

VALIDADE COMUNITÁRIA E CONTEXTOS DE REALIZAÇÃO

ANOTAÇÕES EM ESPELHO SOBRE A CONCEPÇÃO JURISPRUDENCIALISTA DO SISTEMA

JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES

Começo pelo *subtítulo*: anotações em espelho. Que anuncia a brevidade das reflexões que se seguem... mas que sobretudo se propõe protegê-las com o «ar de família» de uma pretensão *aforística*.

Protegê-las em que sentido? Não decerto para as aproximar-(re)unir invocando traços discursivos partilhados — muito menos ainda para as referir à inteligibilidade canónica de um *jogo de linguagem* (ou de um *regime de frases*) auto-subsistente (que nelas de alguma forma se exercitasse) —, antes e em contrapartida para justificar (legitimar) a discrição dos «momentos»-partículas que as sustentam... ou a aparência de descontinuidade que a sua justaposição sugere... e estas no seu contraponto constitutivo com a compreensão do direito e do pensamento jurídico a que se dirigem: uma compreensão esta última que pressupõem (de cujo fôlego integrante se alimentam) — uma compreensão que assim mesmo se abstêm de reconstituir, que antes *reflectem* (*citam* ou *acentuam*) *por fragmentos*, se não por *flashes*! Neste sentido... *anotações*!

Também anotações *em espelho*? Ousaria dizer que sim! Muito simplesmente para sugerir que os fragmentos-*citações* assim justapostos se organizam (se *renovam*) renunciando ao suporte de um desenvolvimento orgânico: enquanto logram repetir-se, mais ou menos simetricamente, em torno de um eixo vertical... ou enquanto reconhecem neste eixo um património-herança auto-referencialmente assimilado...

Como se o estímulo reflexivo para os fragmentos *a construir* nos remetesse para as *viragens* discursivas experimentadas pela Viena das primeiras décadas do século XX (!), devendo no entanto procurar-se menos em WITTGENSTEIN do que em SCHÖNBERG: menos na *maniera grande* (discursivamente inimitável) das anotações-*Bemerkungen* oferecidas pelo primeiro (enquanto alimentam uma fecundíssima *Gegenphilosophie*) do que no «common ground» (pluralmente partilhado) que o *atonalismo* pré-serial, explorado numa *certa* etapa pelo segundo (ao assumir ele próprio a contenção de um

discurso *aforístico*), tem sabido permanentemente abrir à invenção musical (e não apenas àquela que assumiu ou radicalizou *naturalmente* a sua herança)¹.

Anotações em espelho, então! Só que também e ainda... anotações em espelho sobre a concepção *jurisprudencialista* do sistema. Especificação decisiva esta decerto porque, convocando explicitamente a proposta de CASTANHEIRA NEVES — reconhecendo nela a concepção do direito e o modelo específico de pensamento jurídico *pressupostos* (*citados, se não reflectidos*) pelas presentes anotações —, nos restitui ao núcleo deste nosso encontro e à conversação responsável que este nos incita a prosseguir². Anotações... sobre a concepção jurisprudencialista do *sistema*? Certamente. É que não se trata apenas de mobilizar uma concepção do direito ou um modelo de pensamento jurídico *entre outros possíveis* — e de os mobilizar aforisticamente (omitindo os processos de desenvolvimento exigíveis³) —, trata-se também de *apostar* na possibilidade de uma recuperação fundadora — uma recuperação que, assumindo os desafios da nossa circunstância, possa reconhecer no direito um mundo prático autónomo, na mesma medida em que reassume o seu *originarium*⁴ ou reinventa a sua perdida «claridade matinal»⁵. Tratando-se ainda e por

¹ O que me autoriza a invocar um universo (semântica e pragmaticamente inconfundível) de *relações de vizinhança*... mas também a reconhecer as *afinidades* das designações-divisas que o iluminam: *aforismos, fragmentos, bagatelas*... muito especialmente *notações, anotações, conotações, denotações*... Designações que se repetem (e que se homenageiam em cadeia)? Certamente. Mas que também circulam e se transformam. De Webern a Boulez, de Berg a Derek Johnson, de Schostakowitch a Schnittke, de Copland a Lopes Graça (sem esquecer José Eduardo Rocha).

² O *Encontro (sobre temas) de Filosofia do Direito* (em Homenagem ao Senhor Doutor Castanheira Neves) realizado na Universidade Lusófona do Porto no dia 5 de Novembro de 2009.

³ Propus alguns dos percursos possíveis deste desenvolvimento (nomeadamente aqueles que enfrentam directamente os problemas da reabilitação da filosofia prática e do regresso da comunidade) em «Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?», in Nuno Santos Coelho, António Sá da Silva (ed.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor Antonio Castanheira Neves*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, pp. 101-170, passim, texto do qual me socorrerei abundantemente na parte II do presente ensaio.

⁴ Ver muito especialmente Castanheira Neves, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 146-147, «Uma reflexão filosófica sobre o direito — “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?», *Digesta*, vol. 3º, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 93-94 e «Pensar o direito num tempo de perplexidade», in João Lopes Alves et al., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário. Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 4-5 (1.2. «Uma *Ursituation* e os problemas implicados»).

fim de acentuar a plausibilidade-pontualidade (se não urgência) desta recuperação fundadora... *concentrada* na categoria de inteligibilidade *sistema jurídico*. Ou mais rigorosamente, de chamar a atenção para o modo como a *citada* compreensão *jurisprudencialista* — ao submeter a categoria de inteligibilidade *sistema* (e a experiência de institucionalização que lhe corresponde) a uma reconstrução reflexiva inconfundível — nos autoriza a enfrentar na perspectiva do *direito* (e a partir dos traços estruturais que o diferenciam ou da abordagem *interna* que estes sustentam) algumas das preocupações recorrentes do discurso prático do nosso tempo.

I

Que preocupações? Preocupações decerto distintas... e a habitarem palcos diversos, na mesma medida em que mobilizam contextos de significação heterogêneos. Preocupações que nem por isso deixam de invocar um problema condutor ou de encontrar na repetição deste (e no paradoxo *existencial* que o sustenta) uma correlatividade possível. Que preocupações aquelas [1.]? E que problema este? [2.]

1. Começemos por identificar as primeiras, socorrendo-nos de alguns dos seus intérpretes mais eloquentes... mas sobretudo descobrindo os palcos que tais intérpretes (impondo *desenhos de luzes* muitas vezes conflitantes!) nos incitam a frequentar. Palcos que diríamos justificados como instâncias de representação-experiência de uma circunstância prático-cultural irrepitível ou do *abalo* que esta nos provoca. Só que então também habitados por tensões paradoxais... ou pelas *oposições em ninho* que as reproduzem.

1.1. Sendo o primeiro palco precisamente aquele que (iluminado por JASPERS... mas também por LYOTARD e por WELSCH... se não por DERRIDA e por BALKIN) faz reconduzir esse «abalo» (essa *hora* de «abalo») — e o *pathos* de «perdição» e de «autocriação» (se não já de exigência de «comunicação entre os homens») que o seu diagnóstico desencadeia⁶ — a uma tensão irredutível entre *pluralidade* e unidade, entre

⁵ Para o dizermos socorrendo-nos de uma conhecida formulação de Georges Steiner (sendo certo que o autor de *The Idea of Europe* não se refere aqui à *invenção* romana do direito... mas ao «pensamento grego» e à «moral judaica»): *The Idea of Europe*, cit. na trad. portuguesa *A ideia da Europa*, Lisboa, Gradiva, ³2006, p. 53.

⁶ Jaspers, *Einführung in die Philosophie*, cit. na trad. portuguesa *Iniciação filosófica*, 6ª ed., Guimarães Editores, Lisboa, pp. 25-27.

pretensões de pluralidade discursiva e de unidade intencional, de radicalização hermética da *diferença* e de renovação dos compromissos de *identidade*. Tensão ou tensões estas que só nos atingem (e só se tornam enquanto tal experimentáveis) se levarmos a sério uma *situação-limite*.

Ora uma situação-limite de interpenetração e de incorporação recíprocas, se não mesmo já de «oposição em ninho» (*a nested opposition is a conceptual opposition where the opposed terms «contain each other»*)⁷. Uma situação na qual o sofrimento-solidão provocado pela fragmentação e pela incomensurabilidade — eventualmente também pelo abismo sedutor de uma discursividade *em degraus*, infinitamente prosseguida (e pela vertigem de incomunicabilidade que esta agrava) — se torne indissociável da procura de uma «intercompreensão na existência»⁸ (de uma exigência de comunicação que não seja apenas de «entendimento para entendimento» ou de «espírito para espírito»... mas de «existência para existência»⁹). Ou se quisermos, uma situação-limite na qual a celebração (-consagração) prescritivamente *feliz* da pluralidade (por uma vez livre da nostalgia da unidade perdida) se deixe permanentemente (mas nem por isso menos paradoxalmente!) ferir pela urgência de uma cooperação (material!) entre experiências e formas racionais¹⁰. Uma situação-limite que — já mergulhando no universo específico do direito — nos autorize a mobilizar a vocação integradora da *intenção à validade* (e a força condutora da sua perspectiva normativa) na mesma medida em que reconhecemos que as resistências à univocidade de uma coordenação material se tornaram dimensão constitutiva tanto das práticas de realização juridicamente relevantes quanto das práticas que *exteriormente* as condicionam. *Pluralidade versus unidade*.

⁷ Estamos evidentemente a mobilizar Balkin, «Nested Oppositions», *Yale Law Journal*, vol. 99, 1990, pp. 1669 e ss.

⁸ A expressão (convocada embora explicitamente a propósito de Habermas) é de Castanheira Neves, «Uma reflexão filosófica sobre o direito — “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?», *Digesta*, vol 3º, cit., p. 90.

⁹ Jaspers, *ob cit.*, p. 26.

¹⁰ No sentido do processo de «cooperação material» entre «formas vitais» que a *transversale Vernunft* (*Vernunft als transversale Vernunft, Vernunft als Dimension der materiale Übergänge*) de Welsch nos incita a descobrir: ver exemplarmente *Unsere postmoderne Moderne* (1987), Weinheim, Acta Humaniora, ³1991, pp. 315-318 («Transversale Vernunft und postmoderne Lebensform»).

1.2. Ora é a uma outra tensão (complementar da primeira!) que o segundo palco nos expõe. Porque acentua a intenção transaccional das pretensões normativas e a estabilidade institucionalizadora dos seus *Dogmata* e da argumentação *finita* que estes constroem — numa relação constitutiva imediata com a urgência prática das decisões —, reconhecendo simultaneamente que a possibilidade de identificar em pleno tais pretensões normativas e de assumir os sentidos que estas manifestam (ou os compromissos ou *projectos-de-Ser* a que nos vinculam) passa hoje inevitavelmente por uma argumentação *aberta* e pela dinâmica de *transformação* em que esta se inscreve — eventualmente pela exigência de responsabilizar as pretensões em causa (ou pelo menos a experiência de pensamento que reflexivamente as intensifica) pela procura (*metadogmática* ou *transdogmática*) de um sentido *crítico* (se não mesmo pela institucionalização de uma *instância de validade*)¹¹.

Exposta nestes termos — enquanto invoca uma inter-relação irreduzível —, esta tensão entre teias argumentativas *fechadas* e *abertas*, *finitas* e *infinitas*, *estáveis* e *flexíveis* está longe decerto já de poder corresponder ao contraponto *dogmático* / *zetético*.

Ainda que se tratasse de renovar-redesenhar um tal contraponto *ouvindo* VIEHWEG. Ora ouvindo VIEHWEG... não tanto porventura para reconhecer que a reflexão filosófica de que hoje precisamos corresponde às intenções correctivas de uma *zetética* (*eine fachfreie Zetetik*)... quanto para acentuar a circulação permanente das significações envolvidas — a «mutação» estrutural dos *Zetemata* em *Dogmata*... e dos *Dogmata* em *Zetemata* (indissociada da conversão funcional dos pensamentos que os assumem)¹².

Outro é o sentido que distingue esta tensão: precisamente aquele que Joseph SINGER testemunha... ao invocar a condição (aparentemente «paradoxal») de uma

¹¹ Para uma consideração da dimensão dogmática da normatividade jurídica, ver desde já Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)», *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, volume 2º, pp. 140-145 («A coordenada dogmática»)

¹² Com um alcance que poderia ser reconstituído conjugando as lições de «Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung», «Ideologie und Rechtsdogmatik», «Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung», «Some Considerations Concerning Legal Reasoning», «Über die Zukunft der Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung», «Rechtsdogmatik und Rechtszetetik bei Jhering» e «Notizen zu einer rhetorischen Argumentationstheorie der Rechtsdisziplin», ensaios de resto todos eles agora disponíveis em Viehweg, *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, passim.

*normatividade crítica*¹³. Que condição? Aquela que vincula a experiência de uma normatividade *autónoma* — e a possibilidade de reconhecer-identificar a especificidade prático-cultural da sua *auctoritas* — à provação-exigência de um discurso *crítico* — e à auto-suspensão que este institucionaliza.

Condição só *aparentemente* paradoxal decerto, porque o que aqui se pede a um tal discurso e a uma tal suspensão não é evidentemente que enfraqueçam (mais ou menos insidiosamente) a normatividade pressuposta: é antes, e em contrapartida, que a sustentem ou mantenham na sua inteligibilidade dogmática ou na validade que lhe corresponde. (*Critical thinking does not undermine normativity; rather, it supports it*¹⁴; (...) *we need both human commitments and open minds; what we seek are normative claims that are strong but contestable*¹⁵).

Se quisermos (num plano de especificação que nos distancia já da resposta de SINGER), aquela condição que faz depender a força integradora e a identidade vinculante de um horizonte normativo — a possibilidade de levarmos a sério os referentes valorativos e os compromissos práticos (mas também as pretensões-juízos de validade) que o distinguem — de uma exigência de interrogação radical (capaz de correr todos os riscos). Uma interrogação que, renunciando à inteligibilidade de um horizonte indisponível, enfrente o problema da *historicidade* prático-cultural dos fundamentos envolvidos? Importa acrescentar. Sem esquecer que este problema é também o da *subjectividade intencional* que cria tais fundamentos (ou que por eles se responsabiliza)... como é ainda (e muito significativamente) o da experiência de autodisponibilidade comunitária que os torna possíveis (se não já expressamente o da dinâmica e o dos limites desta experiência)¹⁶...

