

A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferendo»?

José Manuel Aroso Linhares
Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
professor convidado do Departamento de Direito da Universidade Lusófona do Porto

* O texto que agora se publica serviu de base à comunicação apresentada nas Conferências Jurídicas 2007 da Universidade Lusófona do Porto (Departamento de Direito) no dia 31 de março de 2006 (I Conferência: *Filosofia do direito, Teoria do direito e Metodologia Jurídica*).

Resumo

Com o objetivo de discutir as possibilidades de uma *certa* «teoria» do direito (que possa expor-se-nos como um «testemunho» específico da «circunstância» do pensamento jurídico do nosso tempo), este ensaio explora diferentes concepções da jurisdição (como *intenção de realização* e como *discurso*).

Abstract

This essay explores a spectrum of *concepts* of jurisdiction (experienced as *practical intention* and *discursive reasoning*). The aim is to discuss the possibilities of a *certain* law's «theory» (and this one as a specific «testimony» of contemporary *jurisprudence's* circumstance).

I

Dirigirmo-nos à *jurisdição* como *intenção de realização* e como *discurso* – reconhecendo explicitamente as «situações institucionais» que constituem (ou podem constituir) o *modus operandi* deste discurso e o(s) «projetos» ou exigências de sentido que iluminam (ou que devem iluminar) aquela intenção¹ – é hoje enfrentar uma

¹ «Situações institucionais» associadas ao *desempenho* autónomo de uma prática: com um alcance que a caracterização das *comunidades interpretativas* assumida por FISH – muito especialmente em *Professional Correctness. Literary Studies and Political Change* (Oxford Clarendon Lectures, 1993), Harvard, Harvard University Press, 1999, pp. 19 e ss. («Distinctiveness and Its Costs») – nos ajuda a experimentar. Mas então «situações institucionais» que nos importam menos na sua projeção estrutural (e nas opções *externas* que contingentemente lhes vão respondendo) do que na sua inteligibilidade *interna*. Uma inteligibilidade *interna* que – já para além das possibilidades que a proposta de FISH nos oferece (se não explicitamente *contra* os limites que tal proposta nos impõe) – queremos vincular a um autêntico problema *metodológico* de realização do direito (e à reflexão que este suscita). Para uma autonomização do problema da jurisdição como problema *intencional* ou *interno* («o problema da intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e o sentido que ela assume e realiza») – em confronto com os problemas *estruturais* ou *externos* associados ao «fazer jurisdicional» («que consideram o poder, a organização, a responsabilidade e o modo desse exercício») –, ver CASTANHEIRA NEVES, «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», *Boletim da Faculdade de Direito* LXXIV, 1998, pp. 3-4. Para uma acenuação da importância deste problema do poder-função judicial – enquanto problema de *sentido* (o problema da «jurisdição» no seu «compromisso ao direito» e «na autónoma responsabilidade da sua histórico-concreta realização») –, ver ainda CASTANHEIRA NEVES, «Introdução ao

diversidade sem precedentes de *representações* possíveis. Espectro que as etapas anteriores deste nosso encontro foram descobrindo e experimentando, cujo *problema* gostaria aqui e agora *expressamente* de considerar. Sem esquecer que este problema é menos o da *diversidade* de representações enquanto tal – inscrita numa *pluralidade* (não menos complexa) de concepções do direito – do que o da possibilidade e o da exigência de a *testemunbar* – e então e assim também o de encontrar o *caminho* e o *idioma* indispensáveis².

Um problema no qual importa imediatamente mergulhar, ainda que apenas para surpreender as *vozes* (mais significativas) desse espectro. Admitindo que esta primeira tentativa de reconhecimento-*mapping* possa socorrer-se já de um filtro de inteligibilidade plausível (entre muitos outros mobilizáveis). Um filtro de inteligibilidade capaz de iluminar o espectro em causa sem reduzir a extensão das possibilidades (mais ou menos contingentes) com que este se nos oferece e sem impor a estas possibilidades territórios estanques... mas então também capaz de respeitar a «estrutura» *heterotópica* que os diversos discursos e os diversos projetos – e todos eles como sujeitos-partes *num sentido absoluto* – compõem³. Um filtro de inteligibilidade que as nossas preocupações presentes possam imediatamente reconhecer (com o qual estas inevitavelmente se cruzem)...

Colóquio “O poder (função) judicial e o direito” » (21 de abril de 2006), publicada em *Reflexões – Revista científica da Universidade Lusófona do Porto*, ano 1, nº1, 1º semestre 2006, pp. 314-315. «[N]ão está em causa, nem a sociologia – os pressupostos, as condições e os efeitos sociais –, nem o sistema funcional – a estrutura organizatória, a funcionalidade e a eficiência –, e sim o próprio sentido do poder-função judicial enquanto jurisdição (...). Não o *contexto* (a possibilidade e as consequências), nem o *como* funcional (a estrutura e o funcionamento), mas o *que* (sentido e tarefa) esses poder-função é chamado a realizar nas condições contextuais e mediante aquela funcionalidade...» (*Ibidem*, p. 314).

² Se os termos *pluralidade*, *diferendo*, *testemunho*, *procura do idioma* (recorrentemente mobilizados no texto) nos remetem para a experimentação das «instâncias da linguagem» assumida por LYOTARD, importa ver nesta convocação um mero recurso expressivo – inteiramente desvinculado das representações da *heterogeneidade* e da *incomensurabilidade* que singularizam a «procura filosófica» do autor de *Le différend*. Para uma tradução exemplar das exigências desta procura (e dos pressupostos que a condicionam) ver LYOTARD, *Peregrinations. Law, Form, Event*, Columbia, Columbia University Press, 1988, cit. na tradução (reconstituição) francesa do próprio Autor *Pérégrinations. Loi, forme, évènement*, Paris, Éditions Galilée, 1990, pp. 26 e ss., 61-87 («Brèches»).

³ É ainda o universo linguístico de *Le différend... corrigido* embora pela mediação exemplar de WELSCH e pelas sugestões que esta nos oferece. Assim em *Unsere postmoderne Moderne* (1987), Weinheim, Acta Humaniora, 1991, pp. 227 e ss (todo o capítulo VIII, intitulado precisamente «Der Widerstreit oder eine postmoderne Gerechtigkeitskonzeption»), muito especialmente pp. 251-256 («Kritik des Autonomie und Heterogenitäts-Theorems»).

Que filtro de inteligibilidade? Atrevo-me a propor aquele que mobiliza o contraponto *societade / comunidade* (*societas / communitas, Gesellschaft / Gemeinschaft*). 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)⁴. 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 *jurisdição* – e os modelos ou «imagens» do juiz que estas constroem – a uma organização-demarcação justificada por exigências e por recursos de integração (mas também por *tipos de racionalidade*) inconfundíveis – precisamente aqueles que os referidos polos justificam (ou atraem).

Que esta organização está longe de reduzir as possibilidades do espectro interpelado, é o que poderemos confirmar identificando os caminhos que ela nos oferece e levando a sério a distribuição correspondente.

1. Tratando-se desde logo de *experimentar* o horizonte da *societas*-artefacto e (ou) de identificar assim três planos ou níveis de objetivação (e a sobreposição-*overlapping* que os articula).

[α] Aquele que, permanecendo fiel à narrativa de uma criação *ex nihilo* e ao homem *desvinculado* («independente de toda e qualquer tradição»⁵) que por ela se responsabiliza – se não mesmo ao *status naturalis* e (ou) à *original position* (*universalmente* representados), que a tornam possível –, nos incita simultaneamente a descobrir na *emancipação lograda dos interesses* e na equivalência

⁴ Para uma síntese reconstrutiva das possibilidades deste debate— que é também e sobretudo uma tentativa de encontrar um caminho possível, um caminho que culmina na representação de uma concepção *pós-tradicional* de comunidade (dominada pela reinvenção das exigências da *solidariedade*, se não pela *reciprocidade* de uma celebração «afetiva» da «singularidade individual da outra pessoa») –, ver Axel HONNETH, «Posttraditionale Gemeinschaften. Ein konzeptueller Vorschlag», in *Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 2000, pp. 328 e ss.

⁵ «[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 fins – mas também na redução dos referentes (e dos critérios) *materiais* a um acervo de *afirmações de preferência* (subjetivamente experimentadas) – as coordenadas decisivas do seu *problema* (e da *ordem* que o assimila)⁶.

[β] Ainda aquele que, encontrando no eixo da *episteme* e nas «inferências» que este legitima o reservatório-círculo dos procedimentos metódicos permitidos, submete este mesmo eixo a um processo-movimento de transformação – capaz de acompanhar os projetos interpretativos da comunidade dos cientistas (e os códigos de relevância e de comprovação-falsificação que estes mobilizem)... mas também capaz de institucionalizar diversos equilíbrios (que o reformulem sob as máscaras de uma *episteme-techné*... e de uma *techné-episteme*, abrindo-o a outros tantos discursos *de razões*).

