

JURISMAT

Revista Jurídica
Número 18
2023

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 18
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Novembro 2023
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	9
ARTIGOS	13
PAULO FERREIRA DA CUNHA Da banalidade dos tempos – Vetores da base social do tecido jurídico-político contemporâneo	15
ANA PAULA LOUREIRO DE SOUSA Breve itinerário do pensamento filosófico-jurídico de João Baptista Machado	35
TERESA LUSO SOARES O testamento romano: alguns aspectos	59
MARIA DOS PRAZERES BELEZA A intervenção acessória provocada pelo réu em processo civil	71
ANA ISABEL SOUSA MAGALHÃES GUERRA A influência e a importância das minorias nas decisões societárias.....	91
ANDRÉ INÁCIO Ódio, do discurso ao crime	107
JOSÉ PENIM PINHEIRO Crítica à culpa da personalidade - Contributo para o estudo da culpa na dogmática jurídico-penal	123
DORA LOPES FONSECA Violência doméstica: o reconhecimento jurídico da vítima – <i>Book review</i>	155
MIGUEL ÁNGEL ENCABO VERA El incumplimiento en la teoría general del derecho de obligaciones: breve estudio comparado en la legislación española y portuguesa	161
CRISTINA ALVES BRAAMCAMP SOBRAL A declaração de Cambridge e a irrefutável necessidade de atualismo do direito.....	179
CRISTINA BORGES DE PINHO Sociedade, multiculturalismo e direitos humanos (igualdade de género)	201

ARTIGOS DE LICENCIADOS E ESTUDANTES DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	227
AFONSO DE LOUSADA	
<i>Usucapio</i> no ordenamento jurídico português.....	229
FÁBIO JOSÉ MARQUES COELHO	
O crime de tráfico de estupefacientes – um caminho inacabado	243
JOANA BORRALHO ENTRADAS	
O direito de retirada – um direito pessoal do autor	271

Itinerário do pensamento filosófico-jurídico de João Baptista Machado

ANA PAULA LOUREIRO DE SOUSA *

Sumário: Introdução; I. O direito como criação cultural; II. A crítica ao positivismo jurídico; III. O direito e a moral; IV) O direito natural; V. O discurso legitimador; VI. A justiça.

Introdução

O terror e a violência que a Segunda Grande Guerra trouxeram à humanidade, bem como o desenvolvimento tecnológico que a partir daí emergiu, conduziram a uma crise do direito. Neste contexto, a interrogação que se colocou não foi apenas ontológica e normativa, mas, sobretudo, axiológica. A pergunta, na sua radicalidade, agora, é pelo sentido do sentido do direito.

Precisamente, neste quadro, o vigor especulativo e as reflexões atentas e profundas de João Baptista Machado¹ conferem-lhe um lugar de destaque no

JURISMAT, Portimão, n.º 18, 2023, pp. 35-57.

* Universidade Lusófona – Centro Universitário de Lisboa; CEAD- Francisco Suárez.

¹ João Baptista Machado nasceu em 1927. Licenciou-se em 1958 em Direito, na Universidade de Coimbra, onde, anos mais tarde, se doutorou e regeu a cadeira de filosofia do direito. Foi professor na Faculdade de Economia do Porto e na Universidade Católica da mesma cidade. Faleceu em 1991.

Das obras de Baptista Machado devemos destacar “Do formalismo kelseniano e da «cientificidade» do pensamento jurídico”, 1963 (Nota Preambular à tradução da obra de

pensamento da jusfilosofia lusa. Razão pela qual se procura, neste breve itinerário, recordar o seu pensamento filosófico-jurídico.

Dialogando com autores como Heidegger, Cossio, Esser, Habermas, Kaufmann, entre outros, as meditações de João Baptista Machado, – surgidas na continuidade das reflexões de Luís Cabral de Moncada, podendo dizer-se que é um seu discípulo ainda que de “segunda geração” –, reflectem as problemáticas i) do direito como criação cultural; ii) da crítica ao positivismo jurídico; iii) da relação entre a moral e o direito, iv) da problemática do direito natural; v) do discurso jurídico como discurso «legitimador», vi) da justiça.

São, pois, essas as problemáticas que constituem o nosso itinerário, segundo o qual almejamos, ainda que brevemente, sublinhar o forte contributo do autor para a compreensão do valor e do sentido do Direito na sua dimensão axiológica normativa e no plano do discurso e da razão jurídicos.

I. O direito como criação cultural

Escreve Baptista Machado: “o Homem é encarado do ponto de vista biológico (antropobiologia), como um «ser defectivo», um projecto «falhado» da natureza; ele é um ser vivo «nascido antes do tempo», inacabado, inespecializado; neste sentido, é um ser inadaptado e, ao mesmo tempo, dotado de uma «adaptabilidade aberta»; por último, devemos concebê-lo como um ser «aberto para o mundo», *ex-posto* e excêntrico, e como um ser «votado à acção» por natural destino”.²

Kelsen, *A justiça e o direito natural*; «Antropologia, existencialismo e direito», 1963; «Sobre o discurso jurídico», prefácio à versão portuguesa da obra de Karl Engisch, 1965, *Introdução ao pensamento jurídico*; *O sistema científico e a teoria de Kelsen*, 1979; *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 1983 e «O direito como “natural”. Redescoberta da transcendência e do direito natural», 1983 (inédito). As meditações de João Baptista Machado ocorreram em dois momentos separados cerca de vinte anos. Os primeiros escritos datam do início dos anos sessenta, segue-se um período de pausa e na primeira metade dos anos oitenta surgem novos escritos. Estes novos escritos traduzem as mudanças de posição mais significativas em virtude do autor, inicialmente muito próximo do pensamento existencial, posteriormente abraçar o âmbito da hermenêutica, da filosofia pragmática da linguagem e da ética discursiva de Apel e Habermas.

² João Baptista Machado, «Antropologia, existencialismo e direito», separata da *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1965, p. 73.

Cf. *Idem*, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 7 e ss. e p. 298.

O significado deste excerto encaminha-nos para uma reflexão sobre o homem e a sua acção. A interpretação de Baptista Machado tem início na defesa de uma ontologia pluralista, hierarquicamente constituída. Deste modo, a *litosfera* corresponde ao domínio da natureza inorgânica, seguidamente a *biosfera* diz respeito aos seres vivos, a terceira e quarta região, *ser psíquico* e a *noosfera*, concernem ao ser humano, sendo a *noosfera* aquela que manifesta o domínio espiritual do homem.

Assim, se o homem pela dimensão biológica é «ser defectivo», um projecto «falhado» da natureza, tem uma mais valia em relação aos outros seres vivos, pois, mediante a razão e a liberdade é dotado de uma «adaptabilidade aberta». Por isso, é na *noosfera* que verdadeiramente o homem realiza a sua humanidade, uma vez que as múltiplas possibilidades e escolhas o levam a decidir e agir tanto para o bem como para o mal.

Neste contexto, na via da fenomenologia de Heidegger, segundo o qual “o «ser aí» é em cada caso uma possibilidade [...] E por ser em cada caso o «ser aí» essencialmente a sua possibilidade, pode este ente em seu ser «eleger-se» a si mesmo, ganhar-se e também perder-se [...]”³ Baptista Machado define o homem como um ser de possibilidades, «aberto para o mundo», decorrendo daí a sua existência como «possibilidade». Esse é, precisamente, o sentido de *ex-sistere*.