Acentuação esta última que, ao associar a inevitabilidade de uma condição de *normatividade crítica* — ou pelo menos a necessidade-urgência de a reconhecer e de a exprimir — à nossa circunstância (e à sua hora de *abalo*), nos permite simultaneamente superar o seu *paradoxo* (ou a sua *aparência* de paradoxo). Mostrando-nos que o problema que está em causa é antes de mais o dos *valores* (e dos *princípios*) num tempo

¹³ Ver muito especialmente Joseph William Singer, «Critical Normativity», *Law and Critique*, volume 20 n° 1, 2009, pp. 27 e ss.

¹⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵ *Ibidem*, p. 42.

¹⁶ Ver textos citados *supra*, nota 4.

de *fins*: entenda-se, o problema que uma ordem de validade enfrenta (ao pretender assumir-se *qua tale*) numa circunstância que, sendo marcada por uma representação-experiência de fins-interesses pretensamente equivalentes ou comensuráveis (pela hipertrofia da *Zweckrationalität*, se não pelo triunfo, selectivo embora, dos «argumentos de BENTHAM»¹⁷), não é menos implacavelmente exposta aos fluxos extremos da *diferenciação radical* e da *indiferença hipertélica* (e ao *relativismo* em que, não obstante as suas polaridades contrárias, estes confluem).

O problema dos *valores* numa circunstância que insiste em submeter a normatividade a uma assimilação homogeneizadora? Importa dizê-lo (de novo com a ajuda das formulações de SINGER, mas agora também com as de MACINTYRE). *Por um lado* para perceber que a assimilação a denunciar se nos expõe vinculada ao projecto da *societas* moderna — ou pelo menos determinada pelas hipertrofias e desequilíbrios colonizadores que este projecto tem consentido (que até hoje não pôde ou não soube evitar). O que significa muito simplesmente reconhecer que tal assimilação (independentemente do plano em que nos fere ou do mundo prático a que diz respeito) se cumpre reduzindo as pretensões normativas e as «proposições» correspondentes a puras «expressões de preferência» (*skeptics argue that statements about right or wrong are merely expressions of preferences*¹⁸)...

Ou mais rigorosamente, que a dita assimilação se cumpre admitindo que os valores, princípios e critérios — e as narrativas que no-los tornam inteligíveis, mas também as decisões e os juízos (avaliativos e normativos) que os convocam (e que pretendem realizá-los) — sejam tratados como outras tantas *perspectivas*, *pontos de vista* ou *opções* (se não também já *fins* e *efeitos*) socialmente permitidos — e de tal modo que as afirmações-asserções que traduzem estas perspectivas nos apareçam reconduzidas à auto-suficiência (incomunicável) das *atitudes* e dos *sentimentos* que exprimem. *What is permitted in that arena are the expression of preferences, either the preferences of individuals or the preference of groups, the latter being understood as the preferences of the individuals who make up those groups, summed in same way or another*¹⁹.

¹⁷MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, London, Duckworth, 1988, p. 353 («the Enlightenment invoked the arguments of Kant or Bentham...»).

¹⁸Singer, «Critical Normativity», cit., p. 27.

¹⁹MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, cit., p. 336.

Por outro lado para reconhecer a inevitabilidade de uma perspectiva crítica *interna*: uma perspectiva que, para resistir (e reagir!) àquela homogeneização *detersiva* (para defender concludentemente que os «valores» não são «preferências»²⁰), há-de desenvolver-se sempre *no limite* — sob o fogo de ameaças permanentes! —, na mesma medida em que assume uma auto-reflexão explícita (incorporada na *praxis* normativamente relevante) ... — uma auto-reflexão que se mostre assim em condições de tematizar aqueles limites e estas ameaças...

O que significa levar a sério uma *perspectiva de participante*: resistir numa das frentes decerto às ameaças plurais da *perspectiva do espectador* — também àquelas que, na fronteira de uma imanência reflexiva, submetem a moralidade e a juridicidade relevantes (*as self-serving justifications*) a uma explícita «analítica do poder» (*the first danger of critical thinking is to view the world as an observer rather than as a participant*)— ... resistindo simultaneamente, numa outra frente, às seduções de um discurso de alteridade radical e ao relativismo que este propicia (*a second danger is that we may refuse to judge the claims of others (...) because we believe that it is wrong to impose our views to others*)²¹ ...

Pressuposição dogmática versus auto-reflexão crítica. Eis pois a tensão que domina o segundo palco. Uma tensão que, como acabámos de reconhecer, nos concentra muito especialmente no problema da *crítica interna* e das exigências e limites que a determinam — se não mesmo no do confronto entre diversos horizontes e possibilidades reflexivas (umas mais arriscadas do que as outras... ou pelo menos feridas por riscos distintos). Uma tensão que, tal como a primeira, se desenvolve como uma *oposição em ninho*? Parece-me indispensável repeti-lo. Menos no entanto para sustentar uma conclusão... do que para impor um salto. O que aqui e agora significa reconhecer que a especificação de uma tal oposição (e da sua inter-relação constitutiva) há-de cumprir-se voltando atrás (envolvendo também o contraponto *unidade / pluralidade*)... e então e assim esboçando uma deslocação ou uma reconversão fecunda (superadora dos diversos paradoxos diagnosticados). Uma reconversão que enfrente em

²⁰ «Values are not the same of mere preferences, because they entail demands we feel entitled to make of each other, after critical reflection. (...) [C]laims are different from preferences because they constitute moral demands directed to others. The claim that we should not engage in torture is not merely a statement of preference...» (Singer, «Critical Normativity», cit., pp. 27, 28)

²¹ *Ibidem*, pp. 32 e ss.

bloco as polaridades e tensões imputadas à institucionalização do mundo prático (e ao pensamento que o assume)? Parece indispensável. Em que termos porém? Invocando certamente uma outra distribuição plausível e outras máscaras aglutinadoras... e introduzindo com estas uma alteração significativa dos problemas (ou das perguntas que os constroem). O que precisamente nos obriga a saltar para um terceiro palco.

1.3. Pelo terceiro palco passam, na verdade, dois confrontos paralelos. Paralelos e inconfundíveis (com outras tantas distribuições).

1.3.1. Tratando-se por um lado de mobilizar o contraponto *societas / communitas*. Um contraponto que nos remete decerto para a «distribuição» consagrada por TÖNNIES, mas que nos remete sobretudo para o debate plural que as *teorias* (políticas) *da justiça* autonomizaram (e que hoje se nos tornou implacavelmente presente). Tratando-se de resto aqui e agora menos de convocar os interlocutores deste debate (e as «soluções» *individualistas* e *comunitaristas* que os seus tempos específicos nos permitem reconhecer) do que de submeter as representações internas da *prática* a uma organização-demarkação justificada por exigências e por recursos de integração (mas também por *tipos de racionalidade*) inconfundíveis — precisamente aqueles que os referidos pólos justificam (ou atraem). Como se se tratasse afinal de estabelecer-desenhar um contraponto entre dois projectos *culturais* inconfundíveis, os quais, correspondendo a dois modos de determinação da identidade colectiva, pudessem representar também afinal duas faces típicas (irreduzíveis) de um certo *teleological turn* ou da compreensão que este hoje nos exige (se não duas tentativas de responder à circunstância presente ou de enfrentar o pluralismo e a *différance* que nela «circulam»).

De tal modo que o projecto da *societas* seja aquele que, permanecendo fiel à narrativa de uma criação *ex nihilo* e ao homem *desvinculado* («independente de toda e qualquer tradição»²²) que por ela se responsabiliza — se não mesmo ao *status naturalis* e (ou) à *original position* (*universalmente* representados) que a tornam possível —, nos incita a descobrir na *emancipação lograda dos interesses* e na equivalência (ou mesmo na comensurabilidade quantitativa) dos fins— mas também na redução dos referentes (e

²² «[The] project of founding a form of social order in which individuals could emancipate themselves from the contingency and particularity of tradition by appealing to genuinely universal, tradition-independent norms was and is not only, and not principally, a project of philosophers. It was and is the project of modern liberal, individualist society...» (MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?*, London, Duckworth, 1988, p. 335)

dos critérios) *materiais* a um acervo de *afirmações de preferência* (subjectivamente experimentadas) — as coordenadas decisivas do seu *problema* (e da *ordem* que o assimila)²³. Mas então também aquele que, ao encontrar no eixo da *episteme-techné* (depois também *techné-episteme*) e nas «inferências» que este legitima o reservatório-círculo dos procedimentos metódicos permitidos, responsabiliza as abstracções condutoras da *ratio-voluntas* e dos interesses emancipados — se não já a herança da *reine praktische Vernunft* e as diversas reformulações do *principle of utility* (os «argumentos» de KANT e os «argumentos» de BENTHAM)²⁴ — por uma tensão constitutiva irreduzível e um pluralismo interno ineliminável, precipitados em outros tantos modelos de equilíbrio. Na mesma medida enfim em que encontra a *resposta* instituinte (capaz de hierarquizar aqueles interesses, fins ou preferências) num processo-modelo de *decisão* — e no artefacto sócio-político que legitima colectivamente esta decisão (e a cadeia de decisões em que esta se integra).

Para que o projecto da *communitas* abra a nossa experiência (e as nossas possibilidades de *practical deliberation*) à consideração de um horizonte de integração (justificado pela referência a responsabilidades e compromissos práticos *partilhados*), na mesma medida em que defende (e explora) um dualismo insuperável entre *objectivos* e *bens* (*subjective goals v. human goods*) ou entre *fins* e *valores* — na medida pelo menos em que revela a importância de *fins* incomensuráveis, cada um deles prosseguido como um *fim em si mesmo* e a exigir enquanto tal um acervo de especificações plausíveis (*non-commensurable (...) qualitatively distinct and separate (...) ultimate ends, [each one pursued] for its own sake*)²⁵²⁶.

1.3.2. Tratando-se por outro lado de mobilizar o contraponto *juridicidade / moralidade...* e de permitir que as tensões *unidade/ pluralidade* e *dogmático / crítico* —

²³ «[N]unca até então os interesses, na sua radical expressão económica, se tinham reconhecido como autónoma dimensão humana — ou melhor, como dimensão humana socialmente autónoma...» (Castanheira Neves, «A imagem do homem no universo prático», *Digesta – escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, volume 1º, pp. 327-328)

²⁴Ver *supra*, nota 17.

²⁵ Nussbaum, «Virtue Ethics: A Misleading Category?», *The Journal of Ethics*, vol. 3, 1999, pp.179-188 («The Anti-Utilitarians; Expanding Reason's Domain»). As formulações citadas no texto encontram-se nas pp.182-183.

²⁶ Para um desenvolvimento desta perspectiva da *communitas* e do espectro de possibilidades que lhe correspondem, ver o meu «Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?», cit., pp. 120-146.

não certamente por acaso associadas às (se não determinadas pelas) tensões *real / ideal*, *particular / universal* — sejam assimiladas e depois drasticamente convertidas (no limite também empobrecidas na sua heterogeneidade) por estas novas máscaras e pela especificação-concentração que elas impõem.

Um contraponto que o debate anglo-saxónico em torno do positivismo tornou hoje implacavelmente presente... e que assim mesmo permanece prisioneiro das interrogações (e das vinculações estruturantes) que o «middle way» consagrado por HART lhe impôs... na mesma medida em que nos atinge com um espectro bem conhecido de possibilidades — possibilidades que se distribuem pelos pólos «positivismo» / «não positivismo», na mesma medida em que admitem versões *exclusivas*, *inclusivas* e *incorporacionistas* de «positivismo» e versões *exclusivas*, *inclusivas* e *super-inclusivas* de «não-positivismo»²⁷.

Como se a oportunidade-exigência de pensar o «direito como aspiração» (*as the embodiment of an elevated aspiration*) ou de o problematizar a partir da sua dimensão (dita) *ideal* (*in the definition of law (...), the ideal dimension finds its expression in the element of moral correctness*) — para o dizermos respectivamente com SIMMONDS²⁸ e com ALEXY²⁹ — implicasse *paradoxalmente* abandonar uma perspectiva *jurídica* para assumir as possibilidades crítico-reflexivas de uma perspectiva *moral*. Ou mais rigorosamente, como se a pergunta dirigida à relevância de um *momento de validade* no direito (independentemente da resposta positiva ou negativa que lhe venha a ser dada) nos obrigasse a identificar a *juridicidade* com o contexto (se não correlato) de uma prática de decisões contingentes (e com o regulativo coercitivamente eficaz que esta institucionaliza), ficando a recusa ou a atribuição-*integração* de exigências de sentido (que possam impor limites de validade às decisões deste regulativo) dependentes da relevância (respectivamente negativa e positiva) de uma *perspectiva moral* (e da institucionalização que esta estiver em condições de oferecer).

²⁷ Ver exemplarmente Alexy, «The Dual Nature of Law», *IVR 24th World Congress's Papers (Plenary Sessions)*, Beijing 15-20 September 2009 («Global Harmony and Rule of Law»), pp. 267-270, mas também Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford University Thesis, 2001, pp.103 e ss. («Inclusive Legal Positivism») and Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, 2004, pp. 2 e ss. («Inclusivism, Incorporationism, and Exclusivism»).

²⁸ Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, 2007, pp. 37 e ss. («Law as Instrument and as Aspiration»).

²⁹ Alexy, «The Dual Nature of Law», cit., p. 271.

Articulação *paradoxal* esta? Importa dizê-lo. Ora paradoxal menos porventura pelas categorias de inteligibilidade que, na sua procura de um *estatuto moral* para o direito, se vê constringida a mobilizar — a começar pela de *direitos morais* (se não pela de *direitos humanos* como *direitos morais universais*)... e a acabar na das *leis moralmente defeituosas!* —... do que pela redução aproblemática que — independentemente da solução de *separação* ou de *inclusão* que em último termo venha a defender ou a consagrar — impõe ao interlocutor *direito* e à relevância (positiva ou negativa) do seu momento de validade (ou deste como *ideia intrinsecamente moral*)³⁰.

2. Identificadas as preocupações em causa (e alguns dos seus intérpretes), não será difícil reconhecer o problema condutor e o seu anunciado paradoxo. Problema que é evidentemente o do *mundo prático* na experiência do tempo e (ou) indissociavelmente (ou mesmo circularmente) o do pensamento que o leva a sério

O problema do *mundo prático*, entenda-se, o do horizonte dos sentidos culturais mobilizado e construído pela *praxis*... por uma *praxis* que, sendo nuclearmente *energeia* — porque estabelece um parentesco constitutivo com as coisas que mudam... mas sobretudo porque se nos expõe indissociável das acções e dos juízos em que se consuma —, só se nos revela *intencionalmente* (só se especifica como interacção humanamente significativa) ao assumir-realizar esse horizonte ou o contexto-*ordinans* que lhe corresponde — um contexto assim mesmo inevitavelmente limitado e aberto, disponível e indisponível (ou com diversos degraus de *autodisponibilidade*).