[γ] Sem esquecer aquele que, num traçado paralelo, responsabiliza as abstrações 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)⁷ – por uma tensão constitutiva irredutível e um pluralismo interno ineliminável, precipitados em outros tantos modelos de equilíbrio (*as an appeal to one out of several conceptions of universalizability or to one out of equally multifarious conceptions of utility*⁸).

Tratando-se então de *experimentar* o horizonte da *societas-artefacto*... expondo-o numa (ou como uma) sucessão-*continuum* de *formas* e de *processos* de associação – formas e processos que exigem palcos distintos.

Palcos que não-de corresponder a outras tantas possibilidades da «sociedade aberta» moderno-iluminista, na mesma medida em que consagram distintos «estatutos» *universais* de *cidadania* – dominados pela garantia da compossibilidade dos arbítrios, pela efetividade da expansão-generalização dos benefícios ou pelo equilíbrio da autodi-

ferenciação sistêmica (autopoieticamente concebida)⁹... mas também e muito significativamente expostos às finalidades contrapostas de um *market mimicking* (POSNER) e de um paradigma «comunicacional» (HABERMAS).

Bastando-nos aludir a esta sobreposição-*overlapping* de exigências (e à sua difícil distribuição interna) para perceber que a identidade da *jurisdição* interrogada na perspectiva da *societas* se determina reconhecendo as possibilidades de uma relação orgânica: relação orgânica com a unidade-ordem (político-socialmente construída) e com o *status adventitius* que a institucionaliza, mas também e muito especialmente com a «vontade unificadora» (globalmente promulgada) que a representa. e então e assim também com a *lex* e com o *legislador* – com aquela *lex* e com aquele *legislador* que uma certa «revolução»-acontecimento (*als Revolution [eines] geistreichen Volks*¹⁰) tornou afinal possíveis. Sem esquecer que esta mesma determinação se cumpre *unilateralmente*: levando a sério as possibilidades de sentido desta prescrição-*lex* e (ou) reconhecendo as condições funcionais que a especificam ou experimentam – como *norma*, como *imperativo* ou como *regra*¹¹, mas também e muito significativamente como *programa (condicional, final ou relacional)*¹². O que é ainda poder reconhecer três grandes

⁹ Sublinhando a institucionalização do paradigma moderno-iluminista que corresponde ao ciclo da «formalização» e as experiências de «crise» desse mesmo paradigma que correspondem à «neomaterialização» do *Welfare State* e à «formalização e reprocessualização» pós-instrumentais, ver por todos CASTANHEIRA NEVES, *O problema actual do direito. Um curso de Filosofia do Direito*, Coimbra-Lisboa 1997, polic., pp. 15-52.

¹⁰ KANT, *Der Streit der Fakultäten* (1798), zweiter Abschnitt (*Der Streit der philosophischen Facultät mit der juristischen*), cit. na compilação de textos de KANT proposta por Manfred RIEDEL sob o título *Schriften zur Geschichtsphilosophie*, Stuttgart 1974, reedição de 1985, Reclam Universal-Bibliothek (nº 9694), Philipp Reclam jun. GmbH & Co., reimpressão de 2004, pp. 190 e ss (6. «Von einer Begebenheit unserer Zeit, welche diese moralische Tendenz des Menschengeschlechts beweiset»)

¹¹ Com o alcance que CASTANHEIRA NEVES nos ensina a reconhecer: «“Norma” em sentido estrito implica uma intencional e constitutiva racionalidade – norma é *ratio*, uma *ratio* que a sua normatividade assimilária e ela exprimiria. (...) *Imperativo* implica um poder e imputa a exigência ou imposição de um determinado comportamento, que a sua prescrição enuncia, à *voluntas* de uma *potestas* (...). Por sua vez, “regra” é uma diretiva para a ação, qualquer tipo de ação, que nem se funda numa específica racionalidade ou a exprime (como a norma), nem é imposta por um poder (como o imperativo), mas traduz uma mera convencionalidade, [esgotando-se] na prescritividade dela resultante...» [Teoria do direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, polícopiado, Coimbra 1998, (versão em fascículos) pp. 77, 83, 87, (versão em A4) pp. 42, 46, 48].

¹² Trata-se evidentemente de o dizer com TEUBNER, invocando o conhecido diagnóstico de «Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, volume 68, 1982, pp.13 e ss.

⁶ «[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 I, pp. 327-328)

⁷ MACINTYRE, *Whose Justice? Which Rationality?*, cit., p. 353 («the Enlightenment invoked the arguments of Kant or Bentham...»).

⁸ *Ibidem*, p. 334.

discursos *em alternativa* (e uma multiplicidade de especificações possíveis): aqueles (e aquelas) que as racionalidades lógico-dedutiva, instrumental-estratégica e *prático-* (se não já *pragmático-*) -procedimental nos permitem reconhecer. De tal modo que dar-mo-nos conta daquela sobreposição-*overlapping* (e dos caminhos que esta distingue) signifique também reconhecer (distribuir... e relacionar) os lugares que as diversas representações do juiz da *societas* nos autorizam afinal a frequentar. Partindo do *juge bouche de la loi* do «paradigma da aplicação»¹³ – ou da máscara orgânico-funcional que o protege (e que o consoma como *juge arbitre*¹⁴) –... para reconhecer o *juge entraineur* e a passagem da «judicatura à magistratura» (*le modèle de justice normative-technocratique*) justificados pela intervenção do *Estado Providência*¹⁵ – se não já a «jurisdição de tipo sociológico» a que nos entrega a etapa de *l'Âge de l'homme-forme contemporaine* (e esta como *sociedade da segurança e dos seguros*, que é também da *solidariedade*)¹⁶. Antes porventura de exigir que o juiz político do *grande consenso constitucional* (*tático* comprometido com uma grande estratégia *material*)¹⁷ se distinga do juiz-«centro do sistema» (justificado pela reformalização pós-instrumental)¹⁸. Sem esquecer a «fuga para frente» da *social engineering* e o projeto-território do *teleologismo tecnológico* que a torna possível¹⁹: enquanto e na medida em que transforma a

decisão judicial num degrau equivalente ao da execução administrativa.

Como se apenas uma «diferença de grau» (e não uma «diferença essencial») separasse estes dois problemas (inevitavelmente *confundidos* nos seus processos de decisão e nos exercícios de «fantasia prática» que justificam) daquele que corresponde à construção (determinação) da estratégia legislativa. Uma estratégia que a *social engineering* em causa reconstitui à luz de um princípio epistemológico de *experimentação crítica* (e dos princípios-*ponte* que o especificam²⁰).

O que nos conduz também à (singular) concertação de *free market conservatism* e de *recusant substantial pragmatism* (alimentada por uma profissão de fé nas virtudes do *trial and error* e da *rule of law*) que distingue o juiz da *economic analysis*²¹ – muito especialmente aquele que interpreta o «interesse público» à luz de um objetivo de «maximização da riqueza (*wealth maximization is not only a guide in fact to common law judging, but also a genuine social value and the only one judges are in good position to promote*)²². O que nos conduz ainda a novas e surpreendentes combinações de argumentos formalistas e instrumentais (se não, insista-se, das heranças ou de certas heranças de KANT e de BENTHAM): aquelas que a *institutional theory of law* (MACCORMICK²³)

¹³ Ver a reconstituição-síntese deste *paradigma* proposta por CASTANHEIRA NEVES na *Teoria do direito...*, cit., (versão em fascículos) pp. 103-110, (versão em A4) pp. 57-60.

¹⁴ Para o dizermos invocando o modelo de *justice légaliste-libérale* autonomizado por François OST, «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraineur. Trois modèles de justice», in GÉRARD /KERCHOVE / OST (ed.) *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, Transformations et déplacements*, Bruxelles, Presse des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 1 e ss, 37-38, 57-58.

¹⁵ Ainda segundo o mesmo diagnóstico e os *tipos ideais* que este autonomiza: *ibidem*, pp. 11-15, 20-21, 23-25, 38-44, 45-57, 58 e ss.

¹⁶ Para o dizermos agora com François EWALD: cfr. Foucault, *la Norme et Le Droit*, Paris, Gallimard, 1980, cit. na versão portuguesa Foucault, *a norma e o direito*, Lisboa, Vega, 1993, pp. 88-98, 106 e ss, *L'État-Providencia*, Paris 1986, pp. 141 e ss (Livre II, *Le risque*), 171 e ss («Un art des combinaisons»), 433 e ss («Droit social»), 577-600.

¹⁷ Para uma reconstituição crítica desta proposta de *juiz político* (enquanto «conversão» da *teleologia* mobilizável aos «compromissos e ao espírito do sistema político-normativo constitucional») ver CASTANHEIRA NEVES: *Teoria do direito...*, cit., (versão em fascículos) pp. 227-234, (versão em A4) pp. 121-124 e «A redução política do pensamento metodológico-jurídico», *Digesta*, cit., volume II, pp. 404-409.

¹⁸ Com o alcance defendido por LUHMANN em *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1993, pp. 338 e ss, 387 e ss.