Ora, a concretização do *ex-sistere* enraíza-se na possibilidade de escolha e na acção, decorrendo daí a comunidade espiritual, ou cultural, surgindo a cultura como uma “segunda natureza” que evolui de modo próprio e distinto em relação à evolução biológica. Converte, pois, a sua interpretação de cultura com a afirmação de Carlos Cossio: “cultura [...] integrada não só com os produtos da humana actividade, mas também com a actividade mesma do ser que os produz [...]”⁴

Todavia, não há cultura sem a dimensão *histórica*. Contudo, salienta Baptista Machado, apesar de o homem se manifestar historicamente não se deixa

³ Martin Heidegger, *El Ser Y el Tiempo*, tradução de Jose Gaos, Mexico: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 54.

⁴ Carlos Cossio, “Norma, Direito, Filosofia”, *Boletim de Direito de Coimbra*, vol. XXIII, Coimbra: Coimbra Ed, 1947, p. 226. Segundo Cossio, o significado desta afirmação está na distinção entre vida humana objectivada e vida humana vivente. A primeira manifesta-se nos objectos criados pelo homem, sendo estes objectos compreendidos no seu âmbito como bens culturais, por sua vez, a vida humana vivente é referente à actualidade e actividade criadora do homem, logo está em caminho de objectivação. Cf. *Idem*, *La teoria Egologica Del Derecho y El Concepto de Libertad*. Su problema y Sus Problemas, Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 1963.

coisificar por essa mesma história que o patenteia, decorrendo daí que a factualidade histórica ou aquilo que o “homem normal é na normalidade” não o pode definir, na medida em que este “só é verdadeiramente humano no transcender dessa normalidade, na abertura para o mais – para a transcendência”.⁵

Por conseguinte, o ser da realidade fáctica, ao ser interpretado e compreendido, é-o segundo um certo sentido fundamental ou *étimo*. É ele que vai constituir o universo de compreensão dos seres, dando sentido à realidade, coincidindo, por isso em maior ou menor medida, com a auto compreensão do homem no seu «poder-ser» ou dever ser. Consequentemente, o dever ser é a realidade radical e primeira. É dele que depende tanto a essência humana como o sentido de todos os outros seres.

Nessa linha de pensamento, o *étimo* manifesta-se através da história num momento contínuo de superação da mesma.⁶ De onde se segue que, cada época traz consigo determinados valores e ideias que são preponderantes em relação aos valores e ideias das épocas passadas. Razão pela qual é igualmente radical e “irradicável” essa permeabilidade da consciência humana a determinados valores e ideias. Neste contexto, não é a consciência intencional que nos permite captar esse *étimo*, mas é a consciência ético-existencial (Syneidesis) que possibilita que “certas «objectividades» (as fundamentais e as fundantes) se revelem ou manifestem”.⁷ Assim sendo, somos levados a concluir que, por um lado, o que é essencial na consciência ético existencial é a decisão existencial, pois é esta e não a deliberação que compromete a nossa responsabilidade pessoal; por outro lado, a consciência ética existencial é a condição da autêntica liberdade criadora, dado que por ela nos abrimos ao Ser.

A abertura ao Ser pressupõe os outros, pois na inter-relação subjetiva partilhamos o mesmo espaço, tempo, valores e ideais, conduzindo-nos à consciência do nosso ser pessoal. Precisamente, essa relação com os outros não é fortuita, mas brota da estrutura essencial do Dasein enquanto «estar no mundo».

⁵ “Antropologia, existencialismo e direito” (1965), p. 87 e p. 92.

⁶ Este movimento de autodefinição do ser hominal patenteado na história não se confunde com a doutrina hegeliana do auto movimento da ideia. O nosso pensador considera esta doutrina falsa, porquanto, apesar da Ideia se manifestar historicamente através da acção humana, a própria Ideia não tem qualquer virtualidade própria e neste sentido fica por explicar “a progressiva conquista da consciência humana” por certo valor.

⁷ Baptista Machado, “Antropologia, existencialismo e direito”, p. 94 e ainda, “numa época histórica são as novas concepções filosóficas, artísticas, religiosas e jurídico políticas que «fazem época, na medida em que nelas transparece o sentido fundamental (Grundsinn)», o *Etymon* ...”.

Na senda de Heidegger, sustenta o nosso filósofo que a participação que os homens mantêm uns com os outros tem um significado originário, sendo a partir desse significado que a sua relação não se reveste de simples cuidado (Sorge), mas assume o carácter de uma solicitude (Fursorge), positiva ou negativa. Por outras palavras, é inerente ao homem ser um sujeito de acção, uma vez que a acção concretiza o seu «poder ser». Porém, não há conduta significativa sem liberdade, sendo neste horizonte que o homem se define à medida que pelas suas escolhas e criações se vai “perdendo ou ganhando”. Com efeito, a sua acção é significativa da opção por essa vetusta querela entre o Bem e o Mal. Não olvidemos que a escolha também pode ser olhar os outros como mero objeto, como simples meio para outros fins, despindo-os do seu valor axiológico. Infelizmente, não precisamos de recuar até às Guerras Mundiais. Basta recordar o programa secreto de aborto na Nigéria, a grave crise humanitária no Sudão e as funestas guerras entre a Rússia e a Ucrânia, ou Israel e o Hamas.

Assim, em relação ao domínio jurídico, agir “normativamente é, portanto, actuar responsivamente, i.é., em resposta ao agir alheio. Portanto, o agir normativo é agir-com-os-outros e, noutra perspectiva, agir contra-os-outros”.⁸

Em última análise cabe referir o que nos parece decisivo, ou seja, sendo a cultura produto da actividade do homem, não pode ser entendida sem apreendermos o *sentido* que presidiu à acção e encaminhou o homem a criar determinada realidade, a conferir significação, o mesmo é dizer, valor na relação que estabelece com tudo o que o rodeia. Assim, das relações intersubjectivas, da “transcensão humana, não apenas como racionalidade, mas como espiritualidade”,⁹ e liberdade, o direito, “expressão de um ordenamento de liberdade e para a liberdade”,¹⁰ é criação cultural e, enquanto isso, é uma ordem com sentido.¹¹ Uma ordem à qual vai colada uma determinada intencionalidade axiológica e dessa forma o direito “é retirado do domínio do puramente técnico e concebido como tendo uma história própria que tem a sua raiz numa unidade originária entre direito e cultura”.¹²

⁸ José de Faria Costa e Bruno de Oliveira Moura, *Filosofia do Direito. Livro primeiro. Livro segundo*, livro primeiro, Lisboa: Ed. Âncora, p. 89.

⁹ António Castanheira Neves, Coordenadas de uma reflexão sobre o problema Universal do Direito – ou as condições de emergência do direito como direito», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 866.

¹⁰ José de Faria Costa e Bruno de Oliveira Moura, *Filosofia do Direito*, livro primeiro, p. 15.

¹¹ Daí que as instituições jurídicas sejam complexos normativos que se organizam e reúnem à volta de princípios comuns, regulamentando um certo tipo de relações sociais.

¹² Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 333.

II. A crítica do positivismo jurídico

Estas breves considerações são o ponto a partir do qual Baptista Machado recusa o positivismo jurídico, incidindo a sua crítica sobre Kelsen.¹³

Consabidamente, tendo como objectivo a fundamentação da ciência do direito enquanto ciência positiva, escreve Kelsen: “A teoria Pura do Direito positivo [...] quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objecto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? [...] propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito”.¹⁴ Em vista disso, o direito deve estar depurado de todos os elementos estranhos a si. O princípio metodológico aqui presente está em evitar “um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objecto”.¹⁵ Daí a necessidade de «purificar» a jurisprudência que tem sido confundida com a sociologia, a psicologia, a ética e a teoria política.