Também (e circularmente) o do pensamento que leva a sério este mundo? Importa ainda acentuá-lo. E acentuá-lo insistindo no desafio de um discurso integral e auto-subsistentemente *problemático* (em cujo território o problema não se dilua como «momento» do processo reflexivo ou deliberativo, antes nos atinja como *prius* metódico

³⁰ Redução que não é estranha à herança de Hart (tão estruturantemente presente nas teses da *separação* como nas da *inclusão* ou *incorporação*)... e que assim mesmo nos condena a reconduzir o debate *positivismo/não positivismo* a um problema de determinação categorial (como tal *universal* ou *aculturalmente* prosseguido). Como se se tratasse afinal de querer saber se o *conceito de direito* exclui ou inclui *necessariamente* componentes morais (e que componentes morais) ... ou se está antes apenas em condições de *convencionalmente* as incluir ou excluir. Porventura para perguntar se todos os sistemas de direito possíveis incorporam exigências morais nos seus critérios de reconhecimento (*law-ascertaining criteria*) ou se pelo contrário tais exigências (e as experiências-*tests* que estas alimentam) são antes de descobrir como traços-*features* contingentes (não inerentes ao *conceito de direito*). Porventura ainda para discutir se todo e qualquer *defeito moral* de uma norma legal (enquanto prescrição autoritária de uma solução injusta) põe (e até que ponto é que põe) em causa a validade jurídica dessa norma...

ou perspectiva-*visée*). Mas então um discurso que se nos ofereça como teia-contraponto e como dinâmica de *logoi* sem deixar de nos ferir como resolução antecipante (*vorlaufende Entschlossenheit*³¹) — na mesma medida em que exige a analítica plena (e eventualmente também a *interpretação existencial*) que, ao convocar esta resolução, possa explícita ou implicitamente experimentar a compreensão-*Verstehen* como o «modo fundamental» ou originário (*Grundart*) do *ser-com-os-outros*³². O que não é senão invocar o *logos* dialéctico no seu vínculo originário (entretanto perdido) com a controvérsia... e então e assim reconhecer que a reflexão correspondente (por uma vez livre da *théoretiké dianoia*) nos atinge como o discurso por excelência do *mundo-da-vida* (*Lebenswelt*)³³. Acentuações decerto distintas estas (cumpridas com a ajuda respectivamente de HEIDEGGER e de BUBNER)... e que no entanto convergem para nos permitir reconhecer que, se o ciclo moderno-iluminista interrompeu (mais ou menos drasticamente) o curso principal de autonomização da *praxis-prattein* aberto pela «secularização» aristotélica, a possibilidade-urgência de retomar esse curso (ou de engrossar alguns dos seus fluxos subterrâneos) cumpre-se hoje — tem vindo a cumprir-se desde a segunda metade do século XX! — como uma oportunidade única de desafiar-recusar o domínio do teorético.

Decerto do *teorético especulativo* que fora alimentado pela virtude intelectual da *sophia* (e pela institucionalização pré-moderna da conexão *telos / êthos*) — aquele que

³¹ Heidegger, *Sein und Zeit*, 18ª edição (reimpressão da 15ª), Max Niemeyer Verlag Tübingen, 2001, p. 310.

³² Tendo presente que se trata assim de experimentar a compreensão-*Verstehen* como modo fundamental (*Grundart*) do ser do *Dasein* e de muito especialmente confirmar que este ser se constitui (circularmente) como pré-ocupação ou cuidado. Experimentação-confirmação que nos basta para conferir a esta analítica da resolução antecipante (*vorlaufende Entschlossenheit*) e ao *vollen Blick* que esta está em condições de nos proporcionar (*als vollen Blick auf das zirkelhafte Sein des Daseins*) o sentido de uma autêntica *interpretação existencial* — aquela que poderá explicitar a temporalidade do *Dasein* e do seu poder-ser (no mundo) como totalidade (enquanto ser-todo originário do *Dasein*) construindo (abrindo) uma compreensão do tempo *ontológico* (*die Zeitlichkeit als der ontologische Sinn der Sorge*) [*Ibidem*, pp. 310, 315 e ss., 323-331 (§ 65)]

³³ O que, segundo Bubner, significa libertar o discurso dialéctico da *colonização* que lhe foi imposta pela *episteme* moderna (e do discurso do método ou das pretensões de racionalidade *aprioristicamente* concebidas que o quiseram aprisionar)... para assim mesmo (também regressando a Aristóteles) renovar (reinventar) o compromisso com uma *dialéctica enquanto tópica* (*Die Dialektik in ihrer topischen Gestalt tut nichts anderes als die lebensweltlich begründete Rationalität auf den Begriff zu bringen, ohne damit wissenschaftliche Verfassungsweisungen zu imitieren*) [Bubner, *Dialektik als Topik. Bausteine zu einer lebensweltlichen Theorie der Rationalität*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990, p. 7; para um desenvolvimento, ver pp. 79-87 («Dialektik und Topik»)]

«neutralizava» as *coisas da prática* como objectos. Mas também do *teorético científico* justificado pela hipertrofia da *episteme*... e pela sua apropriação irreversível da *technê* — hipertrofia aquela e apropriação esta (diria HEIDEGGER!) consumadas, se não convertidas em *metafísica*, pela experiência da modernidade. Sem esquecer por fim aquele outro *teorético filosófico* que, ao dizer-se *dialéctica* ou ao obrigar esta a esquecer a sua «proveniência»-*Herkunft* e a romper assim o vínculo constitutivo com a tópica (para invocarmos o diagnóstico de BUBNER!), se apropriou da História para a dizer *racional* e se pré-determinar como *método* ou *discurso do método*.

Oportunidade que é assim a de construir um discurso ou um pensamento integral e auto-subsistentemente práticos. Um pensamento «de imanência constitutiva» (digámo-lo já com CASTANHEIRA NEVES) que, ao expor-se-nos como «filosofia prática», possa, numa intenção «comprometidamente “ascritiva” ou normativa» corresponder a uma «reflexão crítica» (imane) sobre os «momentos fundamentantes, regulativos e constitutivos da *praxis*», na mesma medida em que, explícita ou implicitamente, reconhece que o núcleo dessa reflexão imane (na autocompreensão e na autodeterminação que esta mobiliza ou na autotranscendência que leva a sério) convoca como problema maior o da *validade* dessa prática: o de uma validade que, sem poder contar com uma pré-determinação auto-subsistente das suas significações normativas, se mostre no entanto em condições de superar a singularidade aleatória e a contingência³⁴.

Problema este — o da *autotranscendentalidade* prático-cultural do mundo e do pensamento práticos — que pudemos ir reconhecendo sob diversas máscaras ao longo do nosso percurso... e nos diversos palcos que este nos obrigou a surpreender. Bastando-nos agora ter presente uma espécie de dinâmica integradora... e as conversões (especificações) a que esta se entrega...

Para concluir desde logo que a primeira das oposições invocadas — ao assumir as tensões *unidade/ pluralidade* [I, 1.1.] — pôde concentrar (especificar) tal problema num desafio de *autocriação*: a autocriação redentora (ou «análoga à redenção») de que nos fala JASPERS³⁵... e que assim mesmo urge experimentar no *ninho* fecundo da pluralidade e da diferença, graças ao abalo que só a ausência de comunicabilidade pode provocar.

³⁴ Castanheira Neves, *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, policop., primeira versão, Coimbra-Lisboa, 1982-1983, I. *Prolegómenos*, 2ª lição, 2.a), pp. 22 e ss., 24-27.

³⁵ Jaspers, *ob cit.*, pp. 24-25.

Para concluir também e ainda que foi precisamente este problema de *auto-criação* que o contraponto *dogmático /crítico* [I, 1.2.] nos autorizou a interpelar... mas já como autovinculação e autodisponibilidade e na dinâmica que esta inter-relação permite: com a mediação de SINGER a invocar a nossa condição de «criaturas com quatro dimensões» (*fourth dimensional creatures living in a three-dimensional world*), capazes de reconhecer os limites que os contextos práticos nos impõem e de simultaneamente os construir e conformar, escapando aos seus vínculos (*we are limited by our contexts but we have resources to escape and shape them*)³⁶; ou mais expressivamente ainda, a perguntar como é que podemos sentir-nos vinculados por referentes normativos criados por nós (*how can we be bound by moral standards we ourselves create?*)³⁷).

Pergunta esta que, ao prolongar-se numa outra (*how are normative claims possible when we are both the authors of our lives and characters in a social world created by others?*)³⁸, nos conduz já ao ultimo palco [I, 1.3.] e às duas respostas que nele se cruzam... e a estas como tentativas de domesticar as oposições experimentadas (ou de distribuir-separar os seus elementos).

(a) Com o contraponto *societas /communitas* a responsabilizar duas experiências ou dois projectos... com dinâmicas, tempos e degraus de disponibilidade e (ou) de autovinculação inconfundíveis... mas nem por isso menos restituídos à plenitude auto-sustentada de uma mediação (ou *articulação*) *cultural*³⁹ [I 3.1.].

³⁶ Singer, «Critical Normativity», cit., p. 34.

³⁷ *Ibidem*, p. 38.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Reconhecimento que, ao obrigar-nos a renunciar a uma aspiração de indisponibilidade *ahistórica* — ao admitir eventualmente que uma tal aspiração possa subsistir (apenas) como memória e como promessa, com o papel plausível de uma condição *transcendental* (assim exemplarmente em Balkin) —, responsabiliza a *communitas* enquanto contexto e correlato de uma *praxis* historicamente aberta. Reinventar a *communitas* na plenitude dos seus atributos simbólico-culturais significa, com efeito, rejeitar todos os caminhos que no-la exponham a uma determinação-corroboração de elementos ontológicos indisponíveis (ou de dimensões antropológicas *naturais*)... e então e assim levar a sério a possibilidade de a assumir na historicidade constitutiva do seu processo de realização. O que é decerto descobrir neste processo (e na ordem-*ordinans* que lhe corresponde ou no *mundo prático* que esta constrói) um iniludível (ainda que permanentemente renovado) «sentido de continuidade» — um «sentido» que nenhuma associação de interesses (de sujeitos individuais ou de grupos) estará *por si mesma* em condições de transformar. Mas o que é também e ainda poder inscrever no *regresso da comunidade* o factor-desafio do pluralismo ou da pluralidade (pluralidade agora também de situações de escrita ou de leitura, de percursos vitais, de casos acontecimentos, de perguntas): não como constrangimento ou limite (ou dificuldade)... mas como uma dimensão constitutiva (precisamente aquela que nos autoriza a compreender que as intenções condutoras dessa *praxis* (capazes de a reconhecer com unidade!) sejam afinal constituídas (explicitadas-manifestadas-transformadas) por essa *praxis*.

(b) Com o contraponto *juridicidade / moralidade* a concentrar as tensões da *intenção à validade* e da sua autotranscendentalidade prático-cultural (se não da oposição *em ninho* autonomia / heteronomia) exclusivamente no território da moralidade... ou se quisermos (para o dizermos parafraseando HART... ou HART lido por SIMMONDS) no território dos argumentos que se tecem quando se invocam e discutem as «razões morais» (*moral reasons*) que nos incitam a seguir (ou a rejeitar) determinado «critérios jurídicos» (*legal rules*)⁴⁰ [I 3.2.]. Como se o direito admitisse confrontar-se com os paradoxos da tensão *autonomia prático-normativa / heteronomia prescritiva* apenas através da *moralidade* (e na medida em que considere relevantes aquelas *razões morais* que o questionam). Com a agravante ainda de ficarmos sujeitos a uma plurivocidade (ou mesmo a uma ambiguidade) perigosa — e perigosa sobretudo porque aproblemática (ou pelo menos não directamente reflectida) — quanto ao que se haverá de entender por *moralidade*...

II

Se invoco todas estas interpretações do *mundo prático-comunitário* os dos *compromissos* que o constituem — sublinhando assim as tensões irreduzíveis entre unidade intencional e pluralidade, pressuposição dogmática e reinvenção crítica disponibilidade e indisponibilidade, estabilidade e transformação (também entre finitude e transfinitude, *auctoritas* e razão, tradição e discurso prático-racional, racionalidade prático-prudencial e existir situado, *logos* e *ethos*!) ... e estas tensões ou a dinâmica que lhe corresponde enquanto nos ensinam a rejeitar as soluções da pura necessidade ontológica e do puro arbítrio decisório... — ... não é no entanto decerto para explorar o contraponto que os seus percursos e pretensões de equilíbrio determinam (ou para testemunhar o espectro de possibilidades que estes oferecem)... mas para reconhecer que a exigência de enfrentar hoje o problema do direito e de o enfrentar interrogando a sua procura — discutindo a plausibilidade-«pontualidade» (se não urgência) prático-culturais da demarcação *humano / inumano* que a sua *praxis* (de acontecimentos-decisões-*interpelações*) está em condições de autonomizar — não pode

⁴⁰ Simmonds, *Law as a Moral Idea*, cit., pp. 39 e ss («Familiar Debates»).

cumprir-se se nos contivermos neste patamar, entenda-se, se cedermos à tentação (fácil!⁴¹) de admitir que o testemunho da *juridicidade* de que hoje precisamos possa (ou deva) construir-se na perspectiva destas «representações» globais do mundo prático (e da sua autotranscendentalidade) e como uma assimilação aproblemática (mais ou menos lograda, mas sempre *unilateralmente* conduzida) dos pressupostos, códigos e categorias que estas mobilizam (quando não directamente das situações institucionais a que estas nos expõem) — e isto quer se trate de privilegiar (escolher) um destes caminhos (e neste um dos seus interlocutores-guias!), quer se trate de partir das suas convergências (ou de algumas das suas convergências mais significativas) para recriar um grande horizonte comum (ou um grande contexto *auto-reflexivo* e o consenso que o ilumina). Expor o testemunho da juridicidade de que hoje precisamos à inevitabilidade desta assimilação significa com efeito postular já (aproblematicamente) a diluição (irresistível) do direito num *continuum* prático-poiético: reconhecer (mais ou menos explicitamente) a consumação-cristalização (historicamente insuperável) dos sentidos ou dos contextos de significação que a procura do *homo humanus* autonomizada (*isolada*) pelo direito está em condições de garantir; ceder (não poder resistir) à ameaça das *hetero-referências* — com arenas *propulsoras* que na sua recriação do mundo prático (ou na sua interpretação do regresso da comunidade, mas também no seu tratamento da pluralidade e da diferença, da autonomia e da heteronomia, da estabilização dogmática e da reinvenção crítica) vão da filosofia narrativa à ética da alteridade, passando inevitavelmente pela tematização ontológico-existencial.