¹⁹ De acordo com a proposta justificada por Hans ALBERT: cfr. exemplarmente os desenvolvimentos propostos em «Das Problem der sozialen Steuerung und die Idee einer rationalen Jurisprudenz», capítulo III do *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1978, pp. 60 e ss,

Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Die Recht als Sozialtatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, *passim*, e «Werturteil, Recht und soziale Ordnung: zur Kritik der Normativismus und der reinen Jurisprudenz», *Kritischer Rationalismus. Vier Kapitel zur Kritik illusionären Denkens*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 41 e ss.

²⁰ *Traktat über rationale Praxis*, cit., pp. 150-155, 171-182.

²¹ Com o alcance que pudemos reconstituir em «A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a *Law & Economics Scholarship*», *Boletim da Faculdade de Direito LXXVIII*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 65 e ss., 141-160 (5.3.).

²² POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard, Harvard University Press, 1990, p. 360. «The economic analysis of legislation implies that fields of law left to the judges to elaborate, such as the common law fields, must be the ones in which interest-group pressures are too weak to deflect the legislature from pursuing goals that are in the general interest. Prosperity (...), which wealth-maximization measures more sensitively than purely monetary measures (...), is one of these goals, and the one that judges are especially well equipped to promote...» (*Ibidem*, p. 359).

²³ Cfr. a exploração dos diversos tipos de racionalidade proposta em *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978, cit. na reimpressão de 1997 (da versão revista de 1994), pp. 53 e ss. («Deductive Justification – Presuppositions and Limits»), 100 e ss. («Second-Order Justification»), 128 e ss («Practicalist Arguments»), 265-274 («Law, Morality, and the Limits of Practical Reason»).

por um lado e o *new textualism* (VERMEULE²⁴) por outro lado nos ensinam a reconhecer.

Sem esquecer por fim as margens. Aquela em que a relação *legislador estratega / juiz tático* se nos impõe «perturbada» pela interferência de «estratégias» *alternativas* – estratégias que só uma distinta compreensão da *societas* e da relação *teoria/ praxis*, se não da ciência como «ontologia do ser social» (alimentada pelas possibilidades-frentes de reinvenção do holismo crítico-dialético) estará afinal em condições de assumir²⁵. Ou ainda aquela que invoca a condição *pós-moderna* de uma *societas* «em rede» (sustentada numa pluralidade de níveis de poder e numa desordem dominada de processos de transformação) para nos submeter à exigência de um direito «líquido» (*intersticial*): o direito que um certo juiz Hermes estará em condições de reconhecer e de experimentar²⁶.

2. Dificuldades de determinação (e de reconhecimento de fronteiras) que estão longe de se reduzir... se quisermos descobrir o julgador comprometido com o *regresso da comunidade*.

Ainda aqui o ponto de partida admite reconstituir-se como uma posição ou como uma frente *partilhada*.

[α] Aquela que reduz a experiência da *societas* e a identidade coletiva que esta explora (como *totalidade* e como *artifício*) a uma dimensão-modelo (se não a uma «tradição» interpretativa) entre outras possíveis (como tal acompanhada de um catálogo seletivo de virtudes e de uma representação-experiência do humano)²⁷.

²⁴ Cfr. a justificação empírico-estratégica do textualismo formalista (ou da decisão que o assume como proposta interpretativa) defendida por Adrian VERMEULE em «Interpretative Choice», *New York University Law Review*, volume 75 nº 1, 2000, pp. 74-149.

²⁵ Referimo-nos às *teorias críticas do direito* explicitamente inscritas na herança da *Escola de Frankfurt*. Como um exemplo possível, invoque-se a construção (relativamente heterogênea) proposta por Luiz Fernando COELHO em *Teoria Crítica do Direito*, Porto Alegre 1991, *passim*. Para uma reconstituição das «imagens» do juiz comprometidas com *estratégias alternativas* (distinguindo as experiências do *uso alternativo del diritto* e dos *jueces para la democracia* do chamado «direito alternativo brasileiro»), ver por todos Lédio Rosa de Andrade, *Introdução ao direito alternativo brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, pp. 105 e ss («História do Direito Alternativo Brasileiro»), 186 e ss. («Jurisprudência alternativa»), 235-297 («Identities and differences with the Europeans»).

²⁶ Com o alcance que mais uma vez OST nos permite reconhecer, agora em «Jupiter, Hercules, Hérmes: Trois Modelés du Juge», in Pierre BOURETZ (org.), *La Force du Droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, cit. na tradução castelhana «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», *Doxa*, nº 14, 1993, pags. 169 e ss., 182-194 («Hermes, la red y el banco de datos»).

[β] Ainda e muito especialmente aquela que se propõe reinventar a *communitas* na plenitude dos seus atributos simbólico-culturais: rejeitando todos os caminhos que no-la exponham a uma determinação-«corroboração» de elementos ontológicos indisponíveis (ou de dimensões antropológicas *naturais*)... e então e assim levando 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 transformar²⁸.

[γ] Eventualmente também aquela que (numa especificação lograda das anteriores) vincula a *communitas* à «tradição» de uma *praxis-prattein* autónoma (*logistikon bouleues-thain to praktikon dianoëtikon*) e às virtudes intelectuais que a distinguem – à atividade-*energeia* da *phronesis* e ao movimento-*kinésis* da *poiesis-techné* –, na mesma medida em que liberta estas virtudes (e os discursos racionais que estas geram) do horizonte de inteligibilidade de uma ordem necessária – daquela ordem que só a «contemplação» iluminada pela *sophia* (enquanto exigência de experimentar a articulação *telos / êtbos* como uma *energeia* autónoma, cumprida como *bios* e como *mimesis*) estaria afinal em condições de garantir²⁹.

²⁷ Com o alcance que o diálogo com o narrativismo comunitarista nos permitiu defender em «*Humanitas*, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial. O «pormenor» do Direito na «ideia» da *Europa das nações*: um diálogo com o narrativismo comunitarista», *Dereito. Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume 15, número 1, 2006, pp. 34 e ss. (3.4), 41 e ss (3.5).

²⁸ Ainda que uma tal associação determine um acontecimento ou desenvolvimento «traumático». Decerto porque este acontecimento terá que ser coletivamente experimentado e (como tal) *internamente* assimilado. As transformações (se ocorrerem) serão aquelas que a assimilação prático-comunitária «legítima». Neste sentido, cfr. «*Humanitas*, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial...», cit., pp. 21-22 (1).

²⁹ Trata-se evidentemente de pressupor o «equilíbrio» autonomizado no livro VI da *Ética a Nicómaco*, assumindo simultaneamente a exigência de o superar (e de o superar convocando um outro sentido da prática e o horizonte de inteligibilidade que lhe dá sentido). Para uma reconstituição da compreensão aristotélica, convoquem-se as mediações imprescindíveis de Pierre AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, Paris 1963, cit. na tradução castelhana *La prudencia en Aristóteles*, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 43 e ss. (toda a *segunda parte*) e de Joseph DUNNE, *Back to the Rough Ground. Practical Judgment and the Lure of Technique*, Notre Dame (Indiana), University of Notre Dame Press, 1997, cit. na reimpressão de 2001, pp. 237 e ss. («Theory, Techné, and Phronesis: Distinctions and Relations»), 275 e ss. («The Circle between Knowledge and Virtuous Character: Phronesis as a Form of Experience»).

Que dizer no entanto das respostas que assumem esta frente e os seus desafios? Mais do que um *overlapping* de intenções distintas (alimentadas por uma herança comum) – com o alcance que a procura do juiz da *societas* (na sua inteligibilidade macroscópico-funcional) nos permitiu descobrir –, dir-se-ia com efeito que estas respostas – e os processos de desenvolvimento que elas asseguram – nos impõem antes um elenco de possibilidades *alternativas* (cada uma delas com diversos caminhos).

Um elenco-espectro de possibilidades ferido transversalmente por desafios recorrentes e pelas respostas positivas e negativas que estes exigem – aqueles que (na sua polaridade exemplar) nos incitam a descobrir o *juiz da comunidade dos princípios* e o *juiz narrador* (urdidor permanente de narrativas *singulares* e das *palavras últimas* que as fecham). Um elenco-espectro de possibilidades que não obstante confere a estes desafios (e não apenas às respostas que os enfrentam) sentidos e representações *incomensuráveis*.

Bastando-nos aqui e agora reconhecer que a reinvenção da *jurisdictio* comprometida com o veio autossustentado de uma *philosophia practica* (assim mesmo preocupada com a autonomia constitutiva da *phronesis* e com a racionalidade *sujeito / sujeito* que a distingue) – ela própria distribuída (quando não fragmentada) pelos polos–exigências da *recontextualização* hermenêutica e da *problematização* retórico-argumentativa³⁰ – constitui apenas um dos eixos a ter em conta. Um eixo decerto muito complexo – capaz de acolher discursos de fundamentação material e de determinação procedimental... e de assumir (mas também de ignorar) uma preocupação condutora com a autonomia do direito (ou com a especificidade do seu *logos*) –... e que não obstante importa distinguir *em bloco* daquele outro eixo a que a discussão da alternativa *comunitarista* nos vincula (e do holismo ético-prático, se não da abordagem macroscópica a que, independentemente das suas modalidades, esta nos expõe³¹).

