modo descrita por ESSER em "Princípio e Norma no Desenvolvimento do Direito Privado Moderno"²³.

A questão complica-se porque tanto podem existir direitos "baseados em regras" (*rule based*) como "corporizados em princípios" (*principle based*)²⁴. Neste contexto, os limites entre os princípios "abertos" e os princípios com incorporação normativa mostram-se flexíveis. Entre os dois há como que um processo de transição flexível ou fluida²⁵. ALEXY²⁶. distingue, a este propó-

²⁰ RONALD DWORKIN, *Taking Rights*, cit., p. 24.

²¹ *Ibid.*, p. 25.

²² *Ibid.*, p. 26.

²³ *Grundsatz und Norm*, 1974, pp. 47 ss.

²⁴ NEIL MACCORMICK.

²⁵ ROBERT ALEXY, citando CANARIS, cap. 8, p. 188.

²⁶ p. 201.

sito, entre "cláusulas de princípios contidos em regras jurídicas" e "princípios fora dessas cláusulas", que tanto podem encontrar-se em regras como em princípios, ambos integrantes do sistema jurídico. Veja-se ainda à distinção de LARENZ²⁷ entre "princípios abertos" e "princípios formulados juridicamente", isto é, princípios que compreendem directamente uma regra aplicativa. Exemplo desta última categoria será o princípio "nulla poena sine lege".

Face a este carácter de comando da regra da qual decorre uma consequência jurídica, o princípio afirma não um *mandato definitivo*, mas um *mandato de optimização*. Não um *sollen real* que determina que o preceito jurídico deva ser cumprido, mas um *sollen ideal*²⁸.

O ponto principal da distinção entre regras e princípios aponta assim para uma diferente qualidade, não uma diferente natureza entre estes dois preceitos jurídicos. As regras, ao contrário dos princípios, possuem o carácter de mandatos definitivos²⁹. Aqui não se verifica a necessidade de uma ponderação. A forma característica de aplicação das regras não é a ponderação, mas a sub-sunção.

A distinção entre regras e princípios compreende-se melhor no caso de "conflitos de regras" e "conflitos de princípios". Um exemplo do primeiro: entre uma lei geral da República que proíbe e abertura do comércio ao sábado e uma lei regional que o autoriza no sábado de manhã, prevalece a primeira. Este é um caso clássico de conflito de regras. As regras contradizem-se mutuamente. O que uma autoriza a outra proíbe. A contradição é sanada mediante a declaração de invalidade de uma das regras que deste modo desaparece da ordem jurídica. Mas se se tratar de uma colisão entre direitos fundamentis, o órgão chamado a dirimir a dúvida não poderá anular nenhum deles. Antes estabelece um "sistema de precedência" ou "primazia". Assim numa "situação de tensão". Ambos esses direitos vêm protegidos por normas constitucionais de idêntico estalão, e nenhum deles poderá ser recusado. Sucede apenas que detêm uma diferente dimensão de peso no interior da ordem jurídica tal como sublinhara DWORKIN³⁰.

²⁷ *Methodenlehre*, pp. 463 ss.

²⁸ ROBERT ALEXY, cit., pp. 201 ss.

²⁹ *Ibid.*, pp. 216 ss.

³⁰ *Taking Rights Seriously*, cit., p. 26.

§ 5. O modelo regras/princípios/procedimentos

Como vimos a aceitabilidade do modelo regras/princípios, basicamente formulado por DWORKIN, permite a inserção no sistema jurídico de um estrato de princípios absolutamente imprescindível para a decisão dos "casos difíceis", isto é, aqueles nos quais não é possível o recurso à teoria clássica do silogismo jurídico. A renúncia a esse estrato de princípios como regra de decisão traduz-se não apenas na clausura do sistema jurídico como ainda numa renúncia da própria racionalidade do sistema jurídico. Confunde, numa palavra, o constitucionalismo com o legalismo.

A este argumento de ordem *metodológica* junta-se um outro de ordem *substantiva* que apela para os princípios constitucionais directivos, e em especial os três princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade no confronto com os princípios básicos do Estado de direito, da democracia e do Estado social. Estes apresentam-se como as formas principais do *direito racional*. São como tal *direito positivo* e, nesses termos, fazem parte do sistema jurídico.

Os princípios tal como as regras não se aplicam por si próprios. Representam apenas o lado passivo do sistema jurídico. Sob este ponto de vista, para além desse estrato de regras e de princípios o sistema deve compreender ainda os procedimentos de aplicação dessas mesmas regras e princípios. Numa palavra, um modelo tripartido regras/princípios/procedimentos³¹. Este modelo aponta para um processo de institucionalização dos procedimentos judiciais como instâncias de dirimção de dúvidas e de aplicação do direito nos modernos sistemas democráticos e institucionais³². É esse, ao cabo e ao resto, o objectivo da teoria da interpretação/argumentação jurídica.

³¹ ROBERT ALEXY, cit., pp. 227 ss.

³² CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, Coimbra, 2000, pp.

PARTE V

A INTERPRETAÇÃO

§ 1. Necessidade, significado e tarefas da interpretação

As limitações inerentes e os defeitos da linguagem levam a que as regras jurídicas venham desenhadas de forma "aberta" (*open-textured*), o que torna a interpretação inevitável³³. A própria expressão "interpretação" é plurisignificativa e, por isso mesmo, necessitada de interpretação.

Interpretar uma lei significa transmitir e compreender o significado e alcance de uma disposição jurídica³⁴. Os textos jurídicos interpretam-se quando, pragmaticamente, não são suficientemente claros para os fins de comunicação face a determinados contextos. Se não existem dúvidas, não há necessidade de se proceder a interpretação. Se o operador entende que a lei é clara, a sua aplicação é automática, sem mais juízo de valor do que o da lei e nenhum da sua parte³⁵.

A univocidade ou equivocidade — "Eindeutigkeit oder Mehrdeutigkeit" — de um texto, afirma MARTIN KRIELE³⁶, depende de que para se achar uma solução justa há que proceder previamente à sua aclaração" (*Interpretationsbedürftigkeit*). Não existe qualquer contradição entre o apotegma *in claris non fit interpretatio* e a necessidade de concluir — *através da interpretação* — essa clareza.

³³ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 129-132.

³⁴ MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, 2ª ed., Coimbra, 1963, p. 9, em nota.

³⁵ JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975, p. 92.

³⁶ *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2ª ed., Berlim, 1976, p. 226.

Esta "necessidade de interpretação" (*Interpretationsnotwendigkeit*) diz respeito tanto às normas constitucionais como ao restante ordenamento³⁷. Mas o significado, o estalão, a especificidade do direito constitucional, conferem à interpretação da constituição, e à hermenêutica jurídica geral, um peso especial³⁸.