É precisamente a oportunidade de escapar a este plano de inteligibilidade global ou à exclusividade dos seus problemas-perguntas (se não mesmo já à equivalência das respostas que nele se multiplicam) que queremos acentuar convocando o modelo de pensamento jurídico que CASTANHEIRA NEVES designa por *jurisprudencialimo*: ora este modelo enquanto nos expõe a uma assunção recuperadora do mundo existencialmente humano do direito — se não explicitamente à *procura* de um «direito crítico» na «ordem da intencionalidade»⁴² (entenda-se, à assunção de um sentido materialmente vinculante, que é também e indissociavelmente um fundamento axiologicamente crítico) —... mas também e muito especialmente (aqui e agora!) enquanto enfrenta (faz seus) os desafios das *oposições em ninho* que começámos por detectar.

⁴¹ Sempre fácil... embora nos exija quase sempre também um percurso reflexivo erigido de dificuldades!

⁴² Castanheira Neves, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», in Avelãs Nunes / Miranda Coutinho (ed.), *O direito e o futuro. O futuro do direito*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 57.

A oportunidade de encontrar respostas-soluções para estes desafios e para a auto-reflexão que os expõe e intensifica? Antes uma oportunidade de procurar-ensaiar uma resposta *diferente*, diferente de todas aquelas que as interpretações narrativas, ontológico-existenciais ou éticas (se não ético-políticas) — e estas separadamente ou a convergir num horizonte comum (a assegurar um *overlapping consensus*) — nos permitem reconhecer. A oportunidade-exigência de interpelar o mundo prático-comunitário (e a tensão entre estabilização dogmática e realização transformadora) na perspectiva do direito e dos compromissos que o distinguem... que é também afinal a de nos pôr perante a possibilidade de uma perspectiva *interna*. Sendo certo que não se trata assim de esquecer as condições de representação-determinação impostas pelo contexto global (e pela *nova* compreensão da *praxis* que este constrói), como não se trata de propor especificações que neutralizem os desafios das *oposições em ninho* (e a auto-reflexão que os ilumina) — especificações que em nome de uma celebração (apologética) da autonomia-*Isolierung* do jurídico pudessem ocultar-superar os problemas correspondentes. Porque se trata antes de convocar «o *originarium* constitutivo do problema do direito»... para experimentar a continuidade (e se quisermos, a plausibilidade contextual) da *procura* que lhe corresponde... e então e assim também para apostar numa reconstituição crítico-reflexiva do seu mundo humano que seja «axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade e *judicativa* no *modus* metodológico»⁴³. O que não é senão reconhecer outras tantas *respostas* específicas, que só esse mundo prático (condicionado embora pelas exigências e interpelações de outros mundos práticos) está por assim dizer em condições de assumir. Respostas com uma identidade mas também com uma produtividade indissociáveis desse mundo e da sua dimensão normativa: respostas aptas, neste sentido, a solucionar *problemas* — ou pelo menos a institucionalizar (a garantir institucionalmente) a procura de *soluções para problemas* — que o referido horizonte global se limita a considerar ou a manifestar-exprimir *aporeticamente*⁴⁴...

Respostas que não vamos evidentemente desenvolver. Que antes nos propomos concentrar na experiência de institucionalização do sistema jurídico. E de tal modo que

⁴³ Assim expressamente no ponto IV (*Finale*) de «O “jurisprudencialismo” — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», também em Nuno Santos Coelho, António Sá da Silva (ed.), *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, cit., p. 55.

⁴⁴ *Respostas* que não desvalorizam as oposições em causa e os seus desafios. É que não se trata de as (os) ignorar ou neutralizar, como não se trata de as (os) absorver ou superar; porque se trata antes já de as (os) reconhecer a partir da experiência do direito.

a cada uma delas possa corresponder uma anotação breve. Uma anotação que, não pretendendo reconstituir a resposta enquanto tal, procure precisamente acentuar (e acentuar a traço grosso) o modo como ela assimila integralmente as tensões pressupostas e os seus desafios [*supra*, I] . Sem esquecer que se trata também de, *em espelho*, cumprir uma sequência possível. E de assim mesmo ir visitando (se não sobrepondo) os nossos três palcos...

1. O primeiro eixo de respostas a reconstituir (-anotar) concentra-nos no processo de institucionalização *internamente* assumido pelo mundo prático do direito — ou mais rigorosamente na inter-relação constitutiva que vincula as *oportunidades* de construção-reconstrução dos sentidos comunitários (e da validade fundamentalmente crítica que os contextualiza) à exigência de projectar estas numa determinação normativa plausível (que possa dar *conteúdo* à validade assumida).

1.1. Se começarmos por considerar as oposições em causa a partir do problema que SINGER diria da *normatividade crítica* (ou do núcleo aglutinador que este cumpre), a primeira das respostas a ter em conta (e primeira também no seu sentido gerador) têm-na decerto na pressuposição de uma validade *trans-subjectiva*... entenda-se, na exigência de vincular esta pressuposição (e o seu compromisso *material*) a uma experiência de realização e à *praxis* que a consoma (dominada pela perspectiva da *controvérsia-caso*). Mais rigorosamente, na exigência de tratar os pólos da *validade trans-subjectiva* e da *controvérsia* concreta (do compromisso axiológico assumido pela primeira e da novidade irreduzível *praxísticamente* introduzida pela segunda) como dimensões da *racionalidade* jurídica (da racionalidade que a realização judicativa do direito postula)⁴⁵.

Mais do que invocar aquela pressuposição (enfrentando-isolando o discurso de fundamentação que a sustenta), trata-se com efeito de considerar a *circularidade constitutiva* que — para além do *modus operandi* de uma simples dialéctica entre duas dimensões ou dois interlocutores irreduzíveis — alimenta (prático-culturalmente) esta

⁴⁵ Ver principalmente: «A unidade do sistema jurídico...», cit., pp. 134-155 (2. «Os pressupostos»), «O actual problema metodológico da realização do direito», *Digesta – escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, volume 2º, pp. 251-256 (I, 2. e 3.), 272-281 (III 3.), *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp.78-79, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», cit., pp. 59 e ss., 66-67 (b).

exigência: uma *circularidade* que há-de estar em condições de assumir a validade em causa responsabilizando-a (simultânea e incindivelmente) como um contexto-horizonte de sentido (normativamente condutor) e como um correlato (permanentemente reconstruído ou reinventado) de uma *praxis* de realização... mas então também uma *circularidade* que nos obrigue a reconhecer nesta *praxis* — e no «pensamento» que a «pensa»⁴⁶ ou na auto-reflexão que este lhe proporciona (*as a heightened degree of attention while performing in the practice*⁴⁷)... e muito especialmente no discurso metodológico que (como patamar destes pensamento) criticamente a reconstrói⁴⁸ — uma dimensão constitutiva da primeira (e da vocação integradora que a onera, se não mesmo já do o sentido de *juridicidade* que esta fundamenta)⁴⁹.

Que outra exigência (de vinculação recíproca) senão aquela que CASTANHEIRA NEVES assume ao convocar uma filosofia do direito *problemática* — a reflexão que a «hora» da nossa «realidade-existência» (humanamente significativa) está em condições de nos impor⁵⁰? Convocar (exigir) esta filosofia como *auto-reflexão* — defendendo que esta encontre o seu ponto de partida (ou o seu problema *inicial*, dito do *por-quê*) no

⁴⁶ «[A] uma “teoria do direito” compreendêmo-la hoje sobretudo como a determinação crítico-reflexivamente metanormativa do direito, i. é, das concepções e das práticas constitutivas da juridicidade (...) e dos pensamentos que (...) pensam (...) o direito. (...) [P]ois só na unidade histórico-cultural entre aquelas e estes o direito vem à sua existência, à sua objectivação real e pode, já por isso, ser “objecto” de uma reflexão teórica que nessa objectivação o queira compreender...» [Castanheira Neves, *Teoria do direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, policopiado, Coimbra 1998, (versão em fascículos) pp. 50-51, (versão em A4) p. 28].

⁴⁷ Para o dizermos com a ajuda insuspeita de Fish: «Insofar as one is ever critically reflective, one is critically reflective within the routines of a practice. (...) What most people want from critical reflectiveness is precisely a distance on the practice rather than what we might call a heightened degree of attention while performing in the practice. (...) Insofar as critical self-consciousness is a possible human achievement, it requires no special ability and cannot be cultivated as an independent value apart from particular situations: it’s simply being normally reflective. It’s not an abnormal, special – that is, *theoretical* - capacity...» [«Fish Tales: A Conversation with “The Contemporary Sophist”» (entrevista concedida por Stanley Fish a Gary Olson), *JAC Online* (12-02-1992), <http://www.cas.usf.edu/JAC/122/olson.html> (extraído em 11-04-2003)].

⁴⁸Ver muito especialmente Castanheira Neves, *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp. 9 e ss. («O problema metodológico-jurídico»).

⁴⁹ Cfr. a síntese proposta em «Pensar o direito em tempo de perplexidade», cit., pp.18-22.

⁵⁰E que deverá começar por perguntar pelo «sentido do direito na realidade-existência e na prática humanas»: ver «Uma reflexão filosófica sobre o direito — “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?», cit., pp. 91-199 (4. e 5.).

«transcender interrogante» de uma prática⁵¹ — é com efeito pedir-lhe que se nos exponha sob uma dupla face: aquela em que a recuperação do *originarium* do jurídico se compreende especificando (autonomizando) uma «intencionalidade ao fundamento»⁵² e a autodisponibilidade que lhe corresponde⁵³ ... e aquela em que esta mesma recuperação se realiza identificando (distinguindo) um modelo inconfundível de pensamento jurídico⁵⁴ e o tipo de racionalidade que este cumpre. Como se se tratasse afinal de articular dois momentos ou duas «dimensões» (estruturantes) da «emergência constitutiva da juridicidade»: a *dimensão da validade* e a *dimensão metodológica*⁵⁵. Bastando-nos aqui ter presente... que a primeira destas dimensões (através da auto-reflexão que a *intensifica*) se cumpre ela própria numa (ou como uma) interpelação (prático-culturalmente contextualizada) de um «sentido» (também ele «civilizacionalmente específico») de «universalidade» — uma interpelação assim mesmo indissociável do *modus operandi* de uma reflexão *interna* e do contraponto *crise / crítica* que a alimenta⁵⁶... indissociável se quisermos também da compreensão-experiência de uma criação humano-cultural e do «contexto» a que «constitutivamente» esta se refere (e que assim mesmo a torna possível ou que assegura a sua identidade-*continuidade*)⁵⁷. E que a

⁵¹ Ver muito especialmente «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra, 2002, pp. 837 e ss., agora também nos *Digesta*, vol 3º, cit., pp. 9 e ss..

⁵² «Uma reflexão filosófica sobre o direito — “o deserto está a crescer...” ou a recuperação da filosofia do direito?», cit., p. 98.

⁵³ Uma intencionalidade à validade precipitada numa *perspectiva*, num *sentido*, numa *estrutura*, numa *normatividade*: para um desenvolvimento, ver «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», cit., pp.56-65 (3. a).

⁵⁴ Dito jurisprudencialista *stricto sensu*: *ibidem*, pp. 58 e 66-67 (3.b)).

⁵⁵ Dimensões que Castanheira Neves faz de resto explicitamente corresponder às duas partes-*núcleos* de um curso sobre *O actual problema do direito*: assim no «programa temático» da disciplina de *Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica* cumprido na Universidade Lusófona do Porto no ano lectivo de 2005 /2006 (programa que desde então tem sustentado o percurso desta disciplina) [Primeira Parte – *A validade* (I. A crise/ II. A crítica) / Segunda Parte – *A metodologia* (o sentido da dimensão metodológica enquanto uma segunda dimensão da emergência constitutiva da juridicidade)].

⁵⁶ Já assim exemplarmente em *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica) – I. A crise*, Coimbra, Almedina, 1967, *passim* [ver muito especialmente pp. 63-84 (§ 3.º «O processo que conduz da “crise” à “crítica” e § 4.º «O objectivo: a crítica»)]. Vejam-se também as páginas iniciais de *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, policop., terceira versão, Coimbra-Lisboa, 1997, pp. 3-9 (2. «A crise e a crítica» e 2.1. «Conceitualização prévia: o conceito de crise e a sua relação com a exigência crítica»).

⁵⁷ Para compreender a especificidade desta «particular criação cultural» e do seu contexto enquanto *continuidade* (projectado na *experiência do tempo* da «nossa civilização greco-romana, judaico-cristã e europeia»), ver muito especialmente a síntese proposta em «O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na

segunda nos incita a considerar uma compreensão específica do problema metodológico. Uma compreensão que liberte este da *demarcação* (estranque) *de territórios* imposta pelo *discurso* moderno dos Métodos⁵⁸... e que assim mesmo —sem deixar de confrontar a sua perspectiva e as opções do seu campo temático, mas sobretudo o seu discurso (o seu tipo de racionalidade), com aqueles que são propostos por modelos de realização alternativos⁵⁹— esteja em condições de o assumir como um problema *normativo* (sustentado numa perspectiva *noeticamente* judicativa e na auto-reflexão crítica que a leva a sério)⁶⁰. O que é ainda, *et pour cause*, responsabilizá-lo como uma dimensão constitutiva do próprio sentido da juridicidade. Como a «auto-compreensão de algo — o direito — que no modo por que realiza o seu sentido específico já em si mesmo se releva como *acto*, como o processo prescrutante (fundamentante) de um *logos* — algo que no seu próprio ser é *meta-odos-logos...*»⁶¹.

Sendo certo que não se trata apenas de reconhecer estas duas dimensões (por assim dizer *axiológica* e *problemática*), trata-se com efeito já de lhes associar outras duas: a que estabiliza a primeira numa mediação *dogmática* e a que responde à segunda com uma mediação *judicativa* ou judicativamente *praxística* (iluminada por uma

diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», *Digesta*, vol. 3º, cit., pp. 111 e ss. (III). Ver também «Pensar o direito em tempo de perplexidade», cit., 7-10 (II. «O contexto histórico-cultural civilizacionalmente global. As polaridades histórico-culturais»)

⁵⁸ Uma demarcação que nos obrigaria a tematizar o Método como uma operatória (se não como uma técnica) e então e assim não só a determiná-lo prescritivamente mas também a atribuir-lhe o território (analítica e cronologicamente) estranque de um *posterus*: como se se tratasse de reconhecer a técnica que vem *depois* da ciência... ou pelo menos de autonomizar-isolar um conjunto de cânones (ou de regras de correcto proceder) que *pressuporiam* a (que *viriam depois* da) estabilização dogmática (eventualmente, também depois da objectivação-especificação da validade que esta traduz ou pode traduzir).