Sem esquecer que *outros* eixos nos comprometem já, em contrapartida, com as exigências de uma comunidade-*promessa* e com a experiência *microscópica* que a determina, se não com a inevitabilidade de um *continuum* prático (um *continuum* prático que sendo *energeia* não o seja menos *kinésis* e *aisthesis*, e que assim mesmo nos condene a

renunciar a uma *phronesis* autónoma): decerto porque estes outros eixos expõem a representação do *sentido* (e as possibilidades da vocação integradora que o alimenta, se não a ordem-*ordinans* que o traduz) às seduções (concertadas ou divididas) de uma *moralidade política*, de uma *estética do sublime* e de uma *ética da alteridade* – a primeira preocupada com o encontro tentacular dos *efeitos de poder e de resistência* e com o «entrincheiramento de hierarquias» que suspende (ou vai suspendendo) o seu movimento *perpétuo* (mas também e muito especialmente com a possibilidade de o inverter)³², a segunda a mobilizar a experiência do *juízo* ao qual «só o particular é dado» para reconhecer a singularidade irrepitível de um momento de sensação-*aisthesis* e exigir um discurso que liberte a *phronesis* do pensamento prático (de um pensamento prático sustentado numa validade normativamente vinculante)³³, a última a reconhecer que o contexto-correlato da procura da *relação singular* (na unicidade e incomparabilidade do seu *dizer*) se descobre enfim na *perspetiva* (determinante) de um «Eu de responsabilidade infinita»³⁴.

Alusão que nos basta para perceber que os *juízes comprometidos com o regresso da comunidade* podem ser aqueles que, assumindo a prioridade radical do texto, nos vinculam às *intentiones operis* (exemplarmente contrapostas) da *nova hermenêutica* e da *desconstrução* (a estas apenas como atitudes *prático-existenciais*... ou a estas também como métodos possíveis)³⁵. Como podem também

³⁰ Cfr. a síntese proposta por CASTANHEIRA NEVES na *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, pp.70-78.

³¹ Cfr. a síntese destas «modalidades» ensaiada por Kurt SEELMANN em *Rechtsphilosophie*, München, Beck, 3ª edição (ampliada), 2004, pp. 193 e ss. («Kommunitaristische Gerechtigkeitstheorien»).

³² Trata-se de invocar a herança de FOUCAULT assimilada (seletivamente) pelos *Critical Legal Scholars*. Para um desenvolvimento crítico das possibilidades deste «cruzamento», ver Ana Margarida GAUD NCIO, *Entre o centro e a periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement* (Dissertação de Mestrado em *Ciências Jurídico-Filosóficas*), Coimbra, polic., 2004 (a publicar em breve), pp. 39 e ss (2.2.3.), 190 e ss (4.3.).

³³ O caminho é agora a «reconversão» lyotardiana da estética kantiana do *sublime*, na tradução expressamente assumida por WELSCH (que algumas linhas das *Postmodern Jurisprudences* virão a assimilar). Para uma reconstituição das possibilidades deste caminho (e do horizonte que este impõe à «interpretação», se não «re-escrita», do livro VI da *Ética a Nicómaco*) veja-se o nosso *Entre a re-escrita pós-moderna da juridicidade e o tratamento narrativo da diferença...*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 241-265, 481 e ss., 495-507.

³⁴ Com o alcance que explorámos em «O *dito* do direito e o *dizer* da justiça. Diálogos com Levinas e Derrida», in CANOTILHO / STRECK (org.), *Entre discursos e culturas jurídicas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 181 e ss.

³⁵ Para uma síntese das duas conceções da *intentio operis* aqui em confronto ver Manuel Alexandre JÚNIOR, *Hermenêutica Retórica. Da retórica antiga à nova hermenêutica do texto literário*, Lisboa, Livraria Espanhola, 2004, pp.164 e ss. («Facetas de uma estratégia hermenêutica global»). Sem esquecer os textos exemplares que integram Diane P. MICHELFELDER/ Richard E. PALMER (ed.), *Dialogue and Deconstruction. The Gadamer-Derrida Encounter*, New York, State University of New York Press, 1989, *passim*.

ser aqueles que, levando a sério a *prioridade da perspectiva do caso*, nos entregam às possibilidades (inconfundíveis) de uma *tópico-retórica* procedimental e de uma dialética *sistema / problema* materialmente assumida³⁶. Ou ainda aqueles que, convocando a prioridade absoluta do Outro se expõem às lições (não menos exemplarmente contrapostas) de uma *jurisprudence of principles* (iluminada por uma *filosofia do limite*) e de uma justiça-*dike* (precipitada numa experiência momentânea da justiça)³⁷. E porque não aqueles que partindo de um certo *literary turn* (ou do cruzamento crítico-reflexivamente assumido das experiências do direito e da literatura) nos expõem tanto ao narrativismo *wertrational* de um *communal lawyer* (traduzido numa *intentio lectoris*)³⁸ e de um *literary judicious spectator* (capaz de

justificar uma *poetic justice*)³⁹, quanto ao narrativismo emancipatório de uma *gender consciousness*⁴⁰ ou de uma *race consciousness*⁴¹, se não já ao *pathos* (seletivamente reconstruído) de uma «realização»-*performance*⁴²? Sem esquecer decerto aquele que (agindo *como se fosse um advogado*) nos incita a defender uma *ordem de preferências* «altruista»⁴³. Ou ainda aquele que (levando a sério um determinado equilíbrio com a *societas* dos direitos) assume o seu horizonte *wertrational* (e a exigência de *integrity* que o traduz) afivelando a máscara de um Hércules⁴⁴.

Para uma reconstrução crítica das exigências da *hermenêutica compreensiva* como «filosofia prática» e como «método» (nos seus cruzamentos exemplares com o discurso jurídico), ver CASTANHEIRA NEVES, *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 46-107, 362 e ss., 378 e ss. e *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 58-68.

Já a discussão das *máscaras* do desconstrutivismo «pós-estruturalista» (la *Déconstruction, the Deconstruction with a capital "D"*) enquanto reflexão «filosófica» e enquanto proposta «metódica» – na sua relação decisiva com os *Critical Legal Studies* (se não mesmo com uma etapa específica destes «estudos») – leva-nos a convocar três impressivas sínteses de BALKIN: «Deconstructive Practice and Legal Theory», *Yale Law Journal*, volume 96, 1987, 743 e ss., «Deconstruction», in D. PATTERSON (ed.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory*, London, 1996 e «Deconstruction's Legal Career» (1998), *on line text* [todos disponíveis na *Jack Balkin Home Page*, <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin>]. Veja-se também a reconstrução que propusemos em «Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita. Os enigmas de "Force de loi"», *Ars Iudicandi. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Castanheira Neves*, número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (a publicar em breve), pontos 1. (notas 3-11) e 3.1.

³⁶ Para reconhecer estes dois polos de compreensão da prioridade do caso (e da perspectiva que o assume), ver o diálogo crítico que CASTANHEIRA NEVES desenvolve com a racionalidade tópico-argumentativa (enquanto convoca o eixo *validade / dogmática / sistema* e a autonomia irreduzível que lhe corresponde, na sua dialética constitutiva com o problema): *Metodologia jurídica*, cit., pp. 72-74 [???], 78-81 [???].

³⁷ Trata-se de confrontar as propostas de DRUCILLA CORNELL (*The Philosophy of Limit*, New York/London, 1992) e de COSTAS DOUZINAS / RONNIE WARRINGTON (*Justice Miscarried. Ethics, Aesthetics and the Law*, New York/London/..., Harvester Wheatsheaf, 1994). Para uma reconstrução do núcleo destes dois discursos, veja-se o nosso «Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita...», cit., (respectivamente) pontos 5.2.4.3. e 5.2.4.1.

³⁸ É a proposta de JAMES BOYD WHITE (de *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, The University of Wisconsin Press, 1985 e *The Edge of Meaning*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001), com a qual nos temos também recorrentemente ocupado: cfr. *Entre a reescrita pós-moderna da juridicidade e o tratamento narrativo da diferença...*, cit., pp. 679 e ss., «O logos da juridicidade sob o

fogo cruzado do *ethos* e do *pathos*. Da convergência com a literatura (*law as literature, literature as law*) à analogia com uma *poiesis-techné* de realização (*law as performance*)» *Boletim da Faculdade de Direito LXXX*, Coimbra, 2004, pp. 66-84., «*Humanitas*, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial...», cit., pp. 53-59 (3.6.), 60-62.

³⁹ Trata-se de convocar Martha NUSSBAUM e a proposta explícita de *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press Books, 1995, pp. 72 e ss («The Judicious Spectator»), 86-90 («Judicial Neutrality»), 99 e ss («Poetic Judging»).