Tradicionalmente, de acordo com a teoria "clássica" da interpretação jurídica, a interpretação vinha reservada unicamente para os casos de obscuridade ou absurdidade do sentido da regra. Hoje, diferentemente, entende-se que a clareza de um texto não afasta por si a "necessidade de interpretação".

Mais: a clareza não se impõe *a priori*, antes de qualquer interpretação. A esta opõe-se a célebre definição de LOCKE, segundo a qual, em direito, essa pretensa clareza resulta mais de uma falta de imaginação, isto é, do facto de não se ter pensado em todas as situações que permitiriam revelar a ambiguidade e absurdidade da regra³⁹. Mas nada garante a continuação indefinida desse estado de coisas. O mesmo texto, considerado claro em relação a determinados contextos, pode deixar de sê-lo numa nova situação. Um texto que na sua letra ou à luz da experiência parecia claro pode obscurecer-se face à provocação de um caso novo. E é por isso que em vez de se afirmar que a regra é clara em si mesma, seja quais forem as situações às quais se aplica, o que supõe que as examinemos todas, seria mais prudente e mais justo afirmar que ela é clara neste ou naquele caso de aplicação, pois as diversas interpretações razoáveis que dele se poderiam extrair não dão aso a mais nenhuma divergência⁴⁰.

Deste modo, a questão de saber se um texto possui ou não sentido torna-o "apto" ou "aberto" à interpretação. Afirmar que o texto é claro seria o mesmo que afirmar que, no caso, este não era discutido. Existe assim uma relação *inversamente proporcional* entre a clareza do "texto da norma" e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico. Ora, justamente, é essa "precisão" ou "vaguidade" dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do *legislador* e do *juiz*.

³⁷ KONRAD HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14^a ed., Heidelberg, 1984, pp. 19-20.

³⁸ KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I (trad. cast. "Derecho del Estado de la República Federal de Alemania"), Madrid, 1987, p. 280.

³⁹ CHAÏM PERELMAN, *Éthique et Droit* (trad. bras. "Ética e Direito"), São Paulo, 1996, p. 547.

⁴⁰ *Ibid.*

Para aplicar uma norma é preciso conhecê-la. Ora, como a norma não vem expressa directamente no dispositivo, esta não resulta como tal perceptível. Para conhecer a norma mostra-se então necessário determinar o sentido e significado objectivos de um texto. Isso não diz respeito unicamente ao juiz, mas a todos os poderes públicos: Presidente da República, Assembleia da República, Governo e Tribunais.

A estar certo este entendimento, somos forçados a concluir WEINBERGER que deixa a partir daí de existir uma norma "pré-dada" ou "em si". A disposição pode conter, de facto, *mais* do que uma norma jurídica.

Neste sentido distingue MÜLLER⁴¹ entre o "texto da norma jurídica" (*Text der Rechtsnorm*), que não deve ser confundido com o "texto da norma" (*Normtext* — texto da lei, da constituição, etc.). É com base nessa norma jurídica formulada pelo tribunal que se alcança a decisão individual ou "norma de decisão" (*Entscheidungsnorm*) com a qual se põe fim ao processo.

Entre nós, GOMES CANOTILHO⁴², seguindo de perto a metodologia estruturalista proposta por MÜLLER, depois de advertir que a norma não se identifica com o texto, afirma, de igual modo, como seus componentes fundamentais (a) o *programa normativo*, a componente linguística, e (b) o *sector ou âmbito normativo*, a componente contextual, real, empírica, fáctica. A norma jurídica corresponde à junção do "programa normativo" com o "âmbito" ou "sector normativo".

O programa normativo possui uma função de "filtro" relativamente ao sector normativo ou realidade a conformar, sob um duplo ponto de vista: (a) como limite negativo; e (b) como determinante positiva do âmbito ou sector normativo.

Deste modo, a norma não é o ponto de partida da interpretação, mas o seu *resultado*. O jurista é assim um trabalhador, um constructor do direito.

MÜLLER⁴³ define, com efeito, uma *teoria da norma* e uma *teoria conexa da interpretação* que colide com as qualidades próprias do direito liberal burguês: monopólio burocrático, prescrições abstractas e gerais, precisão e definição dos conceitos factuais legais, aplicabilidade segundo processos pré-estabelecidos, etc.

⁴¹ *Strukturierende Rechtslehre*, Berlim, 1984, pp. 263 ss.,

⁴² *Direito Constitucional*, cit., 217-218.

⁴³ *Juristische Methodik*, 2ª ed., Berlim, 1976, pp. 177 ss.

Daí que o ciclo de realização do direito deva compreender, tanto para MÜLLER como para PERRY, os seguintes momentos:

- (a) determinação do texto da norma,
- (b) concretização da norma em sentido amplo;
- (c) nova determinação do texto da norma.

Neste contexto, afirma MÜLLER⁴⁴, a normatividade não se relaciona com o "texto da norma". Apenas o resultado da interpretação se apresenta como norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o "texto da norma" é a sua "validade". Esta consiste, de um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, do outro, na obrigação dirigida ao juiz — ou a toda a autoridade habilitada a interpretar — de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequados ao caso particular e de os trabalhar correctamente de um ponto de vista metódico. A normatividade apresenta-se como um "processo", não como uma "qualidade" do texto. Ela não "é". Ela "age".

Perante este quadro, sublinha KELSEN⁴⁵, que cada passagem no processo de aplicação de normas se apresenta, simultaneamente, como obra do "conhecimento" e da "vontade". De um lado, consta de uma parte já determinada pela norma mais geral (objecto de conhecimento). Do outro, de uma parte juridicamente imprejudicada, que seria objecto de uma criação do direito na base de uma escolha voluntária, juridicamente livre. Enquanto não infringirem os limites dessa habilitação, quem se encontra autorizado a interpretar a norma a nível inferior tem também completa liberdade para *decidir*. O texto da lei é claro quando aplicado a uma dada situação todas as interpretações possíveis que dele se possam extrair não dão lugar *a mais nenhuma dúvida razoável*⁴⁶.

Demais, com frequência, aquela que vem considerada como a premissa maior do raciocínio subsuntivo não se obtêm directamente a partir de uma disposição jurídica. A correcção da conclusão silogística depende, por sua vez, da preparação das premissas (*Zurichtung der Prämissen*). Nestas vai já com-

⁴⁴ *Strukturierende Rechtslehre*, cit., pp. 256 ss.

⁴⁵ *Reine Rechtslehre* (trad. port. de J. Baptista Machado, "Teoria Pura do Direito"), 4ª ed., Coimbra, 1976, pp. 469 ss.