Neste contexto, o sistema kelseniano apresenta-se como “uma teoria gnosiológica axiomática acerca do conhecer do direito que faz abstracção da realidade específica do direito”.¹⁶

Em sentido oposto, para o nosso pensador, a jurisprudência dogmática tem como objectivo a aplicação do direito à realidade dos factos do processo histórico, ou seja, a factos da conduta, a factos informados por uma intencionalidade humana. Nesse sentido, o problema com que se depara o jurista ou o órgão aplicador do direito é o de reconduzir as situações concretas da vida aos conceitos utilizados pelas normas. Porém, se partimos de uma “situação da vida em si, neutra, desprovida de qualquer qualificação jurídica”,¹⁷ acabamos por ser reduzidos aos “supostos de facto contidos na hipótese legal de

¹³ Nos dois momentos dos seus escritos esta crítica é constante.

¹⁴ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 17.

Cfr., Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José Lamago, 3ª ed., F.C.Gulbenkian, Lx, 1997, pp. 94-95.

Cf. A. Kaufmann e W. Hassemer, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, tradução de Manuel Oliveira, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 178 e ss.

¹⁵ *Idem*, p. 18.

¹⁶ “O sistema científico e a teoria de Kelsen”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXV, 1985, p. 27. Cfr. “Do formalismo kelseniano e da «cientificidade» do pensamento jurídico”, nota preambular à tradução portuguesa de *A justiça e o direito natural*, de Hans Kelsen, Arménio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 1963.

¹⁷ Baptista Machado, “O sistema científico e a teoria de Kelsen”, p. XVIII.

uma norma”.¹⁸ Razão pela qual só ultrapassamos esse domínio seguindo a aproximação dialéctica entre a hipótese legal e a situação da vida. Ora, como essa relação não é dada somente por meios lógicos, torna-se indispensável introduzir um terceiro elemento que é a instância da *praxis*, a qual opera uma integração dos “«dados» em presença na experiência espiritual vivida do *suppositum cognoscens*”.¹⁹

Prescindindo de maiores desenvolvimentos, o ponto essencial destas afirmações está em que a subsunção jurídica não se traduz por uma dedução silogística, mas é uma questão de valoração jurídica que não se reduz a pura lógica. Donde se segue que, no silogismo jurídico (normativo), o termo médio é dado em referência ao sentido (normativo) da norma descrita pela premissa maior, uma vez que a hipótese legal é já “resultado de valorações jurídicas, dado que o seu conceito é função da intencionalidade normativa do preceito”.²⁰ Consequentemente, a aplicação da norma ao caso concreto é fruto da subsunção lógica com a integração axiológica na experiência espiritual do sujeito cognoscente. Em termos idênticos a Cabral de Moncada, Baptista Machado conclui que o conhecimento do direito recorre à experiência espiritual vivida, sendo esta inacessível a um intelecto transcendental «desencarnado», como fora o proposto por Kelsen.

Por conseguinte, recusa Baptista Machado a «purificação» do direito, uma vez que, para se definir o tipo específico do conhecimento da jurisprudência tem de se “atender a esse aspecto dinâmico da inserção no processo histórico das intenções espirituais”.²¹

Como decorrência do que temos vindo a dizer, a crítica ao pensamento de Kelsen abrange a noção de *sistema jurídico*. Um sistema científico no domínio do direito tem de nos permitir diferenciar quando duas situações de vida devem ser entendidas como equivalentes ou diferentes segundo a perspectiva jurídica. Cabe ao sistema apreender, mediante a conceptualização e sistematização, as diversidades em que se explica a unidade do próprio sistema. Deste modo, o sistema jurídico manifesta-se como sendo um todo orgânico, vivo e aberto em

¹⁸ *Idem, Ibidem.*

¹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰ *Idem, Ibidem*, p. XIX. Mais à frente escreve: “O direito, para a sua apreensão e realização, tem de contar com a intervenção de uma consciência cognoscente capaz de emergir acima dos planos dos factos históricos, para, assim, apreender intencionalidades e conteúdos espirituais (supra históricos)”. Cf. Ana Paula L. Sousa, *O Pensamento Filosófico-Jurídico Português Contemporâneo*, INCM, 2005.

²¹ Do formalismo kelseniano e da «cientificidade» do pensamento jurídico”, nota preambular à tradução portuguesa de *A Justiça e o Direito Natural*, de Hans Kelsen, Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, p. XV.

que as diferentes partes interagem em comum e só se compreendem interrelacionadas.²²

Bem assim, o sistema jurídico kelseniano não apresenta nenhuma destas características. Sublinha Baptista Machado que é um sistema constituído por conceitos abstractos que se correlacionam apenas segundo as leis da lógica formal. Em vista disso, é um sistema fechado cujos elementos estão isolados de toda a realidade cultural, pelo que não permite a formação da consciência jurídica, nem a apercepção da vida humana social.

Estas afirmações implicam saber se é possível uma ciência neutra.

Naturalmente que, na perspectiva de Kelsen, a ciência, e nomeadamente a ciência jurídica tem de ser neutra, pois não só do ser não se retira o dever ser, como também a ciência não é constitutiva de valores. Sem dúvida que reportando-nos às ciências ditas naturais a verdade científica abstrai-se do contexto cultural e social dos sujeitos.²³ Por outras palavras, as proposições científicas demonstram objectivamente certa realidade.²⁴ Dessa afirmação se tem concluído que das ciências naturais não é possível retirar o dever ser do ser, nem tão pouco fundamentá-las sobre valores.

O mesmo não se passa com as chamadas ciências culturais. Nas considerações acima expostas, concluíramos que o direito tem uma intenção axiológica, sendo o mundo jurídico constituído por valores de justiça, de segurança, de bem comum, entre outros.²⁵ Assim sendo, a crítica feita a Kelsen está no facto de este procurar conhecer a realidade do direito sem ter presente o que é radicalmente constitutivo dessa realidade. Com efeito, a Grundnorm, tão cara ao

²² João Baptista Machado considera a existência de vários sistemas. Assim, o sistema formal é um sistema extrínseco de conceitos abstractos e relações formalizadas segundo as leis da lógica. Este sistema pode ser axiomático ou dedutivo. Depois temos os sistemas reais ou intrínsecos, os que se relacionam com a realidade indagada. Estes podem se dividir em sistemas meramente classificativos e sistemas intrínsecos em sentido estrito. Por fim, ainda há a considerar os sistemas fechados e os sistemas abertos.

²³ Com efeito, o objectivo é descobrir e formular as leis constantes e universais que regem os fenómenos, sendo esta explicação independente da vontade e das intenções dos sujeitos. Deste modo, o discurso científico é um discurso demonstrativo, que se coloca no plano da verdade em si mesma, enquanto se apresenta como evidente para o pensamento em geral.

²⁴ A água, quer o desejemos quer não, é composta por duas moléculas de oxigénio e uma de hidrogénio e quanto a isto não há considerações valorativas ou subjectivas a tecer. Igualmente, um teorema matemático, ou a explicação de que existem átomos constituídos por neutrões, electrões e protões não são passíveis de serem interpretados segundo o contexto cultural e social do sujeito.

²⁵ Esta ideia coincide com o tridimensionalismo do direito, de Miguel Real, segundo o qual o direito é entendido como a relação dialéctica entre facto, valor e norma.

pensamento kelseniano, apenas confere possibilidade lógica de considerarmos certas normas de um ordenamento globalmente eficaz como se fossem válidas. Nessa medida, a teoria de Kelsen, tendo por objecto as proposições e as inferências dos juristas, é, simplesmente, uma construção lógica- formal.²⁶

No entanto, com essa interpretação normativa meramente lógico-formal, Kelsen desvia-se da questão principal, que consiste em indagar e apreender o sentido da realidade jurídica. Com efeito, para sabermos, definirmos e solucionarmos em que consiste um problema jurídico é necessário ter, à partida, um critério de juridicidade. Tendo em mente as considerações feitas, os critérios das ciências sociais não dispensam o mundo da vida (Lebenswelt), logo dos valores, interesses, intenções e atitudes humanas, assim, também o direito não pode dispensar essa correspondência entre o conteúdo da norma e a realidade.