⁴⁰ Para uma reconstrução-síntese do universo plural da *Feminist Legal Analysis*, ver GARY MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York/London, New York University Press, 1995, pp. 128-148. Para uma consideração específica da proposta de Robin WEST (num confronto direto com a compreensão do *bomem* assumida por POSNER, ver ainda Ana Margarida GAUD NCIO, «Às portas da lei (?): reflexos do diálogo divergente entre West e Posner sobre as possíveis leituras de Kafka na perspetivação do homem perante o direito» (a comunicação integrada no presente ciclo de conferências).

⁴¹ O discurso é agora o dos *Critical Race Scholars*: ver por todos Richard DELGADO / Jean STEFANCIC, *Critical Race Theory: an Introduction*, New York/London, New York University Press, 2001, pp. 37 e ss. («Legal Storytelling and Narrative Analysis»).

⁴² Com o alcance que as propostas conjuntas de Sanford LEVINSON e Jack BALKIN nos autorizam a considerar (*Law as performance*) e que procuramos reconstruir em «O logos da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos*...», cit., pp. 84-132 (3.), mas também em «Recht als dramatische und musikalische Aufführung: eine fruchtbare Analogie?», in ERICH SCHWEIGHOFER, DORIS LIEBWALD, MATHIAS DRACHSLER, ANTON GEIST (Hrsg.), *E-Staat und e-Wirtschaft aus rechtlicher Sicht. Aktuelle Fragen der Rechtsinformatik*, Tagungsband des 9. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS Wien 2006, Stuttgart/ München/..., Richard Boorberg Verlag, 2006, pp. 468-475.

⁴³ O juiz que Duncan KENNEDY nos ensina a reconhecer: menos porventura no fundamental *A Critique of Adjudication (Fin de siècle)*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1998, *passim*, do que em «Form and Substance in Private Law Adjudication», *Harvard Law Review*, volume 89, 1976, pp. 1685 e ss., e muito especialmente em «Freedom and Constraint in Adjudication: a Critical Phenomenology» (1986), in BOYLE (ed.), *Critical Legal Studies*, Dartmouth, 1992, pp. 45 e ss. Para uma consideração das diversas fases da *ultra-theory* de KENNEDY (e da renúncia aos binómios que especificam a «contradição fundamental»), ver Ana Margarida GAUD NCIO, *Entre o centro e a periferia...*, cit., pp. 98 e ss. (3.2.2.2.).

⁴⁴ Aquele decerto com que DWORKIN nos interpela: bastando-nos ter presentes os desafios capitais de «Hard Cases» (1975), *Taking Rights Seriously* (1977), reimpressão de 1984, Cambridge Massachusetts, Duckworth, 1984, pp. 81 e ss, 105-130 e de *Law's Empire*, Oxford, 1998,

3. Poderíamos continuar, mas importa ficar por aqui. Acrescentando apenas duas notas, notas que este primeiro mergulho no *diferendo* nos autoriza a reconhecer. Notas decerto indispensáveis, se tivermos presente que o problema que nos ocupa é menos o da *pluralidade* de «representações» do que o do seu *testemunho* (ou o do testemunho hoje exigível).

A primeira nota restitui esta diversidade (e a crise que ela indicia) a um dos seus fatores decisivos – à circunstância de um *pensamento* que sendo discurso e prática (acervo de discursos e de práticas) perdeu (superou) o seu paradigma (sem o ter substituído por outro!)... –, na mesma medida em que insite na perturbante discussão de fronteiras (se não colonização de territórios) que acompanha esta «ausência». Tratando-se muito claramente de reconhecer que a superação-dissolução do paradigma do Método Jurídico (e outros *rule formalisms*) – e o repúdio da pretendida autonomia jurídica da sua abordagem – nos condenaram a uma explosão de modelos (e de filtros de relevância) estranhos à experiência do direito (com discussões sobre as fronteiras e a demarcação *interior/ exterior* tão exemplares como aquelas que o *neoconstitucionalismo* e a *Law and Economics* por um lado, as *deconstructive jurisprudences* e os os *narrativismos comunitaristas* por outro lado nos obrigam a travar⁴⁵).

A segunda nota acentua por sua vez alguns dos perigos (se não paradoxos) desta discussão e das vozes heterogêneas (ou dos estímulos extrajurídicos) que esta introduz. Reconhecendo que tais vozes – em si mesmas, mas sobretudo nos (e através dos) *dissídios* que estabelecem umas com as outras... – ferem as «práticas constitutivas da juridicidade» – e o «pensamento» que as determina (se não já a «unidade» de «incindível circularidade» que vincula *direito e pensamento jurídico*)⁴⁶ – com uma ameaça permanente de indeterminação (ou com o *topos* reflexivo que a justifica).

pp. 206 e ss., 239-258, 327 e ss., 410-413 e ss., combinados com a tentativa de responder ao dilema «Judges must be philosophers, but judges can't and perhaps shouldn't be philosophers», impressivamente assumida em «Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?», New York Council for the Humanities / Scholar of the Year Lecture (2000), <http://www.nyhumanities.org/soylecture2000.html> (extraído em 31-07-2001). Para uma «experimentação» do *equilíbrio* entre a *community of principles* e a *society of rights*, importa no entanto ter presente a lição de *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge Massachusetts / London, Harvard University Press, pp. 211 e ss («Liberal Community»), 237 e ss. («Equality and Good Life»).

⁴⁵ Ver exemplarmente David HOWARTH, «On the Question “What Is Law?”», *Res Publica*, nº 6, 2000, pp.264-275 («Boundary disputes and Concepts of Law»).

⁴⁶ Com o alcance que CASTANHEIRA NEVES nos ensina a reconhecer, enquanto nos dá conta de que o «objeto» da uma *teoria do direito* hoje

Uma ameaça que afeta o desempenho normal destas práticas – permitindo que o domínio dos «materiais» vigentes (princípios, programas-*standards*, critérios-*rules*, com diversos graus de abstração-concretização) se abra a um espectro sem precedentes de possibilidades de realização (e outros tantos contextos) –, na mesma medida em que compromete a inteligibilidade-unidade do *projeto do direito* e da procura que este justifica (se não dos cânones que institucionalizam *profissionalmente* esta procura). Uma ameaça no entanto que se cumpre evitando os problemas dessas práticas (e as respostas que estes exigem); na medida em que inscreve as vozes em causa (e a *legal scholarship* que as traduz) numa espécie de vertigem autorreferencial e na cadeia de discursos e metadiscursos que alimentam esta – com o alcance que o diagnóstico (conjunto) de LEVINSON e de BALKIN nos ensina a reconhecer⁴⁷. Como outras tantas pretensões de racionalização que, dirigindo-se ou pretendendo dirigir-se (*as conclusions-claims*) às práticas (de realização) do direito, só conseguem enfrentar-assimilar os problemas dessas práticas *indiretamente*, enquanto se interpelam umas às outras como discursos ou enquanto *desconstroem* reciprocamente os argumentos que as sustentam (enquanto renunciam, mais ou menos explicitamente, à vocação-destino de uma reflexão prático-normativa). Como se se tratasse afinal de preservar uma intenção conformadora ou de optar por uma das modalidades de determinação (normativa ou desconstrutiva) que esta oferece,

possível (assumida como uma teoria *crítico-reflexiva*, com um alcance que ainda viremos ter em conta) não pode ser «o direito, como que hipostasiado num em si e por si, mas as concepções práticas que o manifestam e os pensamentos que o pensam»: «[A] uma “teoria do direito” compreendemo-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 objetivação real e pode, já por isso, ser “objeto” de uma reflexão teórica que nessa objetivação o queira compreender...» [*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 «[There is an] increasing amount of scholarship, especially in the elite journals, that is about other legal scholarship, rather than about primary legal materials like statutes and cases. Legal scholarship becomes an increasingly self-contained, self-referential discipline, which is “about itself” as much as it is about the legal world outside, either law on the books or law in action. As interdisciplinary movements like *law and economics* or *law and literature* spring up, they begin to focus not on their relationship to the work of lawyers and judges, but to their own internal coherence and justification. Legal interpretation is replaced by legal theory, which is replaced by meta-theory, which is replaced by meta-meta theory, and so on...» (Sanford LEVINSON, Jack BALKIN, «Law, Music and Other Performing Arts» (1991), *University of Pennsylvania. Law Review*, volume 139, 1991, p. 1652).

sem descobrir no entanto o caminho que a(s) possa projetar *diretamente* nas práticas-alvo (e na *law in action* que lhes corresponde). Ao ponto de o sucesso obtido por este espetro de vozes inconciliáveis se reduzir paradoxalmente a um efeito de multiplicação de possibilidades equivalentes. Um efeito que nos expõe aos riscos do *esoterismo* (e da incomunicabilidade, se não impotência) dos discursos teóricos, na mesma medida em que entrega estes – enquanto desfazem e refazem a urdidura-trama que os outros engendram – a um implacável jogo de Penélope. O *jogo* que Duncan KENNEDY denuncia enquanto surpreende o movimento perpétuo dos discursos que recriam (*positivamente*) a pretensão de neutralidade do julgador (*how judges can and should be neutral*⁴⁸)...