⁴⁶ CHAÏM PERELMAN, *Éthique et Droit*, cit., p 431.

preendida a questão metodológica decisiva⁴⁷. Nas palavras de Chaim PERELMAN: "Nada se opõe a que o raciocínio jurídico se apresente (...) sob a forma de um silogismo, mas essa forma não garante em nada o valor da conclusão. Se esta é socialmente inaceitável, é porque as premissas foram aceites com demasiada ligeireza; ou, não esqueçamos, todo o debate judiciário, e toda a lógica jurídica, dizem apenas respeito à escolha das premissas que deverão ser sempre fundamentadas o melhor possível, conduzindo às mesmas objecções"⁴⁸.

Partindo destas premissas, distingue ALEXY⁴⁹ entre os conceitos de interpretação em "sentido muito lato" (*largissimo sensu*), em "sentido lato" (*lato sensu*) e em "sentido estrito" (*stricto sensu*).

O conceito de interpretação em "sentido muito lato" abrange a compreensão de sentido de *todos* os conteúdos ínsitos na lei ou regra jurídica. Deste modo, uma praxis comum, uma instituição social ou um sistema jurídico vêm tomados globalmente como objecto da interpretação.

A interpretação "lato sensu" apresenta-se como um sub-caso da interpretação "largissimo sensu". Tem a ver, basicamente, com a compreensão dos conteúdos permanentes os quais se encontram vinculados a um sentido *objectivo* de acordo com a compreensão das expressões ou actos de linguagem.

Na ciência do direito trata-se, antes de mais, da compreensão dos textos. Se o texto se apresenta como claro, isto é, se não se levantam dúvidas sobre o seu teor normativo, podemos falar numa "compreensão directa" dos textos. É, neste sentido, que se afirma que o conceito de interpretação em "sentido lato" compreende quer a compreensão "directa" quer a compreensão "indirecta" dos textos jurídicos.

Este conceito de interpretação em "sentido lato" afirma que os limites entre a compreensão directa e indirecta são fluidos, posto que quando se nos depara uma compreensão directa dos textos é porque apenas essa compreensão se apresenta como correcta e adequada.

⁴⁷ JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Francoforte sobre o Meno, 1970, pp. 50 ss.

⁴⁸ *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique* (trad. cast. "La lógica jurídica y la nueva retórica"), Madrid, 1979, n° 98.

⁴⁹ *Juristische Interpretation*, in: "Enciclopedia delle Scienze Sociali", versão alemã, reproduzido em ROBERT ALEXY, "Recht, Vernunft, Diskurs", Francoforte sobre o Meno, 1995, pp. 71 ss.

A interpretação em "sentido estrito" apresenta-se como um sub-caso de interpretação em "sentido lato". Ocorre quando um enunciado deixa prever vários significados, não sendo certo qual deles se mostra correcto e adequado. A interpretação em "sentido estrito" começa com uma *questão* e termina com uma *escolha* (: *decisão*) entre vários significados possíveis. Ora, justamente, é esse conceito de interpretação em "sentido estrito" que se encontra no centro dos problemas da interpretação jurídica.

§ 2. O carácter prático e institucional da interpretação jurídica

A *interpretação jurídica* distingue-se de outras formas de interpretação, literária, artística, musical, etc., devido ao seu carácter *prático* e *institucional*. O carácter prático da interpretação decorre do facto de através desta se afirmar o sistema jurídico: prescrições, proibições e autorizações.

Esse carácter prático da interpretação é simultaneamente *normativo* e *institucional*. O carácter institucional decorre tanto do seu *objecto* como do seu *autor*.

O *objecto* da interpretação são as leis: leis constitucionais, leis propriamente ditas, regulamentos jurídicos, etc. Ao lado das leis existem precedentes, acordos (: contratos) de direito privado, de direito administrativo, de direito público, de direito internacional, e também de direito costumeiro que necessitam de ser interpretados e, nesses termos, apresentam-se também como "necessitados de interpretação".

No que concerne aos sujeitos (: autores da lei), a interpretação é dita *autêntica* ou *doutrinária*. A interpretação autêntica, seguindo a terminologia de KELSEN⁵⁰, é a que opera através dos órgãos com competência, nos termos da ordem jurídica, para fixarem de modo vinculante o sentido objectivo de um enunciado linguístico. Aqui podemos compreender o *legislador* e, numa acepção mais ampla, a *jurisdição*, quando decide em última instância, de forma vinculante, com efeitos de precedente. Em ambos os casos, a interpretação reveste um carácter institucional quer face ao seu objecto quer face aos sujeitos que a realizam.

⁵⁰ *Reine Rechtslehre*, cit., pp.

A interpretação científica ou doutrinária é a que se realiza através da ciência jurídica. Possui menor força vinculante do que a interpretação institucional. Mas pode revestir-se de maior peso quando por seu intermédio vem expressa uma opinião dominante.

Por último, a interpretação *leiga* ou *profana* é a que vem realizada pelos cidadãos, todos e quaisquer cidadãos. A interpretação *comum* ou *costumeira* constitui um sub-caso de interpretação leiga. Não pode, nestes termos, revestir carácter institucional.

§ 3. A hermenêutica

A teoria da interpretação é designada de "hermenêutica" (do grego: *hermeneúein*, isto é, interpretação, declaração, tradução). Como termo técnico a expressão acabou por ser utilizada na actualidade. Mas devemos distinguir aí entre uma *metodologia* e uma *teoria do conhecimento*.

Como metodologia jurídica, ou "*discurso sobre os métodos*", a hermenêutica ensina ao intérprete que as directivas de acção e as proposições valorativas, contidas nos preceitos jurídicos, só podem ser cabalmente compreendidas e inteligidas quando aplicadas a situações concretas.

No processo de interpretação trata-se, essencialmente, de superar a distinção entre a generalidade da regra e a sua aplicação ao caso particular. A ciência do direito não pode dar resposta a este problema. O direito positivo contém regras que prescrevem o recurso a determinados métodos, por forma a que as interpretações produzidas, por exemplo, pelos tribunais ou autoridades administrativas, em violação dessas regras, possam dar lugar à anulação das suas decisões⁵¹. Mas tratando-se do direito constitucional, a resposta não pode ser facilmente transposta. Ao contrário do direito infra-constitucional, não existe aqui nenhuma "meta-regra" das regras interpretativas⁵², uma "regra supra-constitucional"⁵³ que prescreva o emprego de determinados métodos.

⁵¹ Cfr., arts. 9º, 10º e 11º do Código Civil.

⁵² MICHAEL J. PERRY, *The Authority of Text, Tradition and Reason of Constitutional "Interpretation"*, in: 58 "Southern California Law Review", 1 (1985), pp. 551 ss., 556. De uma outra perspectiva, HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 468, 18-19: "Não há

A ciência do direito é uma ciência normativa, uma ciência que não enuncia normas, antes descreve "relações de imputação" (*Zurechnung*), um *Sollen*, um "dever-ser" jurídico, não um *Sein*⁵⁴. Não enuncia factos ou condutas, antes descreve a própria "prescrição" (*Soll-satz*).