Escreve Baptista Machado, “temos de reconhecer que uma teoria metodológica, ao mesmo tempo que «descritiva» da aplicação correcta do direito, desempenha um papel *constitutivo* nessa aplicação, na medida em que *válida* ou legítima aquela prática, apresentando-no-la na sua essencialidade, na construtura de um «todo».²⁷

À luz deste excerto o autor português salienta que apreendemos o direito no seu autodevir histórico. Nessa medida, é subjacente à metodologia jurídica uma concepção “teórica” do direito, expressão do mundo da vida recheado de valores e intenções. Na apreensão do mundo da vida, das suas leis e evolução, a teoria metodológica vai concluindo o «inconcluso», pois o direito, no seu processo formativo, não é estático, mas dinâmico, logo a teoria metodológica de descritiva converte-se em prescritiva e vice-versa.

Justamente, é quando pretende prescrever a conduta por forma a encontrar soluções jurídicas objectivas e válidas, que verificamos um salto lógico do ser para o dever ser, do descritivo para o prescritivo. Portanto, inerente ao trabalho do jurista está, sempre, uma concepção valorativa, uma ideia de juridicidade.²⁸

²⁶ Cfr. “O sistema científico”, Est. e loc. cit., p. 27 e ss.

Consabidamente, para Kelsen a ciência do direito é considerada como uma ciência valorativamente neutra. O seu escopo é, unicamente, descobrir e configurar os problemas jurídicos que se apresentam à organização e regulamentação social e dar-lhes respostas que não envolvam considerações axiológicas.

²⁷ “O sistema científico”, Est. e loc. cit., p. 43.

²⁸ Este salto verifica-se nas demais ciências, inclusive nas ciências naturais. Escreve ainda: “Pelo que respeita à ciência jurídica, parece evidente que o jurista não pode elaborar uma concepção do direito com valor científico – metodológico sem captar a própria ideia de juridicidade, não pode descobrir e configurar problemas jurídicos sem tomar como referente essa mesma ideia e não pode deixar de considerar imanente às normas e ao

Em última instância e em franca oposição a Kelsen, Baptista Machado sustenta que a ciência jurídica não tem função idêntica à das ciências teóricas, na medida em que uma coisa é verificar e pretender, na investigação dos juristas, um empreendimento racional susceptível de desenvolvimento cientificamente controlável, outra coisa é “confundir essa racionalidade específica do jurídico com a racionalidade e estratégia da ciência teórica”.²⁹ O direito não se confunde com a norma, pois esta é apenas instrumental, daí que o erro de Kelsen haja estado em aplicar os esquemas da razão teórica ao domínio do direito, o qual pertence à razão prática.

III. O direito e a moral

Em ambos os momentos do pensamento de Baptista Machado, a unidade do sistema jurídico é sempre reconhecida como uma unidade aberta e axiológica. Em vista disso, perguntamos, qual a relação entre *o direito e a moral*?

Entende Baptista Machado que há uma *interligação* entre o direito e a moral, pois há comportamentos humanos que são avaliados por ambos, apesar de os fins dessa avaliação serem diferentes.³⁰ Todavia, razões distintas não significam razões separadas. O direito, ao realizar a paz social, permite o aparecimento dos valores morais e, por sua vez, estes contribuem para a formulação do direito. Escreve o autor como exemplo: “a justiça é um valor ético e às normas do direito inere a pretensão de realizar esse valor”.³¹

Significa isto que se tivermos em mente não o direito positivado e formulado mas o direito “em devir”, o direito que está a ser pensado e reflectido, a proximidade entre as concepções jurídicas que são pensadas e as concepções morais vigentes e determinantes é muito maior.

sistema jurídico aquela pretensão de Justiça (ou de validade no sentido de Justiça) que neles está necessariamente subentendida”, *est. e loc. cit.*, p. 44.

²⁹ “O sistema científico”, p. 45.

Cf. “Do formalismo kelseniano”, p. XXXIX e *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 361 e ss.

³⁰ Exemplifiquemos. Numa situação jurídica, quando o juiz julga um caso de homicídio o faz tendo em conta o valor da justiça e da segurança jurídica (valores jurídicos). O seu primeiro interesse é o bem social, ou o bem comum, e não o sujeito enquanto pessoa moral e virtuosa. Esse mesmo delito quando é avaliado, por um indivíduo ou pela sociedade, é-o segundo o princípio do bem pessoal. Neste caso diz-se: o homicida foi uma “má pessoa”, pois o que está aqui em causa não é a segurança jurídica ou a paz social, mas é a negação do bem: a negação do preceito moral que manda respeitar a vida.

³¹ *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 62.

IV. O direito natural

O entrelaçamento entre a moral e o direito é a zona de convergência entre a filosofia do direito e a ética filosófica, assumindo daí decisivo relevo as especulações sobre o direito natural.

Se quanto à crítica ao positivismo jurídico de Kelsen, à concepção da unidade do sistema jurídico como sendo cultural, aberto e axiológico e ainda às relações entre o direito e a moral não houve mudanças de posição nos dois momentos da investigação de João Baptista Machado, o mesmo não acontece com a problemática do *direito natural*.

Na verdade, nos escritos da década de sessenta, o pensador sustenta que o direito natural deve ser entendido à luz do existencialismo propugnado, sobretudo, por Fechner e Maihofer, recusando a posição de Welzel, para o qual o pensamento existencial, porque individual, singular e subjectivo, se revelava insuficiente.³²

Como reiteradamente temos afirmado, Baptista Machado reconhece que o homem é um ser inadaptado, tendo de tecer o seu próprio *habitat*. Nessa tessitura surge o mundo da cultura, constituindo pela acumulação das experiências das gerações passadas. Esta acumulação forma a “subsistência mnésica” ou memória das gerações. Assim, essa memória das gerações permite ao homem uma identidade especial, apesar de todas as mutações que vão ocorrendo na vida humana. Deste modo, a memória, sendo o “meio condutor e cimento de coerência de todas estas transformações, é nele (homem) não uma simples «biomnese» mas antes uma «noomnese», isto é, uma «mnese» consciente, por ele imediatamente possuída e disponível”.³³

Daí que a questão posta pelo jusfilósofo – se, no que respeita ao direito natural, as suas normas supremas permanecem as mesmas à luz de novas situações

³² Acerca da tese de Welzel, da qual discorda, escreve: “o pensamento existencial revela se inteiramente imprestável para a compreensão do direito (...) pensamento que se enucleia todo ele na consideração do individual e subjectivo, naquilo que constitui o ser em si mesmo ou ipseidade de cada um, ao passo que o direito procura a regra, a norma geral; algo, pois, que é ou deve ser comum.” E mais à frente afirma: “o direito situa se num plano que para o Existencialismo não tem qualquer significado (...) É que justamente a vida em sociedade, a existência social, o «ser com outros» no mundo das massas, corresponde a uma existência inautêntica (...)”, “Antropologia, existencialismo e direito”, p. 104.

Cfr. Baptista Machado, “O direito como «natural». Redescoberta da transcendência e do direito natural”, conferência proferida na U.C.P., 1983 (inédito).

³³ “Antropologia, existencialismo e direito”, p. 80.

históricas, ou se as transformações que se verificam adquirem um sentido tão radicalmente diferente na sua compreensão que seriam outras, como seria outro o homem e o que especificamente tem de humano – acabe por ter a seguinte resposta: é possível haver comunicação entre seres culturalmente distintos, pois a evolução cultural e histórica tem como suporte aquilo que é comum a todos os homens: a memória mnésica e a capacidade de aprendizagem e da incorporação das experiências passadas nas experiências actuais. E se bem que o resultado venha a ser diferenciado, por serem diferentes os povos, diferentes as culturas, permanece a tal *identidade especial*.