É certo que só compreenderemos a ironia desta reconstituição (-interpelação!) se tivermos presente a posição de KENNEDY (e a celebração de um juiz *politicamente* comprometido que a distingue) ... e se identificarmos também a crítica de *formalismo* que os *Critical Scholars* dirigem aos discursos em causa (e às *theories of neutrality* que eles defendem): é esta posição (iluminada por aquela crítica) que leva KENNEDY a confessar-se «admirador» deste jogo (e dos argumentos que nele se esgrimem). Não decerto porque concorde com qualquer das imagens do juiz (e da neutralidade do juiz) que nele se defendem... mas porque lhe interessa o modo exemplar como estas «imagens» se constroem (anulando-se reciprocamente).

Mais do que a ironia, importa-nos no entanto o diagnóstico que a sustenta... e o sinal-*rasto* com que este nos fere. Mostrando-nos e enquanto nos mostra que corremos o risco de mobilizar discursos (e intenções conformadoras)... que se alimentam menos dos problemas que pretendem enfrentar (ou converter) do que das críticas que dirigem aos outros discursos. Sinal que, independentemente da intensidade e da extensão com que se nos exponha (e da maior ou menor justeza com que corresponda à nossa situação presente!), nos basta decerto para fazer soar uma campainha de alarme!

⁴⁸ «There is no extant theory that threatens to end the current ideological conflict about method by compelling a consensus about *how judges can and should be neutral*. Indeed, the current multiplicity of contradictory *theories of neutrality* seems a powerful, though of course not conclusive refutation of all of them. *I am an admirer of their work of mutual critique*. I endorse Dworkin's critique of Richard Posner along with Andrew Altman's critique of Dworkin and Fiss's doubtless forthcoming critique of Altman, and Posner's critique of Fiss (if there is one) and on around the circle. This is not musical chairs but more like a game of "Penelope", in which each writer simultaneously weaves his own and unweaves other's work...» [Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, cit., p. 91, itálicos nossos].

II

Reconhecidos os *lugares/não lugares* do diferendo (e as conexões perigosas que os sustentam), urge no entanto perguntar se estamos em condições de o *testemunhar* – melhor dizendo, de procurar o idioma (ou a sucessão de idiomas) que no-lo tornem inteligível... e de institucionalizar esta procura (ou a mediação que a assegure). Pergunta que nos leva a reconhecer um certo patamar *transdogmático* e os desafios reflexivos que este acolhe... mas então também a dever ter presente um percurso ele próprio muito complexo. Um percurso que aqui e agora me atrevo a simplificar (se não a surpreender, num *flash* único) invocando um contraponto muito especial (um contraponto *por movimento contrário!*) e os dois *tempos* que (enquanto *tempos* de reflexão metadogmática) este nos autoriza a distinguir. Tratando-se de confiar uma das vozes deste contraponto oblíquo à nossa circunstância presente, exigindo que a outra voz se confunda com aquela outra circunstância a que uma certa *Allgemeine Rechtslehre* ou *Prinzipienlehre* procurou responder,

Se o pensamento jurídico herdeiro dos *Historiker* – preocupado com a *autonomia* de uma perspectiva *interna* (*[als] Erkenntnis des Rechtlichen aus rein Rechtlichen*⁴⁹) – nos confrontou, no último quartel do século XIX, com a exigência de interpelar o direito *vigente* a partir de um patamar *metadogmático* ou *transdogmático* – um patamar que, pressupondo consumado o processo de autorracionalização da dogmática (enquanto «ciência do direito *dogmática*» ou «ciência do direito em sentido estrito»⁵⁰), admitisse enfim «experimentar» a relação *juridicidade / cientificidade / Método* e discutir a conceção do direito que a torna possível –, o pensamento jurídico do nosso tempo e a circunstância que o determina – enquanto prolongamento implacável de um outro *fin de siècle* –, esses expõem-nos à urgência de um desafio paralelo (também ele dominado por uma problematização da *autonomia*) – mas agora para exigir que o patamar em causa e que a reflexão crítica *interna* que

⁴⁹ Para o dizermos com Roland DUBISCHAR, *Einführung in die Rechtslehre*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1983, pp. 24 e ss. («Das Programm der dogmatische-positivistischen Rechtstheorie: Erkenntnis des Rechtlichen aus rein Rechtlichen»).

⁵⁰ Para o dizermos mobilizando a conhecida sistematização de Nikolaus FALK (*Rechtswissenschaft im weiteren Sinne als Gesamtheit der juristischen Disziplinen / Rechtswissenschaft im engeren Sinne als Rechtsdogmatik / Rechtswissenschaft im Sinne von «allgemeiner Theorie des Rechts»*), tal como a vemos reconstituída por Annette BROCKMÖLLER, *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, pp. 68 e ss. («Zur „Allgemeinen Rechtstheorie“ Falcks»), 76 e ss. («Rechtswissenschaft, Rechtsdogmatik und „Allgemeine Rechtslehre“»).

o torna possível se ocupem prioritariamente com o testemunho-*mapping* de um *diferendo* (alimentado por práticas discursivas *beterogéneas*).

Se invoco agora este contraponto é decerto porque este nos permite opor dois *tempos* exemplares... e ambos como *tempos* da «teoria» do direito (se não de um *maximum* de «teoria» do direito!): o tempo da consagração-experimentação de um discurso dominante (*als naturhistorische Anschauungsweise des Rechts*⁵¹) – e da operatória (*Handwerkzeug*) que o sustenta e que se diz Método Jurídico – e o tempo da reacção-resposta à superação irreversível deste domínio – que é também o da experimentação crítica de uma pluralidade de práticas e de discursos possíveis (se não o da impossibilidade de reconstruir um paradigma alternativo).

Uma oposição que nos importa... não tanto porventura para insistir na identidade dos seus polos e nos traços *fortes* que estes justificam [1.] quanto para surpreender a conexão-vínculo que relaciona os seus *tempos de «teoria»* a e o processo-provação (se não a «estrutura» em arco) em que estes se integram [2.]

1. Insistir naquela acentuação significa decerto reconhecer (iluminar!) o que no primeiro destes *tempos* corresponde à concertação *feliz* (unidimensionalmente consumada) de determinados desafios de institucionalização: daqueles desafios a que o normativismo *iluminista* por um lado e a assimilação-«domesticação» da herança dos *Historiker* por outro lado expõem a relação *direito / pensamento jurídico*.

Antes porventura de, num exercício de acentuação de convergências (e de frentes partilhadas), convocar o percurso-esforço (e as aquisições-resultados) dos *legal formalisms* (e outros *rule conceptualisms*) anglo-saxónicos... e de

⁵¹ A formulação é já evidentemente aquela que JHERING mobiliza para identificar o momento culminante da *juristische Construction* (a terceira das operações fundamentais da *juristische Technik* que, ao ser assumida pela *höhere Jurisprudenz*, corresponde já em pleno a uma tarefa simultaneamente «científica e jurídica», capaz de distinguir a *ciência do direito* «de todas as outras ciências»): assim no § 41 do *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, zweiter Teil, zweite Abteilung, 8ª edição (reimpressão da edição de 1883), Basel, Benno Schwabe & Co, pp. 357 e ss («Die juristische Konstruktion»). «Um zu construieren muß [die Jurisprudenz] erst interpretieren; die niedere Jurisprudenz ist die notwendige Vorstufe der höheren. Aber sie ist nur eine Vorstufe, und die Jurisprudenz soll nicht länger auf ihr verweisen als nötig ist. Erst auf der höheren Stufe wird ihre Aufgabe und Methode eine *spezifisch juristische*, erst hier gewinnt sie ihren *eigentlichen wissenschaftlichen Charakter*, der sie *von allen andern Wissenschaften* unterscheidet...» (*Ibidem*, p. 359, itálicos nossos).

permitir assim que à lição da *Theorie der juristischen Technik* do «primeiro» JHERING se associe a síntese metódica de LANGDELL (*as a project of structuring law into a system of classification*)⁵².

Para que o segundo *tempo* se ofereça à *sua* teoria do direito (e deva ser reconstituído por esta) com a autossubsistência (não menos luminosa) de uma institucionalização «modelar» (que se quer e que se diz *postivista*).

Aquela que (entre muitas outras representações possíveis) OST nos ensina a reconhecer enquanto evoca a «temporalidade metamórfica» (o *tempo* da conversão progressiva das identidades-*instituições*) da nossa circunstância presente⁵³ e o «mundo em rede» (*reseau*) que lhe corresponde⁵⁴. Na mesma medida em que, reconhecendo que as «fronteiras» *interior / exterior* se tornaram definitivamente «porosas» e «reversíveis»⁵⁵, permite que aquela *teoria*⁵⁶ se nos imponha (ou seja garantida) com uma inteligibilidade inconfundível? uma inteligibilidade ela própria alimentada pela reconciliação dialética *compreensão / explicação* ou pela perspectiva *externa (moderada)* que a traduz⁵⁷ (se não diretamente por um *paradigma de jogo*)⁵⁸.