Com isso pretende fundamentalmente KELSEN determinar o *significado objectivo* da norma mediante um processo de interpretação "estritamente neutral" (*Wertfrei*). JOSEPH ESSER⁵⁵ fala, a este propósito, de "crise funcional dos métodos de interpretação". Mais ainda: influenciado pela hermenêutica filosófica de GADAMER, distingue a "obtenção real da decisão" (*Findung*) da sua "fundamentação" (*Begründung*), para concluir que o julgador optará pelo "método" ou "factor interpretativo" que possa justificar a decisão encontrada por razões político-jurídicas (ou segundo as exigências normativas do caso particular), submetendo-se *depois* ao controle do direito positivo⁵⁶. O direito produzir-se-ia no processo da sua compreensão, "concretizando-se", isto é, no momento da sua aplicação ao caso particular⁵⁷.

No quadro desta polémica, a hermenêutica descobre uma margem de interpretação para o intérprete que noutros tempos teria sido inimaginável. Os

absolutamente qualquer método — *capaz de ser classificado de Direito positivo* — segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como 'correcta' (...); "(...) a Teoria Pura do Direito (...) intenta (por isso) evitar o *sincretismo metodológico* que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objecto" (itálico acrescentado).

⁵³ MICHEL TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, p. 263.

⁵⁴ HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 109, 119 ss.

⁵⁵ *Grundsatz und Norm*, cit., p. 33.

⁵⁶ *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, in: PERELMAN/FOURIERS (eds.), "La Motivation des Décisions de Justice", Bruxelas, 1978, pp. 137 ss.

⁵⁷ HANS GEORG GADAMER, *Warheit und Methode* (trad. franc. "Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique"), Paris, 1976, pp. 148 ss. Entre nós, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, p. 1075, e A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, 1993, pp. 142 ss. : "a interpretação jurídica como momento da concreta e problemática-decisória realização do direito".

exemplos são numerosos, mas talvez um dos mais significativos seja o da *tópica jurídica*. Partindo da recusa de "pré-juízos" doutrinários, da negação do carácter absoluto dos *dados* normativos, a *tópica* propõe-se, nas circunstâncias específicas *concretas* do caso, a descoberta da solução jurídica "mais razoável" de entre as várias possíveis. A razoabilidade seria determinada por processos lógicos de argumentação no qual deveriam ser tomados em consideração *todos* os pontos de vista relevantes. As normas por si insuficientes para formarem soluções seriam "tópicos", ao lado de outras considerações — *standards*, lugares comuns, ideias-condutoras — que, deduzidas das regras e princípios jurídicos, de decisões jurisprudenciais, das opiniões dominantes, do senso comum, etc., permitiriam situar o problema e fundamentar uma aplicação correcta, racional e controlável da norma que se aplica⁵⁸.

O instrumento decisivo do "método" de interpretação não é mais a sub-sunção, mas a *retórica* e o *argumento*⁵⁹. O "esquema circular" aparece condicionado pela representação final da decisão sobre a aplicação do direito, que corresponde a uma representação "antecipada", obtida a partir de um "horizonte espiritual", que representa a compreensão jurídica da comunidade⁶⁰.

A função do intérprete-aplicador, "mediador entre a consciência social e a tradição dogmática", corporiza-se "na determinação do modo de aceder à compreensão do texto (...), entre outros motivos pela ponderação de princípios que, no final, o intérprete deverá escolher" na base da sua expectativa do consenso "como 'sã' sensibilidade moral ou como consciência moral de todos aqueles que pensam de modo racional e justo"⁶¹.

⁵⁸ JOSEF ESSER, *Vorverständnis*, cit., pp. 4, 7, 132 ss. Por isso a posterior interpretação jurídica, ou o que poderíamos chamar de "fase dogmática", não tem outro sentido senão o da verificação de um controle de congruência.

⁵⁹ CHAÏM PERELMAN, *Logique Juridique*, cit., pp. 133, 139, 177 ss., e ARTHUR KAUFMANN, *Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho*, in: KAUFMANN/HASSEMER (eds.), "Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart" (trad. cast. "El pensamiento jurídico contemporáneo"), Madrid, 1992, pp. 129 ss.

⁶⁰ JOSEF ESSER, *Vorverständnis*, cit., pp. 9, 24, 84, 115, 137.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 136-137, 128 ss. Entre nós, A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 80: "(...) a irreduzível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do *consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da 'consciência jurídica geral', com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça — e daí também a

No campo da jurisprudência, esta afirmação produz consequências relevantes, e leva-nos a distinguir aí, fundamentalmente, três círculos:

(a) O primeiro diz respeito à relação entre a chamada *pré-compreensão* e o *texto*⁶². Por "pré-compreensão" deverá entender-se uma hipótese de compreensão com a qual o intérprete aborda e penetra o texto. Esta hipótese traduz-se numa presunção ou expectativa do intérprete sobre a solução correcta e adequada dos problemas a decidir. O seu conteúdo deixa-se impregnar pelas experiências de vida e profissionais do intérprete ou determinadas por este. A construção do círculo dirá que entre o "texto da norma" e a "hipótese de interpretação" ocorrem efeitos recíprocos. Sobre os critérios de recepção ou rejeição desses efeitos, a teoria do círculo hermenêutico nada diz. Mas abre a via para a acentuação da contribuição produtiva dos intérpretes, incluindo as suas atitudes críticas. Por isso a este círculo de pré-compreensão corresponde um *postulado de reflexão*.

(b) A segunda espécie de círculo hermenêutico postula uma relação da *parte* com o *todo*. Uma vez pressupõe a compreensão da integralidade da regra jurídica como a compreensão da globalidade do sistema jurídico ao qual, de resto, a norma pertence. Outras vezes a compreensão do sistema jurídico não se mostra possível sem a compreensão das regras que a este pertencem. O problema que aqui se coloca diz respeito à construção da *unidade e coerência* do sistema jurídico. Esta é uma tarefa que corresponde à *interpretação sistemática*. Daí que neste segundo círculo se possa falar num *postulado de coerência*.

(c) A terceira espécie de círculo hermenêutico postula uma relação entre a *regra* e os *factos*. As regras apresentam-se como gerais e abstractas. Os factos, que devem ser qualificados, apresentam-se como concretos e individuais. As regras compreendem algumas características ou sinais identificativos. Os factos, inversamente, são de natureza infinita. Deste modo, acabam por vir descritos umas vezes com a ajuda desses elementos ou características, recobertos pelo conceito de "pressupostos de facto" (*Tatbeständen*), isto é, a situação de vida que o legislador visa regular, outras vezes essas características podem levar à

indispensável e responsável mediação do 'intérprete', quer o momento filosófico-jurídico de toda a realização do direito".