Na linha do existencialismo de Heidegger, João Baptista Machado reconhece que só em referência ao concreto se pode apreender o direito natural de conteúdo em *devir*, como orientação que, em cada momento do existir humano, lhe pede uma decisão. Deste modo, não constitui o direito natural um conjunto de princípios rígidos, absolutos e definidos, nem se constitui como um modelo ou paradigma do direito positivo.³⁴ Esta “abertura ao mundo e ao Ser” encaminha-nos para a tomada de decisões existenciais, profundas e radicais. Tendo presente o contributo de Fechner, refere o autor que o direito tem situações limite em que o homem se encontra perante a necessidade de uma decisão existencial. Estas decisões não são meramente subjectivas, mas envolvem dados objectivos que necessariamente têm de ser pensados, pois enformam a decisão. Precisamente, esses dados objectivos, sem os quais a decisão não se realizaria, são os princípios transcendentais ao homem, bem como os critérios pré estabelecidos. Assim, esta perspectiva existencialista do direito natural não nos faz cair no subjectivismo nem no relativismo, na medida em que admitimos princípios gerais de direito natural sem os quais as decisões não são possíveis.

Rejeita, assim, o nosso autor a tese essencialista do direito natural como um conjunto de princípios universais intemporais e absolutos que se apresentam, materialmente, ao homem. Doutrina que acaba por cair no dogmatismo, tornando-se conservadora e acrítica. Não tendo carácter questionante, não nos fornece um modelo autêntico do direito natural, porquanto concebe a essência do homem como já dada e acabada.

Todavia, no pensamento filosófico jurídico da maturidade, João Baptista Machado reviu esta sua primeira posição quanto ao problema do direito natural. Esta sua nova maneira de conceber o direito natural apresenta patentes afinidades com o pensamento de Tomás de Aquino. Neste sentido, afirmamos

³⁴ Se por detrás deste direito natural em *devir* está um direito natural pronto e acabado é coisa que nunca saberemos nem podemos explicar, pois, a existir, tal direito natural será indemonstrável.

que há, da sua parte, um certo regresso à escolástica, sobretudo na defesa do realismo clássico e dos universais, meios pelos quais se redescobre a dimensão transcendente do homem. Nessa perspectiva, recusa o jusfilósofo conimbricense o pensamento nominalista, bem como rejeita o cientismo e o horizonte fechado do racionalismo construtivista.

Vejamos melhor. Baptista Machado, nesta segunda fase do seu percurso especulativo, começa por esclarecer as noções de “natural”, “artificial” e “cultural”. Assim, quando nos referimos a “natureza humana” nela está implícita a noção de “cultural”, ou seja, é próprio da essência humana ser cultural. Contudo, dizer que o homem é um ser cultural não é suficiente. Temos de distinguir entre o que aparece como resultado da acção humana e o que é resultado da *práxis* humana histórica e não é já um projecto humano. O primeiro caso refere-se a um projecto que o homem elabora e concretiza. Consideramos esse projecto “artificial”, porque é o resultado dos interesses, vontades e acções do sujeito que racionalmente o elabora; o segundo caso é o domínio da *noosfera*: estamos perante algo que é produto de uma evolução que «escapa ao comando da vontade humana».³⁵

Neste contexto, quando se fala de direito natural ou “natureza das coisas” alude-se a algo que não é “artificial”, que não é resultado nem depende do arbítrio humano, embora seja algo que constitui o resultado, uma ordem regulativa de um processo evolutivo que assenta numa *práxis* humana histórica.

Por conseguinte, o fundamento do direito natural está nessa ordem regulativa (ou relação estrutural básica em que assenta a própria «comunidade comunicativa») que se constitui mediante princípios “ordenadores que incorporam virtualidades de adaptação a todas as contingências”.³⁶

Neste quadro, considera o jusfilósofo que na evolução das instituições humanas se terá depositado uma “sabedoria” que não tem identidade com os projectos que, racionalmente, os homens vão elaborando, mas, ao invés, corresponde a uma orientação ordenadora regida por padrões de conduta que foram seleccionados e se consolidaram pelo seu êxito. Tal “sabedoria” tem a sua sede naquilo que o nosso autor designa como “estrutura relacional”. Esta é o resultado ou a concreção daquilo que nos fica da memória mnésica, dessas experiências passadas que formam o tecido relacional que dá origem à “comunidade comunicativa”; por isso exprime os princípios ordenadores originários, que transcendem sempre as contingências factuais. Precisamente,

³⁵ *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 299.

³⁶ *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 300.

são estes princípios suprapositivos que devem ser adaptados às exigências do real factual e da razão prática.³⁷

Por outras palavras, ao contrário do que afirmara na primeira fase do seu pensamento, Baptista Machado recorre, agora, à ideia de meta instituições, que são as condições da possibilidade de toda e qualquer institucionalização, de uma realidade supracontingente subtraída ao arbítrio do homem, de um *naturalis*, o qual, estando fora da esfera da natureza física, contém em si os pressupostos últimos e radicais já da própria possibilidade das instituições humanas, já da forma de vida do “homem”.

Assim sendo, a “comunidade comunicativa” é co-constitutiva da natureza do homem (em oposição à primeira fase do seu pensamento) e os princípios ordenadores e originários, que são os pressupostos essenciais da “comunicação” e da forma de vida do “homem” são meta institucionais e não contingentes, revelando-se em princípios normativos supra positivos, não sendo, por isso, resultado da razão construtivista, nem da razão técnica.

Nesta linha de pensamento, a validade de qualquer direito positivo provém destes princípios ordenadores originários transcendentais ao arbítrio e aos projectos humanos. Ou seja, o direito natural representa o *étimo* fundante de todo o sentido do jurídico, manifestando-se como um princípio regulativo que é transcendente ao direito dado (posto) pelo legislador. Por maioria de razão, o direito natural aparece no plano prático-axiológico do existir humano.

Neste sentido, apresenta-se com uma função única, fundamentar e circunscrever todo o direito positivo, desdobrando-se, porém, esta função em duas vertentes: uma, a função *legitimadora* ou justificadora do direito positivo; outra, a função *regulativa* ou de critério normativo para todo o direito histórico empírico. À primeira cabe legitimar ou justificar o direito justo, pois não basta uma lei ou norma manifestar-se como direito para ser tida como justa; à segunda cabe ser crítica, mostrando que o direito positivo não deve ser alheio ao *étimo*

³⁷ Em “síntese: a) que a «comunidade comunicativa» co constitutiva da natureza do homem tem como pressuposto uma ordem institucional ou meta institucional básica assente em normas éticas fundamentais (responsabilidade pela conduta e pela confiança inspirada, veracidade, justiça); b) que dessa ordem (...) meta institucional, defluem princípios normativos suprapositivos (isto é, transcendentais ao arbítrio e aos projectos humanos que assentam em conjunturas contingentes); c) que o progresso ou a concretização histórica dessa ordem transcendente tem a ver com a evolução daquela mesma «comunidade comunicativa»...em que a identidade do ser humano se define, confirma e consolida na sua relação com os demais, e é por isso mesmo incompatível com a subordinação da sociedade a uma organização técnico racional em que as relações entre os seus membros se configurem como relações entre papéis ou funções”, *Idem*, p. 303.

fundamental, pois a aplicação do direito puramente positivo não preenche em pleno as exigências da justiça, pelo que assistimos a uma contínua interrogação e reflexão acerca da “real juridicidade”.³⁸

Estas considerações, aqui gizadas, encaminham-nos para a afirmação de que, neste segundo período do pensamento de João Baptista Machado, o direito natural se articula com a noção de discurso legitimador e este, por sua vez, fundamenta-se na “comunidade comunicativa”.