2. Reconhecer a vinculação que relaciona estes dois *tempos* e surpreender a «estrutura» em arco (certamente muito complexa) em que estes participam – sem esquecer evidentemente a lição de transparência que a primeira acentuação nos proporciona (e o esclarecimento indispen-

⁵² Para uma reconstituição da *conceptual jurisprudence* de LANGDELL, ver MINDA, *Postmodern Legal Movements*, cit., pp.13 e ss..

⁵³ OST, «Temps et contrat. Critique du pacte faustien», in *Annales de droit de Louvain*, 1999, p. 17 e ss., cit. na tradução castelhana «Tiempo y contrato: crítica del pacto faústico», *Doxa*, nº 25, 2002, pp. 597 e ss., pp. 624-626.

⁵⁴ Cfr. OST / KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, *passim*.

⁵⁵ «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez», cit., p. 186.

⁵⁶ Não obstante a máscara de *théorie générale (critique, gradualiste, relativiste et dialectique)* que esta continua a afivelar: ver muito especialmente «Pour une théorie ludique du droit», *Droit et Société*, nºs 20-21, 1992, pp. 89 e ss., 95-98 (B.). Sem esquecer o «manifesto» (significativamente mais desenvolvido) proposto por OST e KERCHOVE em «Le jeu: un paradigme fécond pour la théorie du droit?», *Droit et Société*, nºs 17-18, 1992, pp. 173-205.

⁵⁷ «Il s'agit donc de ce qu'on pourrait appeler un „point de vue externe modéré“ qui articule, de façon paradoxale, l'interne et l'externe...» («Pour une théorie ludique du droit», cit., p. 95).

⁵⁸ OST / KERCHOVE (dir.), *Le jeu: un paradigme pour le droit*, Paris, L.G.D.J., 1992, *passim*.

sável que esta representa!) – significa em contrapartida estar em condições de acompanhar a dialética de «ordem» e de «aventura» que, nos últimos cem anos – em nome de possíveis *teoria(s) do direito* (retocando ou substituindo as máscaras que estas exigem) – o pensamento jurídico tem vindo a assumir.

Mas então acompanhar uma tal dialética... descobrindo nos *projetos* fundadores de MERKEL, de BERGBOHM e de BIERLING – e nas diferenças exemplares com que estes alimentam a exigência comum de uma *allgemeine Rechtslehre* ou *Prinzipienlehre* (e esta como parte integrante, se não como núcleo motor, de uma *nova* filosofia do direito *positivo*) – menos o culminar de um «ciclo» (que certamente também representam!) do que o entreabrir (mais ou menos perturbador) de uma porta. Uma porta que nunca mais voltará a ser fechada, cujos (perigosos) limiares não tardarão de resto a ser ultrapassados.

Bastando-nos aqui e agora perceber que o estímulo que determina o novo patamar reflexivo (*[als eine] Rechtslehre (...)* *die juristisch durch und durch (...)* *ist*⁵⁹) – e que o obriga a distinguir-se tanto do processo de objetivação-revelação dos *dogmata* confiado à ciência do direito (*als dogmatische Rechtswissenschaft*) quanto do « piso térreo » legitimado pelo esforço precursor da *Analytical School of Jurisprudence* (reconduzível a uma *pura* «teoria de conceitos gerais»⁶⁰)... mas também a distanciar-se da «filosofia do direito tradicional» (se não a eliminar todas as sobrevivências do *jusnaturalismo*)⁶¹ – é afinal a oportunidade de interrogar

a herança pluridimensional da Escola Histórica e (ou) a divisa de assimilação-superação que lhe faz justiça: «*durch die Historische Schule, aber über die Historische Schule hinaus!*»⁶². Uma oportunidade determinada pela exigência de alargar a perspetiva metódica aos domínios (aparentemente mais perigosos) das «instituições públicas»? Antes uma oportunidade provocada por indiscutíveis *sinais* de crise (e outras tantas *resistências* internas). Que outros *sinais* (e *resistências*) senão aqueles que encontram na acentuação pragmática (mais ou menos explicitamente integrada) do «segundo» JHERING e na autodenúncia que esta compõe (ainda que porventura já não na viragem *exterior* que esta estimula) os seus exemplos-*limite*⁶³? Tratando-se muito claramente de reconhecer que a especificação puramente dogmática do Método (enquanto determinação *lógico-estruturante do Inbegriff* «sistema», submetida à autossustentação de uma representação normativista) – na medida precisamente em que se mostra por si só incapaz de respeitar o equilíbrio *lógica / tempo, sistema / história* exigido pela herança de SAVIGNY – corre o risco de se degradar num mero

«Besprechung von Dr. K. Bergbohm „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“» (1893), in *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, zweiter Hälfte, Straßburg, Verlag von Karl T. Trübner, 1899, pp. 727 e ss.]. Sem esquecer os contributos de «segundo» JHERING e de BIERLING, importa ter presente que o extenso primeiro volume de *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (o único que, em conjunto com a Introdução, BERGBOHM chegou a completar) se intitula precisamente *Das Naturrecht der Gegenwart [Jurisprudenz und Rechtsphilosophie]*, cit., pp.109 e ss.]. Para BERGBOHM trata-se com efeito de descobrir (-interpelar) o «objeto» *nicht positives Recht*. Ou mais rigorosamente, de partir de um «conceito de direito natural» latissimo sensu (*als Inbegriff aller nichtpositiven Recht und Rechtselemente*) [*Ibidem*, p. 130] – quando não da representação deste como um *nomen appellativum* [*Ibidem*, p. 485] – para levar a cabo uma reconstrução sistemática de todas as propostas que em pleno século XIX assumem como referência objetiva «um direito não positivo ou elementos deste» [MERKEL, «Besprechung von Dr. K. Bergbohm „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“», cit., p. 727]. «[A]ls Recht ist jedes Recht außer dem positiven schlechthin ein Nonsens...» (BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., p. 479).

⁶² Esta divisa assumida por BERGBOHM é uma paráfrase explícita da famosa divisa de JHERING «Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus!»: «Diese Variation eines bekannten Wortes v. Jhering möchte ich die Rechtsphilosophie sich zur Devise wählen sehen. Sie allein, von den Juristen selbst bei allen Fundamentallehre ihrer Wissenschaft durchgeführt, kann die letztere vor einer abermaligen Invasion der in alle Brechen eindringenden Naturrechtshrei bewahren...» (*Ibidem*, p.25).

⁶³ Para uma referência explícita ao «segundo» JHERING (como um argumento decisivo para pensar a complementaridade indispensável da *formelle* e da *materielle Rechtsphilosophie*), ver MERKEL, «Besprechung von Dr. K. Bergbohm „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie“», cit., pp. 731-732. Sem esquecer a posição distinta de BERGBOHM (também ela a convocar o «segundo» JHERING... e não obstante a denunciar as dificuldades da *materielle Rechtsphilosophie*): *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 544-546 (nota 9).

⁵⁹ Karl BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlung*, volume I (*Einleitung / Erste Abhandlung: Das Naturrecht der Gegenwart*), Leipzig 1892, cit.na reimpressão da Verlag Detlev Auvermann, Glashütten im Taunus, 1973, p. 15. Importa esclarecer que BERGBOHM utiliza esta expressão para caraterizar a *Analytical Jurisprudence* (a «*Analytische Schule*» der *englischen Juristen*): trata-se no entanto de sublinhar uma intenção decisiva de «pureza jurídica» (e de «pureza jurídica» conjugada com uma exigência de «cientificidade», livre da «fantasia» *idealista*), que o autor de *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* entende dever ser preservada, se não constitutivamente assumida (também «deste lado do canal»), pelo *projeto da neue realistische Philosophie des positiven Rechts* – não obstante as diferenças de conceção que separam (e *devem* separar) tal projecto do seu ilustre precursor inglês [*Ibidem*, pp. 15-17].

⁶⁰ «[Die Engländer] brechen überall die Fragestellung zu früh ab und lassen die letzten Probleme so gleichmütig auf sich beruhen, als wenn diese Fragen gar nicht aufgeworfen zu werden verdienten oder bereits außerhalb der Peripherie aller Wissenschaften lägen. (...) Die Engländer lassen sich gleichsam an dem Fundament (...) und dem Erdgeschoß (...) genügen, getrauen sich aber nicht, die materielle Rechtsphilosophie als ein weiteres Stockwerk draufzusetzen...» (*Ibidem*, 14, 15).