⁶² JOSEF ESSER, *Vorverständnis*, cit., pp. 136 ss.

aplicação de uma outra regra. Daqui decorre a celeberrima fórmula de ENGELHARDT⁶³ de um constante "ir" e "vir" entre os factos e a regra. Por isso fala-se aqui num *postulado de completude*.

Seja como for, a teoria do círculo hermenêutico não pode resolver todos os problemas atinentes ao processo de interpretação. Não compreende, designadamente, nenhum critério substantivo de correcção da interpretação. Não pode por isso dar resposta, e resposta adequada, a todos os problemas. Apesar disso, o ponto de vista hermenêutico teve o mérito de chamar a atenção para a estrutura da compreensão ao apontar para os postulados de *reflexão, coerência e completude*. Esses postulados possuem, em direito, o *status* de *princípios racionais*.

§ 4. Interpretação e argumentação

Como actividade cognoscitiva e valorativa a interpretação tem por fim não qualquer resultado, mas um resultado "correcto", "justo" e "adequado". A interpretação apresenta-se como um meio para a realização de uma tarefa prática por parte dos órgãos encarregados da aplicação do direito: saber correctamente o que se encontra prescrito, proibido ou autorizado. Compreende, assim, uma escolha entre várias alternativas possíveis com base na argumentação. Neste sentido, a interpretação é também *argumentação*⁶⁴.

4.1. Interpretação e dedução

Uma teoria adequada da interpretação jurídica não é possível sem uma compreensão da estrutura da fundamentação das decisões jurídicas em geral. Nos modernos sistemas jurídicos deve existir, correspondentemente, um *dever geral de fundamentação*. A estrutura da fundamentação, todavia, não se apresenta como unívoca ou isenta de dúvidas.

⁶³ *Logische Studien zur Gesetzanwendung*, 3ª ed., Heidelberg, 1963, p. 15.

⁶⁴ ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Francoforte sobre o Meno, 1978, pp., e *Juristische Interpretation*, cit., pp.

Numa acepção ampla, podemos distinguir entre um *núcleo dedutivo* e uma *justificação argumentativa*. Fala-se então numa *justificação interna* e outra *externa* do raciocínio jurídico prático-geral⁶⁵, numa *primeira* e *segunda ordem de justificação*⁶⁶, ou num *esquema principal* e *acessório*⁶⁷ do processo de interpretação jurídica.

A *dedução* apresenta-se como a *justificação interna* nos termos da teoria "tradicional" do silogismo jurídico⁶⁸. A "justificação externa" tem a ver não com a utilização de princípios lógico-dedutivos, mas com a "aceitabilidade racional", isto é, a "aceitabilidade das premissas da justificação interna"⁶⁹. Deste modo, o modelo da estrutura real da fundamentação não vem constituído por essa dedução, assente basicamente nos pressupostos de uma racionalidade meramente cognoscitivo-instrumental ("L-rationality").

4.2. O fim da interpretação

O campo próprio da interpretação não é o da "justificação interna", mas o da *justificação externa*⁷⁰. É aí que a interpretação escolhida vem fundamentada. Os critérios que determinam se essa fundamentação é boa ou má, e como tal se se trata de uma interpretação correcta ou falsa, vêm dados pela determinação do *fim* da interpretação⁷¹. Este, por sua vez, não se apresenta como claro e ine-

⁶⁵ JERZY WROBLEWSKY, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*, in: 5 "Rechtstheorie" (1974), pp. 39 ss., e ROBERT ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 273 ss., e *Juristische Interpretation*, cit., pp.

⁶⁶ NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1978, pp. 19, 100 ss.

⁶⁷ H.-J. KOCH/H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Munich, 1982, pp. 48 ss.

⁶⁸ AULIUS AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht, Boston, Londres, 1987, pp. 188 ss.

⁶⁹ JERZY WROBLEWSKY, *Legal Syllogism and Rationality*, cit., pp. 39 ss.

⁷⁰ ROBERT ALEXI, *Juristische Interpretation*, cit., p.

⁷¹ *Ibid.*, p.

quívoco. Para a sua determinação concorrem vários tipos de teorias. As mais usuais, e também as mais relevantes, são a *teoria objectiva* e a *teoria subjectiva*.

Assim, de acordo com a teoria subjectiva, o fim da interpretação encontra-se na averiguação da vontade do legislador. Para a teoria objectiva, ao invés, é ao intérprete que compete buscar o sentido racional, correcto e justo da norma.

Daqui decorrem quatro possíveis fins da interpretação:

- (a) a determinação do sentido subjectivo originário da lei;
- (b) a determinação do sentido objectivo ou racional da lei no momento da sua edição;
- (c) a determinação do sentido subjectivo ou vontade hipotética do legislador actual;
- (d) a determinação do sentido objectivo ou racional da lei no momento da sua interpretação.

A polémica ordena-se, em termos práticos e operativos, basicamente, em torno das versões (a): *originalismo*, e (d): *transposição*.

No que concerne à primeira, *originalismo*, esta permite que o tribunal olhe *para além* do teor literal estrito da norma, mas limita a interpretação à determinação do significado "pretendido" (*intended*) pelos seus autores. Visa, principalmente, através de um apelo aos princípios democrático e da separação de poderes, garantir a autoridade do legislador. Contra este modelo de interpretação argumenta-se que a vontade do legislador histórico frequentemente só de um modo muito difícil, ou mesmo em caso algum, poderá ser determinada, apresentando-se, muitas vezes, como vaga ou contraditória.

No que se refere ao segundo modelo, *transposição*⁷² — ou o que BETTI⁷³ designa de "eficácia evolutiva" da interpretação —, consiste este na transposição para o momento "actual" da intenção dos legisladores. O texto é interpretado em conformidade com a finalidade do "texto da norma" tal como este é concebido "actualmente". Contra este modelo sublinha-se, em geral, o perigo da discricionariedade ou arbítrio do intérprete e, correspondentemente, um aumento ou extravasamento das competências dos tribunais e do poder judicial.

⁷² A expressão é de MARK TUSHNET, *Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretativism and Neutral Principles*, in: 96 "Harvard Law Review" (1983), p. 802.

⁷³ *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in: EMILIO BETTI, "Diritto, Metodo, Ermeneutica", ed. G. CRIFÒ, Milão, 1991, pp. 523 ss.

4.3. Os meios da interpretação

Os meios ou instrumentos de interpretação são os *argumentos*. Estes podem ser qualificados de diversos modos. As classificações dizem respeito às formas, tipos ou espécies de argumentos utilizados. Estes podem ser também designados de "elementos", "critérios", "métodos" ou "cânones" de interpretação.

Destas formas, elementos, critérios, métodos ou cânones de interpretação devem distinguir-se as *regras de argumentação*. Estas dizem respeito ao modo como os diferentes argumentos devem ser aplicados ou contrapesados.