⁵⁹ Confronto que Castanheira Neves defende como uma das tarefas nucleares da *teoria do direito* de que hoje precisamos (uma teoria que diz precisamente *crítico-reflexiva*). Para além da *Teoria do direito*. cit, *passim*, vejam-se também as sínteses propostas em *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, policop., terceira versão, cit., pp.65-86, e muito especialmente em «Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, Coimbra, 1998, pp. 1 e ss., agora também nos *Digesta*, vol. 3º, cit., pp. 161 e ss. Como é sabido, trata-se de assumir uma proposta de diferenciação (e de «explicitação sistemática») das perspectivas (se não «paradigmas») de compreensão «pelas quais se oferece hoje a juridicidade»: uma proposta que nos autoriza precisamente a contrapor *normativismo*, *funcionalismo* e *jurisprudencialismo*, mas também a distribuir o segundo pelas modalidades principais do *funcionalismo material* e do *funcionalismo sistémico*.

⁶⁰ Ver *supra*, nota 48.

⁶¹ Já assim na *Questão-de-facto — questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*, cit., p. XI da *Introdução*.

dialéctica *prudencial*)⁶². A possibilidade de compreendermos o discurso problemático construído pelo direito (e o mundo de inter-relação que culturalmente este reproduz) à luz destas quatro dimensões — e de tal modo que as duas últimas (ditas *dogmática* e *judicativa*) possam expor-se-nos como condições de institucionalização das primeiras ou da identidade prático-comunicativa que as constitui (se não da dinâmica de objectivação-realização que *situacionalmente* as integra) — confere à experiência da autotranscendentalidade prático-cultural e aos sulcos-rastos que a asseguram uma inteligibilidade inconfundível: precisamente aquela que se cumpre na dialéctica *sistema / problema* (e no pensamento-*prática* integralmente problemático que esta persegue)⁶³..

1.2. Anotação primeira esta que nos incita a desvelar uma *convergência* (e no limite também uma sobreposição lograda) de outras *procuras* produtivamente circulares, se não já de outras *dialécticas* (e a institucionalização das possibilidades constitutivas correspondentes).

1.2.1. A começar decerto pela experiência estratificada do *sistema* aberto, ela própria também como prática-procura de um compromisso de unidade: um compromisso que se postula como intenção e que permanentemente se renova e reconstitui como tarefa, um compromisso que só a determinação auto-reflexiva (*aposterioristicamente* compreendida... e assim também sempre permanentemente recomeçada) de uma totalização *ordenadora* há-de estar enfim em condições de reconhecer e de experimentar⁶⁴. Acentuação tanto mais significativa quanto é certo que um dos estratos deste *sistema* se autonomiza reconhecendo (como uma das suas dimensões nucleares) a *realidade* dos problemas–acontecimentos juridicamente assimilados⁶⁵.

⁶² Assim em «Pensar o direito num tempo de perplexidade», cit., pp.19-20 (IV.1.).

⁶³ As leituras indispensáveis (entre muitas outras possíveis) são agora as de «A unidade do sistema jurídico...», cit., pp. 165-174.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 170-171. Ver também *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, pp. 230 e ss., 251-269 [δδ] «Unidade de ordenação a posteriori», sem esquecer evidentemente o *Curso de Introdução ao estudo do direito. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, policop., Coimbra, 1971-1972, pp. 328-330 [δ] «O direito é uma intenção axiológico-normativa que se manifesta como um sistema aberto de realização histórica», 331 e ss. [2. «O conteúdo do direito (análise do sistema jurídico)»]

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 347-351 [d] A realidade jurídica (as instituições jurídicas)].

1.2.2. Sem esquecer que a *intenção* desta procura encontra a sua condição de possibilidade (e simultaneamente a sua experiência fundadora) num outro círculo e na dialéctica que o assume: refiro-me evidentemente àquele ou àqueles que relacionam *valores* e *princípios* (compromissos prático-comunitários e princípios normativos-*fundamentos*), inscrevendo esta inter-relação na experiência de especificação-realização dos primeiros e dos *projectos-de-Ser* (e de plenitude de *Ser*) que lhes correspondem... e então e assim também reconhecendo que a emergência dos segundos nos remete para um insuperável território de fronteira: que não será apenas aquele que nos expõe a uma conexão-*tensão* entre experiências de *comunidade* distintas (e outros tantos contextos, ditos *geral* e especificamente *jurídico*) — se quisermos a uma conexão entre dois diferentes modos de reivindicar-construir um sentido comunitário⁶⁶ —, porque é também e muito especialmente aquele que nos confronta com um processo permanente de constituição-objectivação-realização: aquele que experimenta as objectivações normativas (normativamente materiais) dos princípios enquanto as submete às exigências simultâneas de uma dimensão axiológica (histórico-problematicamente aberta) — dimensão que postulam (cuja experiência os constitui) e que no entanto não esgotam (porque esta os excede sempre nas suas possibilidades normativas) — e uma dimensão (vocação) dogmática desoneradora («estabilizadora») — que os absorve como seu primeiro *estrato* e a cujo desenvolvimento (*-sistema*) garantem por sua vez o dinamismo constitutivo de um *normans*⁶⁷.

1.2.3. Sem esquecer ainda e por fim que a mais explícita das institucionalizações do círculo é aquela que se cumpre *distinguindo* os diversos estratos do sistema (e

⁶⁶ Para uma compreensão da relação entre estes dois contextos e uma oportunidade única de experimentar o «absoluto histórico» dos princípios normativo-jurídicos (e o sentido da autotranscendentalidade prático-cultural que se leva a sério no mundo do direito), importa ter presente a analítica da intencionalidade normativa (em três níveis ou degraus) que Castanheira Neves tem desenvolvido ao invocar uma certa *consciência jurídica geral*. Analítica que não iremos considerar, para cujas estações principais no entanto imediatamente nos remetemos. São estas: «A revolução e o direito. A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário», *Digesta*, vol. 1º, cit., pp. 207-222 (11.), «Justiça e direito», *ibidem*, 273 e ss., «A unidade do sistema jurídico...», cit., pp. 174-179, «Fontes do direito», *Digesta*, vol.2º, pp.58-67 («O momento de validade»), *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 278 e ss., «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», cit., pp. 63-65.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 155 e ss. Sem esquecer o *Sumário de uma lição-síntese sobre «Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo (a superação de positivismo normativista)»*, policop., Coimbra, 1976, sumário este permanentemente retomado e enriquecido em aulas preciosas, às quais tive o privilégio de assistir.

conferindo-lhes modos de *vinculação-vigência* institucionalmente inconfundíveis). Trata-se com efeito de surpreender a regressividade problemático-constituenda deste sistema... ou de a surpreender reconhecendo um movimento *partilhado* (determinado pela prioridade metodologicamente constitutiva do caso-problema ou pela perspectiva que este assegura): aquele movimento que se cumpre levando a sério diversos tipos de presunções (ditas de *validade*, *autoridade*, *racionalidade* e *justeza*) e inscrevendo nelas (ou na assimilação dos tipos de problemas experimentáveis) outras tantas possibilidades (metodologicamente diferenciadas) de as refutar-*ilidir* (e de assumir os explícitos ou apenas implícitos *ónus de contra-argumentação*).

Com os princípios a beneficiarem de uma *presunção de validade* e a vincularem-nos enquanto validade, as normas a beneficiarem de uma *presunção de autoridade* e a vincularem-nos enquanto autoridade (político-constitucional), o direito da jurisprudência judicial a beneficiar de uma *presunção de justeza* e a vincular-nos a uma realização *justa* (prático-concretamente adequada) e à *casuística* que a objectiva, o direito da jurisprudência doutrinal enfim a beneficiar de uma presunção de *racionalidade* e a vincular-nos prático-culturalmente nos limites discursivos da sua *concludência* ou *fundamentação* críticas...

Acentuação que nos autoriza a responder directamente ao contraponto *dogmático / crítico* (a encontrar na experiência do direito uma caminho plenamente institucionalizado para enfrentar este problema)... mas também a assumir um sentido amplo de *vinculação* — irreduzível ao *modus* prescritivo-autoritário (político-constitucionalmente institucionalizado) que habitualmente (mas nem por isso menos aproblematicamente) se postula⁶⁸. Assunção que, por razões evidentes, é certamente também muito relevante para enfrentar o contraponto *moralidade /juridicidade*...

⁶⁸«Fontes do direito», cit., pp. 82-90 (4) e 5)), *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 154 e ss., «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», cit., pp. 66-67(b)). Ver também. o desenvolvimento desta compreensão jurisprudencialista do sistema em geral e desta tectónica de presunções em particular assumido por Fernando José Bronze em *Lições de Introdução ao direito*, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 607-681... e ainda aquele que propus nos Sumários desenvolvidos de *Introdução ao Direito II*, Coimbra 2009, disponível no *material de apoio* da página *on line* da respectiva unidade curricular, <https://woc.uc.pt/fduc/>, pp. 86-123 (e também, autonomizado como «A compreensão jurisprudencialista do sistema», em <https://woc.uc.pt/fduc/class/getmaterial.do?idclass=282&idyear=6>).

2. É precisamente a atenção aos contrapontos inscritos no terceiro palco [I, 1.3.] que conduz as nossas anotações a um segundo eixo de respostas. Se o primeiro eixo [II, 1.] nos concentrou no processo de institucionalização *interna*, o segundo permite-nos, com efeito, já considerar a relação com o *exterior* ou com os *interlocutores-oponentes* que nele se identificam.

2.1. Tratando-se desde logo de reconhecer que a exigência de reagir à unidimensionalidade de um discurso pragmático e às *calculating forms of reason* que o sustentam — exigência de reacção esta que descobrimos no contexto global do *regresso da comunidade* e como condição-traço de identidade deste regresso —, longe de se contentar com uma reafirmação de afinidades electivas — que mais uma vez nos exporiam às mediações da retórica narrativa, da ontologia hermenêutica ou da ética da alteridade, se não à convocação explícita do universo das Humanidades e da linguagem que este garante (*law can also be viewed from the inside, by someone who lives on its terms, and thus seen as a field of life and practice, as a set of intellectual and literary activities that are far closer to the humanities than we normally imagine*⁶⁹) —, está agora em condições de nos oferecer um percurso autónomo e a institucionalização correspondente (e esta fixada-experimentada numa sequência de especificações metódicas). Refiro-me a uma reinvenção do *teleologismo* que, superando a ameaça do instrumentalismo pragmático e outros funcionalismos materiais (assumindo neste plano a herança da *Wertungsjurisprudenz*)⁷⁰, se cumpre levando a sério a distinção entre *fins* e *valores...* e instalando assim uma polaridade irreduzível⁷¹. Sem esquecer que nestes termos se trata também e principalmente de respeitar um outro *equilíbrio* e a

⁶⁹ Boyd White, *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Imagination*, cit., 1999, p. 103.

⁷⁰ Superação nem sempre lograda nalgumas das concepções que sacrificam a especificidade do jurídico a um holismo prático-poiético: neste sentido ver o meu «Law in/as Literature as an Alternative Humanistic Discourse: the Unavoidable Resistance to Legal Scientific Pragmatism or The Fertile Promise of a *Communitas Without Law?*», in M. Paola Mittica (ed.), *Law and Literature. A Discussion on Purposes and Method. Proceedings of the Special WS on Law and Literature held at 24th IVR World Conference in Beijing* [pp. VII +145], publicado *on line* em Setembro de 2010, pp. 22-42, disponível em <http://www.lawandliterature.org/index.php?channel=PAPERS-ESSAYS>.

⁷¹ «Se os valores referem uma transindividual vinculação ético-normativa que responsabiliza e que convoca a prática para o desempenho irrenunciável de “tarefas” (...) em que se projecta essa sua vinculação ou compromisso, os fins desvinculados pelo “mecanicismo” moderno da teleologia ontológica, são agora tão-só opções decididas pela subjectividade que programa os seus objectivos (...), decerto sempre condicionados por um certo contexto mas em último termo justificados por interesses e em vista deles – comunga-se nos valores, diverge-se nos fins e nos interesses...» [Castanheira Neves, *Teoria do direito* (versão em fascículos), pp. 154-155, (versão em A4), pp.85-86]

indispensável *dialéctica*: que outro *equilíbrio* e outra *dialéctica* senão aqueles que convocam simultanea e constitutivamente uma exigência de justeza problemática e uma intenção de unidade (uma dimensão *teleológica* ou *problemático-teleológica* e uma dimensão *dogmática*)⁷²?

2.2. Tratando-se depois de mobilizar este mesmo *teleologismo* (de *valores* e de *fins*) para enfrentar *recto itinere* o contraponto com a *societas* (entenda-se, o contraponto da *communitas* intencionada com a *societas*-artefacto)... mas então também para propor uma especificação—institucionalização metodologicamente construída: uma especificação que possa convocar como contexto imediato a denúncia (se não *desconstrução*) de um certo paradoxo — um dos paradoxos que a crise do paradigma moderno-iluminista nos permite reconhecer (o da procura da *autonomia* do jurídico no parâmetro dos quadros constitutivos do Estado⁷³) — para a projectar no problema da realização do direito *com a mediação da norma*... e mais especificamente ainda no problema da experimentação da norma legal. Como se se tratasse de assumir o desafio da realização da comunidade (ou da construção de um sentido comunitário) sem renunciar (sem poder e sem dever renunciar) à relação dialéctica com a *societas*: antes reflectindo sobre o *modus operandi* dessa compossibilidade ou dessa dialéctica.

Ora de assumir esse desafio *microscopicamente*: levando a sério a perspectiva do *caso* para reconhecer na norma legal seleccionada (ou na índole normativa do seu critério e da *presunção de autoridade* de que este beneficia) duas faces inconfundíveis e outras tantas perspectivas de problematização-interrogação. Que faces?

(a) A da norma como «imperativo» e como «decisão impositivo-dogmática» (como «manifestação optativo-teleológica» de uma *voluntas* em que se «afirma a sua

⁷² Ver neste sentido *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 122-123.