V. O discurso legitimador

Segundo Baptista Machado, para entendermos o discurso jurídico temos, primeiramente, que entender e determinar que coisa é o jurídico, ou na sua expressão, o que é a juridicidade. Ora, falar de jurídico é falar de norma, atendendo que a norma é um dos meios pelo qual o discurso se expressa. A lei, que se fundamenta nas situações da vida, vai incorporá-la no sistema jurídico. Deste modo, essas situações sofrem uma espécie de “deformação teleológica”, porquanto são elementos integrantes no sentido da lei, são “conceitos funcionais”.³⁹

Assim, a *facti species*, ao referir-se a factos, às situações concretas da vida, juridiciza-os. Portanto, quando identificamos um facto e verificamos se nele se concretiza ou não o princípio, ou até, o valor jurídico, estamos a aplicar um conceito normativo, integrado no sistema jurídico e não um conceito natural. Por isso, a referência ao sentido dito ou à ideia de juridicidade não é uma opção

³⁸ Em rigor, o legislador não cria direito, a sua função é articulá-lo e realizá-lo, de onde se segue que, o direito positivo não é nem um imperativo, nem um comando heterónimo editado por uma autoridade. Mais uma vez estamos perante a rejeição do positivismo jurídico por parte de Baptista Machado. Relembra o filósofo que os positivistas esquecem que o homem, quando apreende um acontecimento como norma positiva, está já, no próprio momento da apreensão, predeterminado por elementos “prescritivos” decorrentes de estruturas gnosiológicas e de estruturas de sentido que, em cada momento, transcendem o nível da reflexão ou o horizonte vital em que o homem historicamente se situa. Com efeito, temos de aceitar que existem certos princípios suprapositivos, os elementos “prescritivos” que se concretizam no direito positivo. Decorrendo daí, por exemplo, que todo o direito positivo subentende uma ideia e um ideal de justiça perenes, ainda que a sua concretização seja variável ao longo da história da humanidade.

³⁹ Estes conceitos por vezes aplicam-se a “situações de facto” distantes da sua primitiva significação. Dá-nos o autor os seguintes exemplos: “no conceito de «arma» ou de «arma perigosa» poderão actualmente caber ácidos corrosivos, gases letais etc; no conceito de “coisa” podem caber realidades como a energia, energia eléctrica ou até, para certas normas, direitos”, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 81. Cf. Faria e Costa, *Filosofia do direito*, livro primeiro, p. 74 e 75. Cf. Baptista Machado, «Sobre o discurso jurídico» (1965).

livre, mas é um postulado decorrente de tomar por objecto o jurídico, e não outra coisa. É a *facti species* jurídica que nos fornece os critérios necessários para averiguarmos da situação de facto e, por isso, é através dela que dada situação se distingue de outras e dada situação é ou não matéria de direito.

Mas o ponto acabado de referir faz surgir a questão do referente fundamental da ordem jurídica. Baseando-se nas modernas investigações da teoria da hermenêutica, o pensador de Coimbra sustenta que “todo o enunciado linguístico deve ser entendido como um significante que remete para algo extralinguístico. Esse *quid* extralinguístico designado pela palavra ou pelo texto é o *referente*.”⁴⁰

Ora, a *facti species* das normas dizem respeito a situações de vida. Essas situações não são desconhecidas do homem vulgar, pois qualquer sujeito, pela sua experiência de vida, tem uma pré compreensão que lhe possibilita perceber, ainda que grosseiramente, os textos a que essas situações se reportam. Por maioria de razão, o jurista intérprete olha para as situações de vida através do “óculo” específico da *facti species* que o orienta. Todavia, a aplicação da lei não se faz de modo isolado, mas envolve todo o ordenamento jurídico, o qual constitui uma unidade, ou seja, “um universo de ordem e de sentido cujas partes componentes (as normas) não podem ser tomadas e entendidas por forma avulsa, ou isoladas dessa unidade de que fazem parte, sob pena de se lhes deturpar o sentido”.⁴¹

Contudo, as normas não surgem, somente, com o objectivo de descrever as situações da vida e de as classificar, pois a sua autêntica função e sentido está em elas constituírem “respostas” a interrogações da regulamentação jurídica e tentarem dar solução a problemas de ordenação e integração justa da vida social. Ou seja, as normas legais são já “concretizações” que o legislador, o jurista intérprete, faz da sua concepção de direito e da ideia de justiça que perfilha, por isso, para lá dos referentes imediatos das normas, temos outro tipo de referente que é a própria *ideia* de direito. Isto é: o referente fundamental não é a situação da vida, mas é a concepção de direito e de justiça que subjaz a toda a interpretação e legislação, quer dizer, essa “coisa” que é o direito e que o

⁴⁰ Com efeito, esse *quid* ou “referente” ao qual o texto se reporta está fora do texto e é condição fundamental da sua compreensão. Dito de outra maneira: apreender o sentido do texto é apreender a “coisa”, o *quid* para que ele remete, o que significa que todo o texto comporta em si um “subentendido” que se vai patenteando no entendido. Escreve Baptista Machado, “O texto só se torna para nós significativo quando apreendemos a relação palavra «coisa». Pelo que aquele que se propõe compreender um texto tem de ter já, ou de adquirir, um ponto de vista sobre a «coisa» por ele designada”, “O sistema científico”, p. 18.

⁴¹ *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 207.

legislador nos procura comunicar através dos enunciados das normas. Consequentemente, há uma relação de tensão dialéctica entre o pólo positivo (situação de vida) e o pólo extrapositivo ou “transpositivo” (concepção de direito e de justiça e que podíamos chamar direito natural) do direito. Porém, este extrapositivo só nos textos legais tem existência e os textos legais só à luz deste extrapositivo podem ser verdadeiramente compreendidos e interpretados.

Significa isto que a lógica do discurso jurídico tem de exprimir as concepções valorativas inerentes a esse discurso, pelo que a função da linguagem jurídica é a de revelar esses conteúdos extralinguísticos e essa deve ser a direcção da conceptologia e da sistematização jurídicas. Ora, como temos visto, o sentido valorativo não é independente das situações de facto, logo, a lógica jurídica não pode ser meramente formal, mas tem de ter em conta o real factual; é aqui que se situa a operacionalidade do discurso jurídico.

Com isto, porém, apenas situámos o discurso jurídico, agora é necessário discriminar e atribuir sentido (significatividades) às situações de facto. Esse sentido já não decorre da lógica do real factual, mas envolve a unidade jurídica com os seus princípios. Pressupõe uma outra lógica em que as situações de facto representam unidades que se articulam num todo coerente, “num discurso unitário e global que busca e acha a sua coerência e articulação intrínseca naqueles princípios que ele mesmo vai explicitar”.⁴²

Por conseguinte, estamos perante um círculo hermenêutico, segundo o qual o discurso jurídico é aquele que “ [...] se institui, porque aponta para o perfazer de um sistema – porque nos revela uma coincidência entre um dado, uma novidade, um traço distintivo, uma diferença e a conclusão de um sistema”.⁴³

Neste contexto, em filigrana, importa apurar que tipo de lógica e de argumentação é presente ao discurso e ao pensamento jurídico, não olvidando que tal lógica e argumentação têm de ter em mente o sentido axiológico do direito.

Deixando de lado, outros desenvolvimentos, cabe ao pensamento *tópico retórico* operar com juízos de valor, mediante uma lógica teleológica. Dai que,

⁴² Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 316. Em última instância, por um lado, estamos perante um “círculo hermenêutico”, vicioso, enraizado na própria condição humana: só nos entendemos uns aos outros quando interpretamos as condutas e para fazer esta interpretação é necessário ter já a priori certas regras que não só lhes atribuem um determinado sentido, como as integram num determinado sistema jurídico, social, económico etc.; por outro lado, essas regras só são claramente compreendidas e manifestadas através da comunicação.