De grande importância histórica revestiu-se a construção de F. C. v. SAVIGNY⁷⁴, que ainda hoje perdura. SAVIGNY pronunciou-se a favor de uma *interpretação teleológica* (: finalista). Segundo esta, a interpretação produz-se a partir da intelecção do *fim* da lei (: "ratio legis"). Até hoje não existe qualquer outra classificação que tenha alcançado um consenso tão geral. Isto devido ao facto de comportar duas estratégias classificatórias: uma *estrita* e outra *lata*.

Quanto à primeira, consiste esta em apoiar-se genericamente na tradição dos argumentos "típicos" ou "clássicos" da interpretação jurídica: argumentos "semânticos", "genéticos", "históricos", "comparativos", "sistemáticos" e "teleológicos". A esta lista poderíamos acrescentar a dos argumentos "dogmáticos", "precedenciais", "práticos" ou a aplicação de formas especiais de argumentação como, por exemplo, a "analogia"⁷⁵. Contudo, a utilização deste último conjunto de argumentos corresponde já a uma estratégia *ampla* de interpretação. Esta começa com a "abertura" da interpretação a "novas" fórmulas argumentativas.

De acordo com esta última estratégia "ampla" de interpretação⁷⁶, existem quatro categorias de argumentos jurídicos:

- (a) genéticos,
- (b) linguísticos,
- (c) sistemáticos, e

⁷⁴ *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlim, 1840, pp. 213 ss.

⁷⁵ ROBERT ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 285 ss., e *Juristische Interpretation*, cit., p.

⁷⁶ ROBERT ALEXI, *Juristische Interpretation*, cit., p.

(d) prático-gerais.

O primeiro, argumentos "genéticos", afirma buscar a vontade fáctica do legislador histórico (: "mens legislatoris"). O argumento "linguístico" subdivide-se, por sua vez, no argumento "semântico" e "sintáctico".

O argumento semântico apoia-se no significado das expressões contidas no enunciado linguístico. O argumento sintáctico diz respeito à estrutura do enunciado linguístico: a compreensão das conjunções, das apóstrofes, das regras de pontuação, etc.

De maior significado prático reveste-se o argumento semântico. Este pode referir-se à linguagem corrente ou à linguagem técnica especializada. Regra geral o significado corrente tem precedência sobre o significado técnico especializado quando se reporta a um enunciado que todo o cidadão deva compreender. O significado técnico especializado, pelo contrário, deterá precedência quando se trate de matéria específica que só possa ser referenciada através de uma linguagem ou terminologia técnica.

Na dúvida, num regime democrático, deve dar-se precedência ao significado corrente das palavras. Ainda assim, a estipulação clara de um significado não constitui um argumento semântico. O argumento semântico diz respeito ao facto de o conteúdo da norma se subsumir (: "candidato positivo") ou não (: "candidato negativo") nessa regra ou estipulação jurídica. Nestes dois casos existe uma decisão. Não se mostra, portanto, necessário recorrer ao argumento semântico.

Por vezes o argumento semântico não se dirige a um resultado definitivo, mas unicamente à estipulação, isto é, à determinação de que o conceito em causa se mostra *plurisignificativo*, vago, isto é, essencialmente "necessitado de interpretação". Neste caso os factos caem dentro de um "*espaço de interpretação semântica*".

Deste modo, o resultado da interpretação semântica resolve-se na *estipulação de um problema* cuja solução deve ser encontrada com a ajuda de argumentos provenientes das outras três categorias e, designadamente, quanto aos argumentos genéticos, o contributo do elemento "subjectivo-semântico" e do elemento "subjectivo-teleológico".

Os argumentos "subjectivo-semânticos" tornam válida a vontade do legislador histórico no sentido do significado que este quis que perdurasse num determinado texto ou estipulação jurídica. O argumento "subjectivo-teleológico" tem por objecto o fim que o legislador histórico pretendeu seguir. Por isso a

melhor interpretação será aquela que utilize os melhores meios, ou os meios mais correctos e adequados, para atingir esse fim.

Os argumentos "sistemáticos" apoiam-se, por sua vez, na ideia de *unidade e coerência* do sistema jurídico. Subdividem-se, segundo ALEXY⁷⁷, em oito sub-grupos.

O primeiro desses sub-grupos aponta para os argumentos de "segurança-consistência" jurídica. Afirma, designadamente, que o texto jurídico deve ser interpretado por forma a vencer as possíveis contradições entre regras jurídicas. Ao segundo sub-grupo pertencem os chamados argumentos "contextuais". Afirma este que a interpretação deverá operar a partir da posição da estipulação jurídica no texto da lei e da sua relação com as outras regras integrantes do mesmo "código legislativo".

O terceiro sub-grupo aponta para os argumentos "contextuais-sistemáticos". Este tipo de argumentos tem por objectivo a *clareza conceptual*, a *unidade formal* e a *completude sistemática*.

Como quarto sub-grupo surgem os argumentos de "princípio". Estes têm lugar nas chamadas "questões difíceis" (*hard cases*) nas quais não é possível o recurso ao silogismo jurídico. Apontam para uma ponderação entre princípios. Nos Estados constitucionais, este tipo de argumentos jogam um papel particular e absolutamente imprescindível⁷⁸.

Um quinto sub-grupo diz respeito aos chamados argumentos "especiais". O mais importante é a *analogia*. A sua forma básica é a de que, através do recurso a um princípio de igualdade material, se visa a aplicação da regra para além do seu teor literal.

O sexto sub-grupo diz respeito aos argumentos "precedenciais". Mesmo no caso do direito codificado este tipo de argumentos detém um significado não negligenciável. E existem mesmo que no sistema jurídico não possuam a natureza de fonte formal de produção jurídica. O princípio de igualdade ou do tratamento igual impõe que sem razões ponderosas não se possa afastar os precedentes anteriores dos tribunais⁷⁹. Na conhecida formulação de ALEXY⁸⁰, quem quiser afastar-se de um precedente terá de arcar com o "ónus da argumentação".

⁷⁷ *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 83 ss., e *Juristische Interpretation*, cit., p.

⁷⁸ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Francoforte sobre o Meno 1986, pp. 475 ss.

⁷⁹ MARTIN KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, cit., pp. 258 ss.

⁸⁰ ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 475 ss.

Como sétimo sub-grupo surgem-nos os argumentos "históricos". Apoiam-se estes na história como fórmula de resolução dos conflitos. Dizem respeito à "coerência" no que concerne à dimensão do tempo, aí compreendidas as alterações e rupturas, desde que estas não se apresentem como arbitrárias.

Por último, o oitavo sub-grupo aponta para os argumentos "comparativos". O operador relaciona-se aqui com os outros sistemas jurídicos. Aí, de facto, podemos encontrar quer elementos de "universalização" quer elementos de "diferenciação" que nos permitam identificar melhor os problemas, conhecer melhor o "nosso" sistema, e assim contribuir para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do Estado de direito democrático e constitucional.