⁷³ Um dos paradoxos a que os fluxos da *juridicização do poder* e da *politização do direito* ou de *instrumentalização do direito pela política* (potenciados pelos equívocos dos *neconstitucionalismos* do nosso tempo) inevitavelmente nos expõem. Para uma consideração (selectiva) de distintas dimensões deste problema (ou que nele convergem), ver Castanheira Neves, *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, cit., pp. 583 e ss. (III a)), *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, policop., terceira versão, cit., pp. 15 e ss. [«O sentido moderno (moderno-iluminista) e pós-moderno da normatividade jurídica»], 62-64 (o problema da «identificação da juridicidade com a constitucionalidade»), *Metodologia Jurídica*, cit., pp.195-196 («A interpretação conforme a Constituição»), *Teoria do direito*, cit., (versão em fascículos) pp. 224-227,(versão em A 4) pp. 121-124, «A redução política do pensamento metodológico-jurídico», *Digesta*, vol 2º, pp. 404-409, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», cit., pp.51-56 (b)).

dimensão político-programática (...) legitimada pela autoridade que invoca para a sua prescrição»⁷⁴)...

...a suscitar o problema da *justificação-legitimação* da *voluntas*... e (ou) do poder que a exerce... mas também a admitir uma *reconstituição racional* dos seus «elementos», agora não tanto daqueles que correspondem à sua formulação como *Konditionalprogramm*, quanto daqueles que envolvem a sua construção (alternativa) como puro *Zweckprogramm* (manifesto ou oculto)— a saber, dos fins (que prossegue) e dos meios (que mobiliza... ou cuja mobilização prevê)... e das alternativas de decisão (que enquadra ou que *tacticamente* permite)⁷⁵.

(b)E a da norma como critério jurídico (se não mesmo como *juízo problemático*, autêntica expressão de um *ius-dicere*) constituído «no âmbito de um sistema de normatividade jurídica» (sistema no qual é *fundamentantemente* constitutiva uma *intenção de validade*)⁷⁶.

De tal modo que a prescrição legislativa nos apareça a respeitar os limites de validade impostos pelos princípios normativos (dirigindo-se-nos como uma objectivação possível, entre outras objectivações possíveis, das intenções destes princípios). O que não é senão exigir que a «decisão dogmática» que constitui a norma se mostre «assimilável (ainda que só *a posteriori*) por um juízo-judicium» singular e concreto (capaz de tratar-solucionar o problema-caso), juízo decisório no qual «a prescrição» convocada como critério «revele uma racionalidade de fundamentação normativa (a racionalidade que a intenção de validade implica)»⁷⁷.

Que perspectivas? As da *ratio legis* e *ratio juris*. Sendo certo que a interrogação da *ratio legis* nos concentra na procura do motivo-fim que determinou a

⁷⁴ *Metodologia Jurídica*, cit., p.150.

⁷⁵Uma reconstituição racional esta última que se situa certamente para além do que habitualmente se espera do elemento *teleológico*... Não se trata com efeito apenas de reconstruir a finalidade prática da norma legal; trata-se também de estar em condições de reconstituir o *programa final* explícito ou implícito (na sua maior ou menor intenção transformadora, na sua maior ou menor vinculação político-ideológica) que a prescrição em causa estabelece ou que partilha com outras prescrições (programa às vezes oculto sob a máscara do programa condicional!). Como se, numa palavra, se tratasse de reconhecer a lei na imanência de uma racionalidade instrumental-estratégica... para experimentar a sua adequação e a sua eficiência ou *realizabilidade maximizadora* (ou a antecipação em abstracto que estes problemas permitem)...

⁷⁶ *Metodologia Jurídica*, cit., pp.150-1.

⁷⁷ *Ibidem*, p.150.

decisão da norma — na procura da sua justificação político-social e teleológico-estratégica (se quisermos na reconstituição do seu *argument of policy*) —... e que a problematização da *ratio juris* nos obriga já a confrontar esta teleologia com a coerência normativa dos princípios (e dos correspondentes *arguments of principle*), na mesma medida em que nos onera com a responsabilidade constitutiva de «transcender aquela *teleologia* por estes fundamentos»⁷⁸.

3. É a articulação dos dois eixos anteriores e das respostas que estes constroem — e esta articulação consumada numa última série de anotações indispensáveis — que nos vai permitir voltar ao desafio da *pluralidade*. E para além decerto da experiência deste que vemos assimilada pela prescrição-*lex*.

Para compreender enfim o modo como o mundo *referido* e *construído* pelas práticas juridicamente relevantes institucionaliza a relação constitutiva *unidade /pluralidade*? Antes para considerar o modo como este *mundo* (revisitado pela reconstituição *jurisprudencialista*) pode e deve, na nossa circunstância presente, institucionalizar uma tal tensão...— isto naturalmente se quiser estar à altura do projecto-procura que o *distingue* (o *autonomiza*) na ordem da intencionalidade. Institucionalizar esta tensão com que exigências? Sem renunciar à polaridade que a dinamiza. E sem a reconduzir a uma conformação aporética. Mas também sem que a reconstituição crítico-reflexiva que daqui resulte esteja condenada a dirigir-se-nos como uma *voz* no *diferendo* com as outras vozes (e ao isolamento apologético que a impositação-projecção reconhecível desta *voz* exige).

O que se compreende se tivermos presente que a reconstituição em causa nos ajuda a resistir a esta fragmentação ou à sua superação unilateral. Mostrando que não estamos condenados a que o *fenómeno* da multiplicação dos discursos e metadiscursos (que se tornou uma dimensão inescapável da nossa circunstância) nos atinja enquanto *juristas* — e enquanto juristas *integrados numa determinada comunidade de juristas* (comprometidos com um *socioleto* possível ou com um desempenho *profissional* específico e com as «situações institucionais» que o(s) assumem) — *apenas* como uma experiência de *indeterminação*⁷⁹. Como não estamos condenados à pragmática de

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 184-195. Ver também «Fontes do direito», cit., pp.75-79 (o problema dos limites normativos da lei).

⁷⁹ A alternativa que esboçamos no texto parte de uma conhecida distinção de Derrida. Trata-se de permitir que a uma acentuação indiscriminada (e como tal *trivial*) da indeterminação da linguagem — que só pode remeter-

indecidibilidade ou mesmo ao *paradigma de decisão* que a consagração desta experiência *como palavra última* inevitavelmente determinaria⁸⁰.

Preocupações que nos reconduzem ao núcleo da institucionalização do sistema jurídico e muito especialmente ao modo como a *procura de unidade* que este traduz (recusando a clausura holística e a auto-suficiência aproblemática justificadas pelo isolamento normativístico) nos submete a uma dialéctica (permanentemente recomeçada) entre *práticas de estabilização* e *práticas de realização*.

Acentuação que nos impõe uma última sequência de *respostas* ou pelo menos o reconhecimento da dinâmica que as articula.

3.1. Com um primeiro passo iluminado pela distinção *fundamentos / critérios*⁸¹ [3.1.1.] e (ou) pela exigência de a precipitar numa certa compreensão dos princípios enquanto *jus* [3.1.2.].

3.1.1. Permitam-me que sublinhe a importância da primeira distinção na sua relevância *metodológica*⁸²: aqui e agora (fundamentalmente) como uma distribuição de

nos para um exercício de *discricionaridade* (demitindo-se de explorar este e as condições de relevância que o singularizam) — se contraponha uma representação da *necessidade da contextualização* e da *abertura infinita de todos os contextos* que (enquanto oscilação pragmática entre sentidos possíveis), Derrida autonomiza precisamente como *indecidibilidade*: «Afterword: Toward an Ethic of Discussion», *Limited Inc*, Evanston- Illinois, Northwestern University Press, 1988, pp. 148-149 (1.). O recurso a esta distinção não implica no entanto que atribuamos à pragmática da indecidibilidade o alcance assumido por Derrida (um alcance que a torna indissociável da experiência da *différance* e do movimento de recontextualização que se diz *dissémination*). Trata-se muito simplesmente de invocar dois degraus da experiência da indeterminação, o primeiro radicalmente aberto, o segundo já racionalmente controlado.

⁸⁰ Este é um problema que tratei expressamente em «Jurisdição, diferendo e “área aberta”. A caminho de uma “teoria” do *direito como moldura?*», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, volume IV, 2010, pp. 443-477, passim.

⁸¹ Já assim no *Curso de Introdução ao estudo do direito. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, cit., pp.331 e ss («Os “princípios normativos” não são “normas”»).

⁸² Trata-se de autonomizar no *fundamento* a racionalização justificativa da inteligibilidade de um certo domínio ou compromisso prático... e neste sentido de lhe atribuir o papel de um *warrant* argumentativo autonomamente pressuposto (o fundamento justifica uma conclusão racionalmente plausível mas não nos propõe uma solução ou tipo de solução, não nos dispensando assim do esforço discursivo de a obter). Como se trata ainda de invocar o *critério* como «operador» («técnico») disponível, um operador que pode ser *imediatamente* convocado para resolver um determinado tipo de problemas e (ou) que pré-esquematiza a solução (exigindo não obstante um esforço discursivo de concretização-realização). Como se os critérios se nos oferecessem como «objecto(s) da interpretação»

possibilidades e experiências que, levada a sério na perspectiva do caso-problema, confronta modos distintos de assimilação do binómio *unidade / pluralidade* (ou se quisermos já do binómio *práticas de estabilização / práticas de realização*).

Permitam-me ainda que acentue esta importância construindo *parafrásticamente* uma narrativa... e mobilizando para tal recursos *exteriores*: concertando as imagens do *farol* e da *bússola* propostas respectivamente por Drucilla CORNELL e Adela CORTINA⁸³... e permitindo que estas nos sirvam de estímulo para simplificar *plasticamente* o nosso problema.

Trata-se, com efeito, de comparar os *fundamentos* (e muito especialmente os *princípios*) à luz projectada por um farol ou à orientação determinada por uma bússola. Como se tratar-solucionar uma controvérsia juridicamente relevante e o problema-caso em que esta se transforma (ou vai transformando) — ou muito simplesmente considerar um problema de direito (independentemente do plano de objectivação mais ou menos abstracto com que este se nos expõe e da urgência reflexivo-decisória com que nos estimula) — correspondesse afinal à travessia de um território desconhecido... ainda e sempre *por percorrer* — com especificidades-novidades que se descobrem caminhando... e que nos obrigam a enfrentar-inventar um caminho irrepetível.

Travessia que não se poderia cumprir adequadamente se o caminhante (à procura da decisão-*juízo*) contasse apenas com a sua *inventio*... ou se esta *inventio* (decerto indispensável!) não beneficiasse de apoios e orientações trans-subjectivamente (racionalmente) vinculantes — entenda-se, das práticas de estabilização e realização do *sistema jurídico*, práticas estas cumpridas, em planos-territórios muito distintos, por

e os fundamentos como os «elementos de conclusão racional que possibilitam, condicionam ou sustentam a própria interpretação». O que nos permite reconhecer que os princípios normativos (prolongados por algumas explicitações-objectivações da doutrina) se nos ofereçam (e devam ser tratados metodologicamente) como *fundamentos*, devendo em contrapartida as normas, os precedentes ou prejuízos jurisdicionais e a maior parte dos modelos dogmáticos ser assumidos e experimentados como *critérios*.

⁸³ A primeira (com um piscar de olhos a Virgínia Woolf!) a considerar globalmente o problema dos princípios jurídicos, a segunda a referir-se já apenas ao contributo de Kant e à sua construção da «Paz perpétua» ou aos princípios que esta assume (e então e assim a defender Kant de uma «injusta» crítica de Hegel). «A principle (...) is not a rule (...). A principle is instead (...) a guiding light. It involves the appeal to and enrichment of the “universal” within a particular *nomos*. We can think of a principle as the light that comes from the lighthouse, a light that guides us and prevents us from going into wrong direction...» (Drucilla Cornell, *The Philosophy of Limit*, London, Routledge, 1992, p. 106). «La mejor aportación (...) consiste en no ofrecer un solo camino (...), sino en ofrecer una *brújula*, en vez de un mapa de carreteras.» (Adela Cortina, «Cosmopolitismo y Paz. La brújula de la razón en su uso político», *Revista Portuguesa de Filosofia*, 2005, vol. 61, fasc. 2, p. 390).

outros caminhanter anteriores (legisladores, juizes, juristas dogmáticos!)... práticas que assim mesmo constituem (e lhe proporcionam) um *patrimônio* precioso!

Travessia então que não se poderia cumprir adequadamente... se o caminhanter não beneficiasse de dois tipos de apoios-*guias*. Que tipos de apoios?

α) Aqueles que, sem preverem os problemas (ou tipos de problemas) que ele irá enfrentar (sem anteciparem as encruzilhadas e os obstáculos, as armadilhas e os atalhos!) lhe proporcionam não obstante uma orientação (constitutiva) fundamental — comprometendo o seu percurso com a realização de certas exigências (*seguir a luz, caminhar para o Pólo Norte*)... e então e assim mostrando-lhe (muitas vezes apenas pela *negativa*) que não deverá seguir um percurso que o afaste de tais exigências...

β) E aqueles que lhe proporcionam já itinerários ou mapas mais ou menos pormenorizados — itinerários ou mapas que, mesmo no seu maior grau de concretização (o dos critérios jurisprudenciais), não se confundem decerto com o caminho a percorrer... e que no entanto antecipam (prevêem⁸⁴, exemplificam⁸⁵ ou reconstroem reflexivamente⁸⁶) situações-problemas (tipos⁸⁷ ou exempla⁸⁸ ou modelos⁸⁹ de situações-problemas), na mesma medida em que propõem (esquemmatizam⁹⁰, exemplificam *em concreto*⁹¹ ou reconstituem racionalmente⁹²) soluções, alternativas ou tipos de soluções plausíveis para estes problemas...

Sendo certo que a *travessia* deve submeter-se a duas exigências fundamentais e às advertências que as iluminam. **(1)** A de não tratar a orientação oferecida pelos princípios-*fundamentos* como se esta correspondesse ao apoio proporcionado pelos critérios-*mapas*⁹³. **(2)** A de não se satisfazer com os critérios-*mapas*...

⁸⁴ As normas legais.

⁸⁵ As decisões judiciais mobilizadas como critérios (pré-juízos-*exempla*, precedentes).

⁸⁶ Os modelos dogmático-doutriniais que se nos oferecem como *critérios*.

⁸⁷ Ainda as normas legais.

⁸⁸ Ainda os critérios judiciais.

⁸⁹ Ainda os modelos dogmáticos.

⁹⁰ De novo as normas...

⁹¹ ... os pré-juízos jurisdicionais...

⁹² ... e os modelos dogmáticos.