⁴³ *Idem*, *Ibidem*, p. 318.

o pensamento jurídico, e com ele o direito, vise um fim, um projecto a realizar determinados valores.⁴⁴

Convergindo com António Castanheira Neves, o pensador conclui que a questão de facto (situação concreta) e a questão de direito (concepção de direito, os princípios e valores que constituem o direito) não podem ser logicamente diferenciadas, uma vez que se implicam uma à outra. Seguindo neste sentido a lição de Baptista Machado, podemos afirmar que as normas não referem realidades a valores, mas são constitutivas de valores. Daí o valor constitutivo e não meramente referencial “da norma, a fim de bem compreender que os seus conceitos não valem por si, antes, têm um carácter instrumental relativamente à actuação do seu escopo, ao qual se subordinam”.⁴⁵

O *logos* tópico retórico permite compreender e interpretar o sentido valorativo e constitutivo das normas, comunicando-o mediante enunciados formalmente analíticos, decorrendo daí que o discurso jurídico está continuamente sujeito a modificações e flutuações tópicas, por amor duma verdade que tem de ser descoberta.

É deste modo clara a oposição do professor de Coimbra ao normativismo e ao psicologismo jurídicos, pelo reconhecimento de uma nova lógica cujo *logos* não se exaure nas formas intemporais da lógica pura, mas se manifesta como um pensamento situado, aberto, problematicamente polarizado, constituindo-se como pensamento tópico retórico. Acolhendo concepções próximas de autores como Perelman, Viehweg e Esser, Baptista Machado considera que este novo *logos* tem como escopo esclarecer aquele domínio da cultura, dos ideais e dos valores (realidade antropológica). Em vista disso, será um pensamento situado que brota e se refere ao eu humano na sua realidade única e concreta, pois a

⁴⁴ Precisamente, o sentido da lógica teleológica é distinguir estes elementos redundantes para que a situação factual, o caso, possa ser apreendido apenas no que tem de essencial, podendo, desse modo, ser classificado, estando a sua função em destacar o “aspecto essencial” do caso, ou eliminar o redundante com vista à “subsunção”. Operando com conceitos prático normativos, a lógica teleológica distingue na situação factual o essencial do acessório, permitindo a sistematização e organização dos conceitos jurídicos.

Por conseguinte, a aplicação de uma norma a um caso concreto obriga-nos a diferenciar e discernir o particular, o que não pode ser tornado comum. Só elaborando mentalmente os dados da experiência segundo os conceitos jurídicos no seu uso prático, os quais são interpretados à luz do sistema jurídico, é que temos a certeza de que certa situação factual é juridicamente relevante. Assim, os conceitos práticos jurídicos vão mediatizar as situações de facto que aparecem como juridicamente relevantes. Nas palavras de Baptista Machado: “o significado designativo do conceito jurídico é sempre subordinado ao seu significado normativo – mesmo quando se trate da determinação dos factos”, *Ob. cit.*, p. 49.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 57.

lógica da argumentação é uma lógica dos valores em que a adesão é um compromisso e não uma submissão.⁴⁶ É um compromisso, dado que este *logos* originário faz do discurso argumentativo um discurso de conversão, na medida em que converte a atitude existencial, tornando-a parte objectiva da comunidade comunicativa. Consequentemente, o pensamento que revela a atitude existencial, atitude que, de si, implica juízos de valor, interesses, ideais e escolhas, é um pensamento de inerência e de participação.

Considerando que a “retórica teria o seu próprio campo, no qual não é insubstituível: o campo dos juízos deliberativos (ou prudenciais), concernentes não ao necessário ou ao verdadeiro, mas ao possível e ao preferível”.⁴⁷ O discurso legitimador, fundado na comunidade comunicativa, é, assim, um discurso hermenêutico, do qual o discurso jurídico é um momento particular.

O que está em causa, agora, é compreender e explicitar o momento expressivo, que mostra os princípios jurídicos ou os valores suprapositivos, revelando o sentido emergente da lei: o sentido que dela se nos vai manifestando no confronto com novos factos ou, simplesmente, com factos insertos em novas conjunturas político sociais. Esse sentido é objectivo e independente da vontade do legislador, o que não significa que não possa ser, em certa medida, codeterminado pela sua vontade, que, certamente, não é uma vontade arbitrária e afectiva, mas é uma vontade que tem como suporte os princípios e as

⁴⁶ A nova lógica opõe-se à lógica analítica que somente nos dava um eu puro ou lógico. Nesta o ponto de vista genético é sacrificado ao ponto de vista lógico, pois como nos recorda Kant, a consciência transcendental estando implícita na consciência empírica, que é a consciência real, concreta, e sendo atingida mediante esta (consciência empírica), quando é alcançada já não necessita de ser mediatizada e portanto, apreendida em si torna-se imediata. Assim, a consciência empírica determina-se perante a consciência transcendental como consciência psicológica, mas agora já não é consciência real, já não patenteia o sujeito real, aquele momento onde historicamente teve origem o processo de reflexão transcendental, alcança-se desta feita o eu puro, o eu lógico. Já Afonso Queiró nos remetera, igualmente, para a lógica do concreto em Ciência do direito e filosofia do direito.

⁴⁷ *Idem*, “Sobre o discurso jurídico”, p. 17. Recorda-nos o jusfilósofo os mais representativos pensadores desta nova retórica, como sejam entre outros, Loreau, Levy Strauss, Eduardo Nicol, Moreau, Perelman, Viehweg e Esser. A título de exemplo diz Perelman: “a dialéctica jurídica pode servir de modelo à reflexão filosófica aplicada à pesquisa dos valores, na ordem do conhecimento, como na ordem da acção.”, Loreau afirma: “o ideal retórico constitui, com efeito, uma extensão a todos os níveis da vida humana do tipo de relações que o direito instaura”; Viehweg refere a tópica como uma técnica de pensar problemas que tem a sua origem na retórica e se contrapõe ao tipo de pensamento sistemático dedutivo.

Em última análise, o pensamento jurídico não se apreende por um mero formalismo, não se deixa captar através do silogismo e da lógica analítica, mas patenteia-se mediante a retórica tópica argumentativa que permite a aplicação do ordenamento jurídico às concretas situações da vida.

concepções que animam o direito, decorrendo daí que a vontade do legislador não se pode sobrepor à teleonomia imanente na lei, por isso, não aceita o jusfilósofo conimbricense uma orientação subjectivista, cujo interesse e fim será somente a determinação da vontade do legislador.

Do exposto, depreendemos, claramente, que Baptista Machado recusa a hermenêutica positivista, segundo a qual o significado da norma é textual. Neste caso, estamos perante uma interpretação estática, pois somente se pretende reconstruir a vontade do legislador que estabeleceu as normas sem ter a preocupação de as adaptar a novas situações. Seguindo esta linha de pensamento, o texto legal, para o positivista, é entendido em si mesmo como expressão de uma vontade. A realidade do direito só nele está contida, uma vez que é a “*positivação (auctoritas voluntas)* que dá à norma todo o seu ser e significado, já que este se esgota na *vontade positivadora*”,⁴⁸ sendo esta vontade positivadora o referente último e único da interpretação. Nada mais oposto ao nosso jusfilósofo, para o qual, como vimos, o referente último está na ideia de juridicidade, quer dizer, nos princípios jurídicos, nomeadamente a justiça, que subjazem a toda a criação e interpretação jurídicas.

VI. A justiça

As especulações de Baptista Machado sobre a justiça têm como quadro de referência o existencialismo, os fundamentos epistemológicos da ciência jurídica e a crítica ao pensamento de Kelsen.