Os argumentos integrantes destas três categorias só se mostram possíveis no quadro institucional de um sistema jurídico dado. Assumem, nestes termos, uma natureza *institucional*. E quando nos casos a interpretar as decisões vêm tomadas com base em argumentos institucionais, o direito apresenta-se como um sistema "fechado", "autónomo" e "autopoiético"⁸¹.

A esta concepção fechada, autónoma e autopoiética do direito — e *a fortiori* do sistema jurídico — opõe-se a concepção do direito como sistema "aberto" de normas e princípios, primeiramente advogada, na Alemanha, por Josef ESSER⁸². Uma tal concepção aponta para o recurso a uma valoração "substantiva" ou de "fundo" no processo de interpretação-construção jurídica e, conseqüentemente, para uma concepção "mais ampla" e "aberta" de sistema jurídico.

4.4. As regras de interpretação

Existem, assim, duas espécies de regras de argumentação jurídica. O primeiro grupo diz respeito à *forma* e ao *modo* como se deverão utilizar os diferentes argumentos. O segundo determina, em caso de conflito, a necessidade da sua "ponderação".

⁸¹ Cfr., por todos, GUNTHER TEUBNER, *Recht als Autopoietische System* (trad. franc. "Le droit, un système autopoiétique"), Paris 1993.

⁸² *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (trad. cast. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado"), Barcelona, 1961, e *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Francoforte sobre o Meno, 1970.

No que concerne ao primeiro grupo, uma regra importante a reter é a de que se deverá ter sempre presente o argumento que melhor corresponda, ou melhor se adegue, ao caso prático a resolver⁸³. A escala dos argumentos utilizada compreende a fixação de um "sistema de precedências *prima facie*". A primazia *prima facie* aponta para regras de ponderação entre os diferentes argumentos utilizados⁸⁴.

Partindo destes pressupostos, formula ALEXY⁸⁵ duas regras gerais de primazia: (1) os argumentos linguísticos precedem *prima facie* todos os outros argumentos; (2) os argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos — argumentos de natureza institucional —, precedem *prima facie* os argumentos prático-gerais.

Estas regras de precedência *prima facie* justificam-se a partir de princípios ou valores que fundamentam a força dos diferentes argumentos utilizados. A força do argumento linguístico decorre da autoridade do legislador. Num Estado democrático, apoia-se nos princípios da democracia, da separação de poderes e do Estado de direito.

De igual modo, a utilização dos argumentos genéticos funda-se na autoridade do legislador. Só que estes últimos não primam *prima facie* sobre os argumentos linguísticos.

Os argumentos sistemáticos apontam para a "coerência" como modelo argumentativo. Esta última constitui um postulado elementar de racionalidade, afirmando-se, a esse título, como uma das ideias das mais profundas e básicas da teoria da interpretação jurídica. Sem coerência teríamos o arbítrio. Uma *praxis* decisória arbitrária e incoerente contradiz o princípio do Estado de direito e o princípio geral de igualdade.

Neste contexto, os argumentos linguísticos gozam de uma precedência *prima facie* sobre os argumentos sistemáticos. Com esta tese pretende ALEXY chamar a atenção para as regras de precedência *prima facie* dos *argumentos linguísticos* sobre os *argumentos genéticos* e os *argumentos sistemáticos*. Entre

⁸³ ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 306, e *Juristische Interpretation*, cit., p. 89.

⁸⁴ Sobre a utilização desta terminologia, e designadamente o conceito de “regras de precedência *prima facie*”, normas que sob circunstâncias iguais se apresentam como válidas, JOHN SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Nova Iorque: The Free Press, 1995.

⁸⁵ *Juristische Interpretation*, cit., pp. 90 ss.

os argumentos genéticos e os sistemáticos, pelo contrário, não existe nenhuma formulação geral de uma primazia *prima facie*.

A segunda regra de precedência avançada por ALEXY compreende uma primazia *prima facie* dos *argumentos institucionais* (: linguísticos, genéticos e sistemáticos) sobre os *argumentos prático-gerais* e *substantivos*. Os argumentos institucionais retiram a sua força da existência de um sistema jurídico. Os argumentos prático-gerais procuram assegurar a existência de um consenso geral no discurso jurídico aplicador e não propriamente a verificação de uma observância geral.

Mediante esta tese, simultaneamente descritiva e prescritiva, pretende ALEXY chamar a atenção para o papel relevante que os argumentos prático-gerais são chamados a jogar não apenas no quadro da argumentação jurídica, mas também no círculo exterior da “aceitabilidade racional”, isto é, a aceitabilidade das premissas da justificação interna.

§ 5. Interpretação e aplicação

A normatividade diz respeito à globalidade da ordem jurídica. Primeiro é *política* — a ordem jurídica descreve uma estrutura de distribuição do poder, é uma *power order* — e só depois *jurídica*. A “sanção” ou “coercibilidade” é dada pelos órgãos chamados a aplicar essa ordem: os *órgãos de controle* que aparecem assim como o corolário da normatividade como qualidade global da ordem/sistema jurídico.

As normas jurídicas, gerais e abstractamente formuladas, deixam-se invadir por uma “racionalidade finalística”. Não correspondem já, tendencialmente, a “programas condicionais” de se/então, mas a “programas finalísticos” que impõem meios para se alcançarem determinados fins que se reputam como básicos.

Esses “programas finalísticos” não se impõem unicamente ao legislador, mas também ao juiz. CASTANHEIRA NEVES⁸⁶ fala, a este propósito, em “modelos alternativos de realização jurisprudencial do direito”.

⁸⁶ *Entre o legislador, a sociedade e o juiz*, in: 3883 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (1998), pp. 290 ss.

A "jurisprudencia do welfare", com efeito, transforma o próprio sentido do direito na via da construção de um *direito social*. Trata-se, numa palavra, da prossecução de um "objectivismo promocional" que aponta para a realização de programas finalísticos. Este conduz, no limite, a uma *flexibilização* do direito.

Daí a identificação cada vez mais frequente da "teoria da interpretação" com a "aplicação judicial direito". Esta identificação destina-se não apenas a relevar a ideia de que a interpretação não tem apenas índole hermenêutica, mas também *normativa*⁸⁷.

Deste modo, a actuação das regras e princípios jurídicos compreende quer a sua *interpretação* quer a sua *aplicação*. É isso o que KELSEN pretende sublinhar com o conceito de "interpretação autêntica". É que sendo esta válida (é feita pelos órgãos chamados a interpretar o direito) não pode mais ser contestada. É uma interpretação *vinculante*. É aquilo que ALEXY e AAARNIO denominam de *interpretação institucional*.

A norma que o juiz aplica, e que se apresenta como o resultado da interpretação, não é apenas interpretação. É também "criação" do direito: afasta as interpretações concorrentes. A interpretação não autêntica ou científica, ao corresponder a um acto de conhecimento, é que tem por objecto determinar os diversos significados possíveis da norma superior. A interpretação autêntica, como função da vontade, consiste numa escolha entre todos os significados possíveis.