⁹³ Os princípios não são critérios-regras (nem se distinguem destas apenas por serem mais indeterminados ou abertos)... e neste sentido exigem metodologicamente um outro tratamento!

O nosso caminhante não pode com efeito pretender construir o percurso como se este fosse uma mera desimplicação dos itinerários ou dos mapas! Mesmo que tenha seleccionado itinerários ou mapas e os tenha à sua disposição (e o primeiro passo deve sempre o da procura destes!⁹⁴), não poderá assim dispensar-se de *por um lado* os experimentar no terreno (em dialéctica com as situações-problemas concretos) e de *por outro lado* mobilizar inteligentemente as suas instruções — o que, como veremos, significa sempre atender à luz do farol ou à indicação da bússola... (nunca caminhar em sentido oposto ao destas, sejam quais forem as indicações dos critérios!).

3.1.2. Mais do que a distribuição de possibilidades em si mesma, importa-nos no entanto a exigência de submeter o tratamento dos princípios a este contraponto rigoroso. Ou muito simplesmente a conclusão de que a reabilitação dos princípios falhará se os tratarmos como *critérios* mais indeterminados (ainda que façamos corresponder o tratamento dessa *indeterminação* a uma pragmática de *optimização de comandos*).

Ao assumir uma compreensão dos *princípios normativos* como autêntico direito vigente (princípios como *jus*⁹⁵)⁹⁶, no seu sentido forte e pleno⁹⁷ — ao reconhecer nestes

⁹⁴ O passo por assim dizer mais *natural*: aquele que leva o jurista de um *sistema de legislação* a procurar a norma legal e o jurista do *common law* a procurar o precedente vinculante... que assimilem a relevância do seu problema-caso!

⁹⁵ Recorde-se a distinção entre princípios como *ratio*, como *intentio* e como *jus*, na qual Castanheira Neves tem exemplarmente insistido desde a sua citada lição-síntese... e que aqui e agora reconstituímos invocando a mediação privilegiada das suas aulas e ensinamentos orais.

As concepções que vêem nos princípios apenas *ratio* (condições epistemológicas de uma racionalização cognitivo-sistemática das normas legais) são, na verdade, herdeiras da compreensão *normativística* dos *princípios gerais de direito* (e muito especialmente daquela que o positivismo conceitual desenvolveu na segunda metade do século XIX) — uma compreensão que reduz o *direito* ao estrato das normas para ver nos *princípios gerais* «normas mais abstractas e mais gerais» obtidas por abstracção generalizante ou concentração-classificação (se não por indução) a partir das normas vigentes e com o objectivo claro de conseguir um domínio cognitivo racionalmente mais logrado destas últimas e da *unidade horizontal* (por coerência) que estas constituem... — *normas* que assim mesmo os *princípios gerais* não excedem normativamente, às quais nada acrescentam no plano das «soluções» prático-normativas, com as quais (enquanto axiomas racionalmente *imanes*) nunca entram em confronto (às quais nunca põem exigências de validade!)... cujas significações se limitam a reproduzir-sintetizar...

Outra é a compreensão dos princípios como intenções (*intentio*). Segundo esta linha de compreensão (na qual reconhecemos a herança neo-kantiana de Stammler), trata-se de admitir que as intenções-exigências dos princípios têm já um sentido prático-normativo... excluindo no entanto a possibilidade de vermos nelas autêntico *direito vigente*. Para constituírem direito vigente (para adquirirem juridicidade), estas intenções têm, à luz desta perspectiva, que ser assimiladas pelas *normas legais* (a começar pelas leis constitucionais) e (ou) pelos *precedentes vinculantes* — têm, numa palavra, que se manifestar em *critérios* positivos vinculantemente institucionalizados, recebendo destes (ou da autoridade-*potestas* que os sustenta) a sua *força jurídica* (ou a dimensão constitutiva que a traduz). Há aqui de resto duas possibilidades (que podem ser defendidas em conjunto ou separadamente... se não

os fundamentos constitutivos da validade do direito (em todos os planos de afirmação e experimentação da juridicidade) —, a reconstituição jurisprudencialista não só nos expõe a uma experimentação permanente do excesso normativo dos princípios — enquanto intenções constitutivas de um *normans* (inesgotáveis nos critérios e nas realizações que fundamentam) — como também exige que ao problema do tratamento destes *warrants* corresponda uma experiência de constituição-manifestação-realização inconfundível.

Acentuação esta última que nos permite reconhecer uma institucionalização particularmente expressiva da relação entre a pressuposição integradora de um horizonte de *validade* e a abertura permanente a uma *pluralidade* de contextos de realização — se não já explicitamente do círculo *ontologicamente* produtivo em que esta inevitavelmente se inscreve. O que aqui e agora significa testemunhar uma especialíssima *consonância* prática entre os princípios que se invocam como compromissos e *projectos de ser* ou de *ser-com-os-outros* (a cuja orientação-condução nos submetemos) e o «conteúdo normativo-concreto» da realização destes compromissos (indissociável dos problemas-controvérsias e do *novum* irredutível que estes introduzem)⁹⁸. Decerto porque os princípios não antecipam problemas ou tipos de problemas (ainda a imagem do farol ou da bússola!)... na mesma medida em que, furtando-se a uma qualquer pré-determinação *em abstracto* das suas exigências, só fazem sentido (só atingem a sua integridade normativa) *realizando-se* (e neste sentido

concebidas como meras diferenças de grau). (1) A possibilidade de ver nos princípios intenções *regulativas* (manifestação de expectativas sociais ou de compromissos comunitários *sem carácter jurídico*) capazes de orientar *directamente* (mas apenas de orientar!) a construção-produção de critérios jurídicos (especialmente *legislativos*) [função regulativa *para* a normativa constituição do direito positivo (os princípios como intenções regulativas, não constitutivas, que a política legislativa deverá ter em atenção ou que a poderão orientar na busca de soluções mais adequadas)]. (2) A possibilidade de ver nos princípios intenções *regulativas* com um carácter *metodológico*: intenções que, não constituindo como tal *direito vigente*, podemos convocar como apoios-arrimos (se não como cânones ou regras secundárias de juízo... ou até mesmo como razões argumentativas) quando *interpretamos* uma norma legal ou um critério jurisprudencial... e muito especialmente quando temos que enfrentar um *caso omissis* e resolver um problema (dito) de integração [função regulativa *no* direito positivo constituído e na prática de integração ou desenvolvimento deste].

⁹⁶ A preferência pela formulação *princípios normativos* permite-nos desde logo distinguir esta concepção (dos princípios como *jus*) da concepção dos princípios como *ratio* directamente associável à expressão *princípios gerais do direito*. Ver neste sentido Fernando José Bronze, *ob. cit.*, pp. 627-628 e nota 61.

⁹⁷ Algumas propostas tratam os princípios como *jus* mas atribuem-lhes um carácter subsidiário (estes seriam apenas convocados quando os critérios não nos dão uma resposta!).

⁹⁸ Castanheira Neves, *Metodologia jurídica*, cit., pp. 203-204

também *transformando-se* e transformando-se inevitavelmente em cada *nova* experimentação concretizadora). Como se, numa palavra, se tratasse de experimentar um *continuum* (sem soluções) de constituição-manifestação-realização — exemplarmente distinto daqueles que os critérios legislativos, jurisprudenciais ou dogmáticos nos impõem⁹⁹ —... mas então e assim também de permitir um *outro* tratamento da singularidade... — um tratamento que não fique prisioneiro de uma assimilação da pluralidade previamente decidida ou experimentada (e da violentação-domesticação do *novum* que todos os critérios, em termos mais ou menos drásticos, representam)¹⁰⁰.

⁹⁹ «[A] ausência de hipótese-previsão nos princípios ou a sua indeterminação referencial, já que essencial para eles é só o seu regulativo compromisso axiológico e prático, não impõe apenas que a sua normatividade se determine realizando-se, solicita ainda uma compreensão prática (não simplesmente dogmática ou lógica) dessa sua normatividade só possível de atingir-se mobilizando a dialéctica entre o seu regulativo, que convoca à realização, e a prática (de acção e judicativa) em que encarne e a manifeste realizada. Se as normas são auto-suficientes no critério abstracto que hipoteticamente prescrevem, os princípios são fundamentos “para *tomar* posição perante situações, *a priori* indeterminadas, que venham a determinar-se concretamente” (Zagrebelski). Em síntese: as normas legais esperam a sua aplicação e em último termo visam-na, mas podem compreender-se e determinar-se sem ela, ou seja, na sua subsistência abstracta; não assim os princípios, já que o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstracto, e só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação, e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo...» (Castanheira Neves, *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, policop., terceira versão, cit., pp. 59-60).

¹⁰⁰ Partindo embora de um horizonte radicalmente distinto (comprometido com a *ética da alteridade* e com a *desconstrução como filosofia*) — e não deixando por isso de preservar com alguma ambiguidade os *topoi* da indeterminação e das diversas alternativas de resposta —, Drucilla Cornell chega a uma exigência de diferenciação paralela (tanto mais exemplar precisamente quanto sustentada em pressupostos que previsivelmente a levariam a trilhar um outro caminho). Tratando-se muito claramente de confrontar a *pretensão de auto-suficiência e auto-subsistência dos critérios-rules* e o modo como esta legitima uma «violência contra a singularidade» — legitimação que encontrará na compreensão do positivismo jurídico (*latissimo sensu*) a sua consagração-forma (ontologicamente totalizante) — com a *pretensão de universalidade dos princípios* e com o modo como esta é (ou deve ser) histórico-pragmaticamente assumida (*as for which principles we adopt within the nomos (...) of the law (...), we are left with the process of pragmatic justification based on the ability of a principle to synchronize the competing universals embodied in the nomos*) [*The philosophy of the limit*, cit., p. 106]. Princípios que, não deixando de perturbar a pureza do encontro ético e de «violentar» a diacronia do jogo das significações (*principles inevitably categorize, identify, and in that sense violate difference by creating analogies between the like and the unlike*) [*ibidem*, 105] nos aparecem não obstante a orientar uma prática racional de «redução» da violência (e de respeito pelas diferenças). Decerto porque as exigências-compromissos que os distinguem vão ser experimentadas na perspectiva de cada situação-problema. Sem impor o «exacto caminho a percorrer», antes assumindo um potencial de fundamentação que supera as pretensões da *resposta única*. Mas então e muito simplesmente excluindo as respostas que naquele contexto pragmaticamente reconhecível — e naquele horizonte historicamente determinado — devam dizer-se «incompatíveis» com a realização do seu compromisso. *We can think of a principle as the light that comes from the lighthouse, a light that guides us and prevents us from going in the wrong direction* [*ibidem*, 106]. Ver ainda «From the Lighthouse: the Promise of Redemption and the Possibility of Legal Interpretation», *Cardozo Law Review*, 11, 1990, pp. 1689 e ss.

3.2. O segundo passo parte do primeiro e do seu ponto de chegada. Introduce no entanto uma dinâmica distinta (aparentemente perturbadora). Trata-se, com efeito, de mobilizar o estrato do sistema no qual as controvérsias se manifestam e o direito se realiza: o estrato da *realidade jurídica* que, como sabemos, está longe de poder ser compreendido como um mero *campo de aplicação* histórico-social de uma normatividade dada ou pressuposta¹⁰¹.

De o mobilizar em que termos? *Por um lado* para o descobrir como um território privilegiado de explosão (e de enquadramento prático-normativo) da *pluralidade*.

Importando-nos agora menos a dimensão dinâmica (como que microscopicamente «pontualizada») desta realidade, que até agora privilegiámos — aquela que se esgota na emergência das controvérsias-casos e no seu tratamento judicativo-decisório— do que a sua dimensão *institucional*. A dos *institutos de direito privado* e a das *instituições de direito público*¹⁰² que, enquanto tipos de relação-actuação¹⁰³, se nos expõem como manifestações de um autêntico *law in action*¹⁰⁴? Também a daqueles «modos concretos de organização e de associação que se impõem na vida social como entidades *a se*»¹⁰⁵. Só que também e ainda (permita-se-nos acrescentar!) uma terceira frente, hoje absolutamente indispensável.

¹⁰¹ Castanheira Neves, *Curso de Introdução ao estudo do direito. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, cit., pp. 347-351, ««A unidade do sistema jurídico...», cit., pp. 172-174, «Fontes do direito», cit., pp. 56-58, *Metodologia Jurídica*, cit., pp.149,151 ess, 157 e ss., 176 e ss., 182-184.

¹⁰² Se as expressões *rechtprivatlichen Institute* e *rechtöffentlichen Institutionen* nos remetem para Carl Schmitt, importa esclarecer que as usamos aqui apenas para distinguir os domínios normativos em causa e contrapor assim o instituto da propriedade à instituição do *habeas corpus*, o instituto do casamento à instituição do contrato administrativo, o instituto do poder paternal às instituições do Estado-de-Direito (sem as implicações que o *konkretes Ordnungsdenken* atribui a esta dicotomia).

¹⁰³ Distintos assim dos «institutos» que, ao lado dos «conceitos», o positivismo científico do século XIX isolava-construía como puras «individualidades lógicas»... na mesma medida em que irreduzíveis aos princípios ou critérios que *normativamente* os conformam... ou ao *law in the books* que os enquadra ou disciplina.

¹⁰⁴ Um *law in action* assim mesmo conformado por uma precipitação-cruzamento (e interpenetração reciprocamente constitutiva) de intenções normativas e de factores e experiências e práticas sociais (política, económica ou culturalmente relevantes)... suficientemente estabilizadas para poderem ser reconhecidas como realidades («estruturas, esquemas ou tipos jurídico-sociais de actuação e de relação»): *Curso de Introdução ao estudo do direito. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, cit., p. 349.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 349-350. Trata-se de identificar as realidades simultaneamente jurídicas e sociais que correspondem ao exercício da autonomia privada (correlativas por exemplo da consagração pelas partes A e B de um certo contrato ou cláusula contratual)... ou às práticas de especificação-realização de

A daquela *realidade* jurídica que nos atinge sobretudo como um *ensemble plural* de «situações institucionais» e de *cânones*¹⁰⁶ — sustentados pelas práticas profissionais das distintas comunidades de juristas (advogados, juízes, juristas dogmáticos, juristas académicos) e então e assim precipitados em experiências colectivas inconfundíveis... se não já distribuídos por outros tantos *grupos semióticos* ou *comunidades interpretativas* (também eles divididos ou fragmentados). Situações institucionais e cânones que se nos impõem como outras tantas experiências de determinação-especificação e de realização do sistema jurídico (capazes de iluminar diversamente os seus fundamentos e critérios e de reconhecer dimensões e possibilidades distintas nos compromissos práticos e nos modelos-*mapas* que os estabilizam)

Por outro lado para considerar esta realidade *plural* na sua relação constitutiva com os princípios: o que significa interpelá-la *circularmente*... tanto como aquela realidade-referente que os princípios, na sua realização-determinação, conformam (e que por isso mesmo «adquire» um «sentido juridicamente valioso»¹⁰⁷), quanto como aquela prática de casos-acontecimentos e de decisões judicativas na qual as exigências dos princípios (frequentemente manifestadas nos critérios, mas nem por isso menos abertas a uma historicidade constitutiva) se tornam enfim plenamente inteligíveis e determinadas.