Antes de mais, comecemos a nossa análise tendo em conta as suas palavras: “*Recorde-se que a ordem jurídica, na sua globalidade, está sob o signo ou sob a postulação vinculante da justiça, à qual vai buscar, em última instância, o primordial suporte da sua pretensão de validade*”.⁴⁹

Salienta o autor que a justiça é um valor que fundamenta o direito, por isso, a lei ou a norma jurídica deve visar o justo. Razão pela qual a justiça não pode ser compreendida separada do mundo da vida, do concreto, uma vez que constitui o

⁴⁸ *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 216. Esta posição do positivismo é fruto do seu voluntarismo radical, pois os positivistas entendem por direito positivo, apenas o comando ou ordem dada pela autoridade legislativa, sendo este comando o dado. Considera o autor que aquilo que o separa dos positivistas é o irrealismo tendo em conta que, para eles o legislador fabrica uma ordem *ex -nihilo* e nesse sentido, é o direito concebido como um produto acabado de um comando voluntário. Para o “positivista, a positivação legal do direito passa de meio a fim: ela é um fim em si mesmo como pura manifestação da vontade”, *Idem, ibidem*, p. 216.

⁴⁹ *Idem*, p. 157.

étimo fundamental que anima todo o ordenamento jurídico. Por conseguinte, sendo o justo o juridicamente vinculante, é à ciência jurídica que compete descobri-lo e concretizá-lo. Haverá de seguir-se nesta linha que o justo se manifesta ao homem através da sua realização singular, significando que determiná-lo, *hic et nunc*, requer “uma consideração dos elementos situacionais concretos”.⁵⁰

Em termos próximos dos de António José Brandão, o nosso autor considera que há um sentimento de justiça, o qual expressando-se como um “sentido originário” nos possibilita “entrar em comunicação” com a comunidade e com o direito positivo. Mas adverte o jusfilósofo que, havendo uma multiplicidade de sentimentos e opiniões, este “*sensus iuridicus*”, por si só, não pode legitimar decisões. Nessa senda, é necessário que tal “*sensus iuridicus*” seja formado racionalmente e deste modo chegamos a um outro “sentir” da justiça, o qual, por ser profundamente reflectido, se torna objectivo e legítimo, sendo aceite e partilhado por uma comunidade. Portanto, nas palavras do autor, “não deixa de existir uma ligação entre o “sentimento jurídico” e um “certo consenso social”, uma articulação entre ele e a estrutura global de sentido da consciência social”.⁵¹

Acrescentamos ainda que é mediante este processo que os princípios do direito, e nomeadamente a justiça, aparecem como transcendentem no horizonte histórico concreto humano. Razão pela qual, a justiça representa um ideal.

Todavia, estas análises põem a questão: como conciliar a noção de justiça formal com a justiça material?

Na senda de Hans Schröder, João Baptista Machado convida-nos a meditar no exemplo da igualdade, um dos elementos essenciais da justiça e, por conseguinte, de todo o jurídico. Perante a igualdade de duas situações dizemos que existe um critério normativo comum. Ora, como já temos notado, o critério

⁵⁰ Baptista Machado, “Do formalismo kelseniano”, p. 190. E, novamente, o nosso jusfilósofo recusa a interpretação de Kelsen e do positivismo jurídico em geral sobre a justiça. Com efeito, Kelsen considera que a justiça não pode ser o fundamento do direito, pois, sendo uma virtude moral, é do domínio subjectivo. Em vista disso, só é possível referirmo-nos ao juridicamente devido de uma forma abstracta, na medida em que o dever ser decorre do encadeamento lógico dos conceitos e das normas do sistema. Assim sendo, a perspectiva de Kelsen perante a justiça é a de que, sendo ela uma virtude moral, não pode ser conhecida de forma objectiva e comum, pelo que não pode constituir fundamento de direito. Razão pela qual, o dever ser jurídico é independente do dever ser moral, embora possa haver coincidência, mas não obrigatoriedade, entre o dever ser jurídico e o dever ser moral. Igualmente discorda da tese jusracionalista segundo a qual, o “justo” seria definido em sentido abstracto sem olhar às circunstâncias concretas.

⁵¹ *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 313.

normativo não pode ser dado segundo uma “estrutura formal”, senão caímos na perspectiva positivista, a qual se rejeita. Este critério normativo comum que é a base da igualdade de duas situações tem de ser capaz de harmonizar-se em paralelo com a concretização da situação de facto. Mas um critério normativo comum (ou estrutura comum) é uma estrutura estratégica, pois tem a possibilidade de se moldar e adaptar ao *dever* contingente dos acontecimentos. Decorre daí que a igualdade material é uma igualdade de função, uma igualdade que se define em relação ao fim a realizar. Ao invés, a igualdade formal é uma igualdade que decorre de proposições normativas gerais, dadas mediante conceitos. Portanto, a sua validade está dependente da concretização de um esquema mundividencial (ideal normativo) nas situações históricas concretas.

Duas consequências fluem desta exposição: por um lado, se uma determinada estratégia não é eficaz, temos de alterar os seus conceitos operadores; por outro lado, a igualdade normativa é axiológica, é consequência de uma vontade espiritual e não de uma estrutura lógica.

Sendo os conceitos jurídicos instrumentos que possibilitam ao legislador e ao intérprete a concretização de uma intencionalidade mundividencial, então a igualdade jurídica normativa (igualdade materialmente jurídica) manifesta-se como o produto de uma integração orgânica das situações da vida na unidade de intencionalidade normativa de um ordenamento.

Por outras palavras, a justiça formal é o ideal normativo que possibilita a realização de certa mundividência. Ao aplicar a norma de carácter geral na situação concreta e não olvidando o que é específico (aleatório à justiça formal) do caso, estamos a realizar a justiça material. Precisamente, a justiça normativa é a síntese dessa visão mundividencial (justiça formal) e do real concreto (justiça material). Consequentemente, é possível uma harmonia entre a igualdade formal e a igualdade material

Por último, ocorre lembrar as relações da justiça com os outros valores jurídicos. Dentro desta orientação merece particular destaque visar o valor jurídico da segurança. Esta é, com efeito, um valor essencial do direito, pois é um dos seus fins. Diz-nos o pensador: “A segurança é, pois, uma das exigências feitas ao direito pelo que, em última análise, representa também uma tarefa ou missão contida na própria ideia de direito”.⁵²

Por conseguinte, há uma relação de grande proximidade entre a justiça e a segurança; relação de tensão dialéctica, pois nem sempre é pacífica. Nesta relação a justiça representa um ideal superior, uma vez que a segurança, estando

⁵² *Baptista Machado, Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 55

mais directamente ligada à utilidade e às necessidades práticas da vida, se entende como um valor de escalão inferior.

Com efeito, em alguns casos pode a praticabilidade do direito conduzir a que o valor segurança prevaleça sobre o valor justiça. Esta afirmação tem na sua base a verificação do princípio segundo o qual “as realidades ou valores de escalão inferior na estrutura ôntica do mundo têm um maior peso que as realidades ou valores de escalão superior, por serem aqueles o necessário suporte destes”.⁵³ Todavia, uma segurança sem justiça representa uma pura situação de força. O nosso autor dá como exemplo o estabelecimento de uma ordem pelo terror; de outra banda, uma justiça apenas ideal é pura intencionalidade e, não sendo reforçada pela segurança, não tem eficácia, tornando-se pura vacuidade.

Em última análise, a justiça e a segurança jurídica devem interligar-se, pois a paz social deve ser produto de justiça. Na verdade, só há paz se houver justiça, sendo a segurança o seu meio da sua realização.

Pax est Iustitia, a “paz será a obra da justiça”.⁵⁴

⁵³ *Idem*, p. 56

⁵⁴ Santo António, *Obras Completas*, “Sermão do Terceiro Domingo do Advento”, Introdução e tradução de Henrique Pinto Rema, vol. II, Porto: Lello & Irmão Ed, 1987, p. 475.

ismat



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