Mas em ambos os casos, é a interpretação liga o texto à sua aplicação, revelando ao mesmo tempo a pluralidade das suas significações possíveis. A interpretação é assim um acto de vontade, uma *decisão*, que escolhe entre os significados possíveis de um texto aquele que se tornará *direito positivo*.

O historiador francês François FURET observou que, no post 1945, a Europa acaba por receber uma forte influência da filosofia política norte-americana: na leitura dos direitos, na própria concepção de democracia constitucional, inclusive, numa *viragem jurisprudencial* do direito constitucional e do direito em geral.

Esta "revolução nos direitos" implica uma transformação na respectiva metodologia interpretativa. Numa outra terminologia, opõe-se a uma leitura

⁸⁷ Nestes termos, A. CASTANHEIRA NEVES, in: 3772 "Revista de Legislação e de Jurisprudência", 121 (1988), p. 193.

reduccionista do princípio da separação de poderes que reduz a função dos tribunais e do poder judicial a um mero esquema lógico subsuntivo.

Na base destas transformações, podemos discriminar os seguintes elementos:

(a) Antes de mais, a visão dos direitos fundamentais como *pré-condição e resultado* de uma teoria da interpretação que compreende um *esquema de direitos* e a ordenação de *princípios jurídico-constitucionais interpretativos básicos* que se acrescentam às "regras de arte" da interpretação jurídica.

(b) A finalização (: eticização) da constituição chega também ao direito constitucional com o abandono dos *programas condicionais* (se/então) pelos *programas finalísticos* (meios/fins). A "finalização da constituição" — e do direito em geral —, estabelece uma relação funcional de efeitos recíprocos entre a finalidade da constituição como *norma* e a *função* (: tarefa de interpretação) dos direitos fundamentais.

(c) Essa finalização provoca o abandono dos esquemas dedutivos lógico-subsuntivos na interpretação. Ao "método dedutivo" opõe-se agora o "método concreterizador" que se traduz, na prática, por uma concretização positivadora de normas (*positivierungsvorgänge*) que se substitui ao legislador.

(d) Os direitos fundamentais básicos são elevados na "teoria dos direitos" de DWORKIN a *norma fundamental* do sistema jurídico. Formam, se se quiser, um código binário de validade/invalidade das normas do sistema jurídico que o contradigam.

(e) Essa *rights theorie*, tal como na dogmática alemã dos direitos fundamentais, assenta no princípio da *dignidade da pessoa humana* como valor supremo do ordenamento.

(f) O sistema jurídico apresenta-se agora como um sistema *aberto* formado por normas, princípios, valores e formas de argumentação. DWORKIN dá ao método hermenêutico uma viragem *construtivista*. O "direito como integridade" (*law as integrity*) assenta não num modelo dedutivo de decisão, mas num modelo de *coerência* (ou adequação) entre os *enunciados linguísticos textuais* e as *razões* que fundamentam a decisão, isto é, os argumentos utilizados.

§ 6. Interpretação e fundamentação

A análise das decisões jurídicas acaba assim por se resumir na análise da fundamentação que as sustenta⁸⁸.

O conceito de fundamentação, porém, é mais amplo do que o conceito de consequências jurídicas. Enquanto este último tem a ver com a utilização de um raciocínio dedutivo e, conseqüentemente, com a determinação das consequências lógicas, aponta para a justificação interna, essencialmente assente em princípios lógicos. A fundamentação, ao invés, tem a ver, sobretudo, não com a justificação interna, mas com a justificação externa do raciocínio prático-geral, isto é, com a aceitabilidade racional das premissas da justificação interna⁸⁹.

A fundamentação da decisão judicial fixa um "ponto" no qual *mais nenhuma dúvida existe* sobre a aplicabilidade da norma resultante da interpretação. O tribunal alcança esse ponto quando ele próprio não tem mais nenhuma dúvida e afirma, portanto, que ninguém mais, de modo racional, *pode pôr em causa essa interpretação*⁹⁰. É o que se designa, genericamente, por racionalidade "externa" ou "extrínseca" do raciocínio judicial.

Este modelo de fundamentação não dedutiva apela a argumentos não dedutivos. Deste modo, a fundamentação corresponde não a um conjunto de regras, mas a um feixe ou conjunto de *razões* que justificam essas regras e que se oferecem em apoio das decisões produzidas. Este modelo de "justiça estrutural" ou de "delimitação do poder pelo juiz", tipicamente americano, conduz-nos da dedução unilateral ao contrapeso ou ponderação de bens no caso concreto como forma de racionalização do processo adjudicativo.

É, pois, essa fundamentação valorativa ou não dedutiva, mais extensa do que a fundamentação meramente dedutiva própria do modelo do silogismo sub-

⁸⁸ ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., pp. 60 ss.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 238 ss.

⁹⁰ ROBERT ALEXY, *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*, in: 14 "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 4 (1980), pp. 181 ss., reproduzido em ROBERT ALEXY, "Recht, Vernunft, Diskurs", cit., pp. 26-27.

suntivo, que vem agora defendida como elemento central da interpretação jurídica, implicando por isso *discussão* e *diálogo*.

Para a teoria da argumentação jurídica, com efeito, a norma jurídica ou norma de decisão encontra-se na justificação/fundamentação das decisões judiciais, que se transforma num caso especial do discurso jurídico prático geral. É esta ideia de que as decisões de direito devem não apenas ser "obedecidas" como também "reconhecidas". Uma ideia que acompanha a passagem de um direito de base autoritária a um direito de base democrática. Os tribunais procuram fundamentar agora as suas decisões e não as impor por via autoritária⁹¹. Fundamentar as decisões judiciais para fazê-las beneficiar de um consenso: o das *partes*, das *instâncias superiores* e, por fim, da *opinião pública* esclarecida. É deste modo que a administração da justiça num país democrático resulta de uma *confrontação de valores*, que implica um *diálogo* entre o poder judicial, o poder legislativo e a opinião pública.

À coerção tradicional do sistema jurídico junta-se agora a necessidade de *adesão* a um parâmetro exterior de justiça, que podemos designar de *reconhecimento* (GADAMER). Os "povos civilizados" (*Kulturvölker*) partilham uma *ideia comum* de "democracia" e de "justiça". Procuram, através desta, aportar num critério aceitável de *legitimidade* da ordem jurídico-estadual.

Daí que um número considerável de autores se esforce hoje por demonstrar como a decisão do juiz depende não tanto da linguagem empregue pelo texto (: textualismo), nem da virtude do juiz (: realismo), mas dos limites do raciocínio judicial.

⁹¹ CHAÏM PERELMAN, *Éthique et Droit*, cit., p 537.