Sendo precisamente da conjugação destas duas vertentes que resulta a perturbação anunciada. Uma perturbação que podemos concentrar numa pergunta: a de saber se — e até que ponto é que — a fragmentação (no limite do *diferendo*) que afecta hoje as comunidades interpretativas e as suas situações institucionais (os projectos de realização, os materiais canónicos, os códigos linguísticos e extralinguísticos)... não ameaça afinal a própria manifestação constitutiva dos princípios — aquela que se descobre *in action* na teia destas comunidades restritas e no jogo que, em cada contexto histórico, as inter-relaciona —... ameaçando também, através dela, a pretensão de unidade do sistema (e no limite, a inteligibilidade reconhecível do mundo humano do direito ou do projecto que o ilumina). Se chegarmos à conclusão de que a multiplicação

um certo estatuto, mais ou menos convencionalmente objectivado (a realidade normativo-social que descobrimos nas sociedades, associações e outros corpos autónomos ou nas práticas que os constituem).

¹⁰⁶ Cânones que incluem evidentemente as regras ou bordões procedimentais autonomizadas por Fernando Bronze como um dos estratos do sistema jurídico (aquelas que, segundo o Autor, beneficiarão de uma *presunção de prestabilidade*): Bronze, *ob. cit.*, pp. 670-671.

¹⁰⁷ Castanheira Neves, *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, policop., terceira versão, cit., p. 60 (citando Zagrebelsky).

das situações institucionais (e dos códigos que estas mobilizam) suscita processos de realização-determinação incompatíveis com um sentido material (ou com a partilha deste), o compromisso prático pressuposto e o próprio horizonte de validade comunitária estarão certamente ameaçados. Uma ameaça que já não será certamente aquela que reconduz tal validade à solução contingente de um puro consenso *a posteriori* — a ameaça que associámos a uma possível hipertrofia tópico-problemática —, porque é já aquela outra que, reconhecendo a impossibilidade deste consenso (ou de uma sua repetição lograda), apenas preserva a possibilidade-limite de evocar uma tal validade ou o princípio que a especifica (e que na situação em apreço a representa) como se de um puro *nome* (mais ou menos apelativo) se tratasse.

3.3. Pergunta que nos restitui ao último patamar de institucionalização. Aquele em que tudo se recupera? Aquele pelo menos em que a exigência de uma articulação lograda entre *validade comunitária* e *contextos de realização*, entre *unidade intencional* e *pluralidade discursiva* (se não mesmo entre *clausura dogmática* e *problematização crítica*) encontra enfim a *oportunidade* de uma determinação *reflexiva* e a consciência estabilizadora que a torna possível. Que determinação reflexiva? Aquele que a nossa circunstância exige de uma *dogmática doutrinal* pratico-normativamente reinventada¹⁰⁸? Antes aquela que só uma articulação lograda das jurisprudências *judicial* e *doutrinal* — reconduzida à unidade prático-prudencial de um *direito de juristas*¹⁰⁹, mas também (e significativamente) amplificada por um encontro com patamares *metadogmáticos* (permitida por um diálogo fecundo com a reflexão universitária¹¹⁰) — estará em condições de enfrentar.

Para a *dogmática* em causa, responsabilizada pelo *continuum* em que se inscreve ou pela «conjugação» (entre os «tribunais» e a «universidade»)¹¹¹ que mediatiza, a *hora* já não é certamente apenas a de renunciar aos *despojos* (sobrevivos) de um paradigma perdido e aos simulacros de autonomia que estes aparentemente lhe garantem — quer se

¹⁰⁸ Castanheira Neves, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Lições proferidas a um curso do 1º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, cit., pp. 343-347, «A unidade do sistema jurídico...», cit., pp. 172, «Fontes do direito», cit., pp. 89-90, *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 157, 184 e ss.

¹⁰⁹ «Fontes do direito», cit., pp.90-93, *Metodologia Jurídica*, cit., pp. 185-186, *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, policop., terceira versão, cit., pp. 54-F a 54-Q.

¹¹⁰ *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, cit., pp. 74-75 (também nos *Digesta*, cit., vol.3º, pp.71-72).

¹¹¹ *Ibidem*, p. 74 (e 71).

trate de discutir as pretensões cognitivistas da *dogmatische Rechtswissenschaft* do século XIX... ou de reconhecer hoje as suas cicatrizes, nos códigos-rotinas ou nos sociolectos-territórios das diversas comunidades de juristas —, porque é também a de resistir a *novos* apelos e de assumir auto-reflexivamente estas resistências...

A de resistir à *conversão* que a *preserva* (no seu cognitivismo categorial-classificatório) como autêntica «organização das redundâncias» e rede *de segurança* — na mesma medida em que a responsabiliza por uma efectiva *desparadoxização* da jurisprudência judicial (Luhmann). A de resistir sobretudo aos apelos-programas que a *superam* ou *substituem*: àqueles que a submetem às soluções de uma tradução marginalista (*as free market jurisprudence*) [Law & Economics] ou às opções éticas de uma microfísica de poderes e resistências e à analítica interpretativa (*as deviationist doctrine*) que a prossegue (*Critical Legal Scholars*), quando não a substituem pelas possibilidades-promessas (já radicalmente exteriores) de uma *tecnologia social* (*social engineering*) ou de uma *crítica de ideologia* (teorias crítico-dialécticas, *postmodern jurisprudences*)¹¹²...

Sem ficarmos por aqui. Porque é também a *hora* desta dogmática se debater com a pluralidade de vozes que (já para além destas grandes opções-modelos) *internamente* a fragmentam — vozes que, disputando também a *jurisdictio* e a *academic house* que com ela convergem (e muito especialmente esta última... quando não são directamente produzidas por ela!), ameaçam ainda a inteligibilidade unitária de um autêntico *Juristenrecht*.

A *hora*, entenda-se, de se debater *conscientemente* com esta pluralidade. Como se não pudessemos confiar já apenas na dinâmica que inter-relaciona *communis opinio* e fluxos desviantes — no contraponto-*ordinans* entre as correntes que ocupam o *centro* ou que dominam a *superfície* e os pequenos rios *periféricos* ou *subterrâneos* (que se vão impondo... muitas vezes para ocupar o lugar dos primeiros!) — ou nesta dinâmica pressuposta (garantida) *as doing what comes naturally*. Mas então também como se uma comunicação criticamente lograda com as diversas *comunidades interpretativas* e as suas *redes limitadas de codificação* (ou pelo menos com os problemas que a

¹¹² Para um confronto esquemático de algumas destas propostas, veja-se o nosso «Rechtsdogmatik, Autonomie und Reduktion der Komplexität. Brauchen die Gerichte ein Sicherheitsnetz?», in Schweighofer et alii (Hg.), *Komplexitätsgrenzen der Rechtsinformatik. Tagungsband des 11. Internationalen Rechtsinformatik Symposions Iris 2008*, Boorberg Verlag, Stuttgart, 2008, pp. 463-472, passim.

pluralidade dos seus diagnósticos nos autoriza a detectar) se tivesse tornado indispensável para garantir que a dogmática doutrinal possa *efectivamente* desempenhar a sua tarefa *desoneradora*.

Não tanto nem apenas para impedir que as suas dimensões *descritivo-empírica* e *lógico-analítica* (empenhadas respectivamente na descrição reconstitutiva do direito vigente e no esclarecimento de categorias ou usos linguísticos) possam ser sustentadas autonomamente (em nome de uma intenção cognitiva ou de uma intenção analítica), entenda-se, para exigir que todas estas práticas-*tarefas* sejam levadas a sério na perspectiva de uma unidade intencional *normativo-prática* (e assumindo um discurso sujeito / sujeito) — intencionalidade e discurso estes especialmente *visíveis* na tarefa que explicita-constitui princípios ou que constrói modelos-critérios¹¹³. Também e muito especialmente para garantir que... entre o *desempenho desonerador* (e o *contrôle sistemático-racional*) que a dogmática cumpre dirigindo-se à prática judicativo-decisória *por um lado*, e a invenção autónoma (heurístico-antecipante) de fundamentos e critérios específicos que ela assume fazendo novas perguntas e esboçando respostas também novas *por outro lado*, passe a impor-se uma conexão muito mais reflectida (que não se limite a intensificar discursivamente a *natural* convergência destas duas tarefas)¹¹⁴. Ora uma conexão que se cumpre *internamente*, desempenhando uma outra (uma *terceira*) tarefa; aquela que responsabiliza a dogmática por uma reelaboração estabilizadora do próprio sistema (pela reconstituição prática das normas, pela explicitação normativa da experiência constituinte da casuística e da prática judicativa, pela mediação manifestante e reconstitutiva dos princípios), na mesma medida em que lhe exige que reconheça neste sistema a unidade-*ordinans* de uma pluralidade historicamente realizada. Reconhecimento que exige hoje por sua vez uma tematização crítico-reflexiva (com o apoio precioso das arenas metadogmáticas da teoria, metodologia e filosofia jurídicas!)... dependendo desta afinal a possibilidade de corresponder ao desafio de uma intenção que se possa dizer simultanea e incindivelmente *hermenêutico-sistemática, prático-judicativa* e *prático-realizanda*.

Uma comunicação criticamente lograda (e por isso mesmo muito exigente)... mas não certamente *equidistante*... porque comprometida com a *procura* hoje possível

¹¹³ Trata-se, como é evidente, de partir da distribuição de dimensões proposta por Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 308 e ss.

¹¹⁴ Trata-se ainda de mobilizar (selectivamente) a especificação das funções da dogmática proposta por Alexy: *ibidem*, pp. 326-332 (2.4.5.).

do projecto humano do direito (se não com a «proclamação» contextualmente plausível, mas nem por isso menos «incondicional», de um direito autónomo¹¹⁵). O que, como se vê, corresponde a uma institucionalização com condições *específicas*. Condições que, permitindo-nos levar a sério uma dialéctica entre unidade e pluralidade, integração e diferença, *não são* partilhadas pelos outros mundos práticos, nem podem ser reconhecidas e experimentadas projectando *unilateralmente* os problemas e soluções que estes enfrentam... e muito menos desvelando (sem mais!) o horizonte compreensivo (e as categorias de inteligibilidade) em que todos estes mundos participam.

4. Impondo-se-nos por fim uma (brevíssima) anotação conclusiva. A insistir na conexão entre a compreensão jurisprudencialista do sistema... e uma experiência de *autonomia* — e então e assim a responder directamente ao desafio imposto pelo contraponto *juridicidade / moralidade*.

Que experiência de autonomia? Aquela que nos atinge quando assimilamos o sentido e a continuidade de um *projecto práctico-cultural* ou quando reconhecemos que esse sentido (na sua identidade práctico-civilizacional) corresponde à *iterabilidade* de um exercício de demarcação *humano / inumano* e ao processo de aprendizagem que o renova. Processo de aprendizagem que há-de expor-nos ao *continuum* de pressuposição-experimentação-realização de uma intenção à *validade* — como se a novidade dos problemas-casos, inscrita em contextos de realização sempre distintos, nos impusesse uma reinvenção permanente de tal validade e do projecto que a assume... —, na mesma medida em que nos permite reconhecer que, se este projecto *identifica* uma dimensão inconfundível da nossa prática — aquela em que nos expomos como sujeitos *comparáveis* de direitos e de deveres (inscritos numa teia de *bilateralidades atributivas*) —, é decerto porque nos oferece uma oportunidade de criação-realização de *sentidos comunitários* específicos, com soluções de integração intencional e teleologicamente inconfundíveis (sentidos aqueles e soluções estas constitutivos da *experiência* de um certo *homo humanus* de autonomia e de responsabilidade)¹¹⁶.

¹¹⁵ Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, cit., p. 74 (e 71).

¹¹⁶ *Sentidos* que só poderemos compreender se reconhecermos uma (não menos específica) *intenção à validade* e a experiência de integração que esta assegura — sendo esta diferente das (embora não indiferente às) experiências de integração que constituem outras dimensões da nossa prática...

Anotação que nos autoriza enfim a concluir. Para dizer que, se nos é permitido falar de ética (ou de uma *dimensão ética*) como traço identificador da procura do direito — se quisermos, com FULLER, continuar a identificar a «morality that makes law possible»¹¹⁷ —, não é certamente para compreender uma incorporação da moralidade social dominante (substantivamente levada a sério como eticidade-*Sittlichkeit* ou *communitarian tradition*)... nem para concluir que a correcção moral é condição *suficiente* da validade jurídica (porventura com a referência objectiva a uma moral procedimental universalística), tal como não é certamente para requerer que as formas juridicamente relevantes de argumento incorporem (com limites e constrangimentos decerto tematizáveis) os *warrants* e os *backing* da *ética filosófica*¹¹⁸. É em contrapartida (seguindo a pretensão de FULLER mas já não a sua resposta!) identificar um modo específico *interno* de conceber e experimentar a *humanitas* e a *phronesis* — um modo que não é certamente universal mas cultural e civilizacionalmente construído, cujos compromissos só nos vinculam se forem submetidos a uma reconstrução crítica permanente (ela própria nuclearmente *institucionalizada*). *Critical thinking does not undermine normativity; rather, it supports it*¹¹⁹.

¹¹⁷ Fuller, *The Morality of Law*. London: Yale University Press, revised edition, 1969, pp.33 ff.(«The Morality that Makes Law Possible»).

¹¹⁸ Ainda que se trate de fazer «coincidir» o domínio desta ética com o do «raciocínio prático» ou da *praxis*, num «sentido amplíssimo» iluminado pela matriz aristotélica. Esta última compreensão da relação *juridicidade/ eticidade* (ou mais rigorosamente, das relações que se estabelecem entre «a razão jurídica, a razão democrática e a razão ética») tem sido exemplarmente explorada por José de Sousa e Brito: ver muito especialmente «Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça», *Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 289 e ss., 325-334.

¹¹⁹ Ver *supra*, nota 14.