⁶¹ Trata-se de assumir uma «luta» contra a *Rechtsphilosophie alten Stils*, denunciando o *perigo* de dissolução (na tradição do(s) *Natur-, Vernunft- e Idealrecht(e)*) que ameaça o discurso jurídico *não dogmático* (e as tentativas de o institucionalizar) [Neste sentido cfr. Adolf MERKEL,

«domínio cognitivo de prescrições legislativas» (*eine bloÙe Gesetzeskunde*⁶⁴). O que é também e ainda exigir uma instância de reflexão diferente, capaz de recuperar a importância do *método histórico* (e com esta o equilíbrio perdido com os métodos *sistemático* e *dogmático* stricto sensu)⁶⁵.

Uma instância que reaja a uma das consumações inevitáveis da ciência do direito dogmática: aquela que reduz a compreensão da «história» (*als historische Betrachtungsweise*) a um mero correlato (ou condição de inteligibilidade) do *sistema jurídico*. De um sistema no qual a máscara da *unidade-axioma* (excedendo as suas possibilidades originariamente *expositivas*) se sobrepõe definitivamente à máscara do *organismo*⁶⁶.

Como se se tratasse afinal de concluir que é à interrogação filosófica – purificada como *episteme* ou como *episteme-nous* (libertada da matriz especulativa que a dominara durante séculos) e simultaneamente «rejuvenescida» pelo contributo prometedor das *allgemeinen Lehre* dos juristas (se não dos juristas-filósofos)⁶⁷ – que compete enfim tematizar a relação *sistemático / histórico*. De tal modo que seja possível submeter a determinação-explicação destes dois polos (e a representação das tensões que, na sua irreducibilidade, estes impõem) a um novo patamar-*sujeito* de preocupações sistemáticas (que sendo científicas não sejam

menos *transdogmáticas*). Tematizar a relação *sistemático / histórico* reconhecendo a (plena) autonomia do segundo polo... e esta iluminada pelo *Prinzip der notwendigen Geschichtlichkeit des ganzen Prozesses*⁶⁸? Podemos dizer que sim. De tal modo que o problema condutor possa ser agora o da representação do *Entwicklungsprozess* na sua dinâmica específica – na relatividade e contingência (se não materialidade empírica) dos seus fenómenos. Melhor dizendo, o de exigir uma *teoria do direito* (*[als] realistische Philosophie des positiven Rechts*⁶⁹) e no limite também um conceito de direito (*indutivamente* justificado), nos quais a conexão com a realidade (e com a *Zusammenleben des Menschen*⁷⁰) apareça como um elemento nuclear (se não como uma *differentia specifica*). O que é já ocupar uma posição efetiva (especialíssima embora!) no percurso-*trend* da «viragem finalista». Como se as decisões de relevância que convertem o *princípio da historicidade do direito* (ou a «ligação necessária e interior» que este reflete) num *objectum* metadogmaticamente determinável devessem afinal – sem prejuízo da intenção *sistemático-filosófica* que globalmente se lhe dirige (e do cognitivismo estrito que esta professa) – ser confiadas a uma conjugação-convergência de intenções heterogêneas... Mas então também como se – sem ruturas ou soluções de continuidade aparentes (prescindindo pelo menos da tematização que as justificaria)... – se tratasse afinal de reconhecer (de «delimitar») aquela «ligação» (de acumular os elementos-recursos que no-la revelam) passando de uma «explicação» psicológica para uma compreensão prático-cultural... da exigência de uma decomposição analítica para a oportunidade de uma experimentação pragmática... do confronto com ordens contingentes de *fn*s para a convocação integradora de um horizonte de *valores* ético-comunitariamente reconhecido⁷¹. Sem esquecer a

⁶⁴ BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., p. 23. Veja-se também a *re-exposição-síntese* proposta nas páginas finais da longa «Introdução», *ibidem*, pp. 102-106. «Dem System der juristischen Wissenschaften haftet ein schwere Mangel an, wenn der Kreise derselben nicht durch eine philosophische Rechtslehre, die allen einzelnen Teilen, aber keinem besonderes angehört, zusammengehalten wird...» (*Ibidem*, p.102)

⁶⁵ Sem deixar assim de exigir uma *Neubegründung*, que possa integrar os «conceitos e os princípios mais gerais» – de todos os domínios do direito, se não de todas as «partes da ciência do direito» – num sistema possível: «[als] Neubegründung eines Lehrgebäudes (...), das in sich die allgemeinsten Begriffen und Prinzipien aller Teile der Rechtswissenschaft zu vereinigen dürfte...» (*Ibidem*, p. 18)

⁶⁶ Para uma acentuação do contraponto *Organismus / System* (e deste projetado no *Rechtsquellenstreit*), cfr as reconstruções da proposta de SAVIGNY desenvolvidas por CASTANHEIRA NEVES [«As fontes de direito e o problema da positividade jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito LI*, Coimbra 1975, pp. 149-157 (1.) e «Escola Histórica do Direito» (1984), *Digesta*, cit., volume II, pp. 203 e ss., 207-209 (2), 211-214] e por Annette BROCKMÖLLER [«Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland», cit., pp. 83 e ss. («Recht und Rechtswissenschaft bei Savigny»), 99-107 (b) e c)], 108-111 («Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft oder: Das Verhältnis von Organismus und System»)].

⁶⁷ BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., pp. 25 e ss («Neueste Bestrebungen der deutschen Juristen»)..

⁶⁸ *Ibidem*, p.551. Ver todo o § 17 («Die ungeschichtliche und die geschichtliche Rechtstheorie»).

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 548-549, nota 12.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 547.

⁷¹ Se as duas primeiras tensões nos aparecem «partilhadas» (com resultados diferentes embora) por BERGBOHM, BIERLING e MERKEL, a última impõe-se-nos autonomamente apenas com MERKEL, enquanto e na medida em que considera que a *a conexão com a realidade* se pode impor também diretamente através do problema do *valor* (*als Wert der Rechtsnormen*) [MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, Berlin / Leipzig, Verlag von Guttentag, 1885, pp. 6-7 (§§ 6-12), 13-26 (§§ 24-4), «Elemente der allgemeinen Rechtslehre», in *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, zweiter Hälfte., cit., pp. 588-589 (§7, «Recht und Macht»), 608-613 (§14, «Der Begriff des Gerechters»)]. Tratando-se, com efeito, de distinguir dois tipos de vinculação material: (a) o primeiro – dominado pela perspectiva-«valor» da finalidade (*[als] Zweckmäßigkeit*) – a corresponder à relação que os critérios-normas (enquanto meios)

mediação (pluralmente determinada) da *alltägliche Erfahrung* e uma transação contínua entre especificações *microscópicas* e representações *estruturantes*. Sem esquecer por fim que a reinvenção lograda da *historische Seite* se cumpre respeitando a *systematische-anatomische Betrachtung* (redesenhando as fronteiras de relevância correspondentes e o equilíbrio que estas garantem)⁷²...

estabelecem com as «necessidades» e os «interesses» sociais – se não diretamente com os fins «públicos» que generalizam estes interesses); (b) o segundo – associado à perspectiva «valor» da eticidade (*[als] ethischer Wert*) – a considerar já os limites que as concepções ético-comunitárias vigentes (*ethische Volksanschauungen*) – muito especialmente aquelas que exprimem uma determinada compreensão do justo – impõem a tais critérios-normas: «Der Inhalt des Rechts unterliegt aber zugleich einem Einfluß in der Richtung einer Herstellung oder Wahrung seiner Übereinstimmung mit herrschenden ethischen Anschauungen über das Rechte, und nimmt überall neben der Eigenschaft der Zweckmäßigkeit diejenige der Gerechtigkeit für sich in Anspruch...» [*Juristische Encyclopädie*, cit., p. 13 (§ 25)]. Dois tipos de vinculação que MERKEL quer inconfundíveis enquanto perspectivas ... e que não obstante (em nome da sua estratégia de «luta» contra a «filosofia tradicional») acaba por considerar prioritariamente na sua «convergência» – enquanto «modos» ou «maneiras» de uma vigência prática historicamente construída.

⁷² Assim também quando a conexão com a realidade aparece associada a uma exigência explícita de adesão prática ou de reconhecimento-*Anerkennung* (MERKEL, BIERLING) ... e de tal modo que a exigência em causa se nos exponha na sua autonomia: independentemente da inteligibilidade da norma-*ratio* (ou da característica de generalidade que o seu texto constitui); independentemente ainda da legitimidade político-institucional do imperativo (e da *volonté générale* que esta legitimidade pressupõe).

Autonomia (autossubsistência) que MERKEL defende sem renunciar a uma compreensão *orgânico-institucional*: enquanto restitui a experiência do reconhecimento a um território de fronteira – marcado pelo cruzamento das intenções da ética e do direito (se não pela «concordância do direito» com específicos «fatores morais» e com a «força» que estes autonomamente exercem); e então e assim enquanto assume tal experiência como um «momento» indispensável da exigência de «obrigatoriedade» (*verpflichtende Kraft*), que a determinação categorial correspondente deverá autonomizar [MERKEL, *Juristische Encyclopädie*, cit., pp. 30-33 (§ 49)].

Autossubsistência que BIERLING defende por sua vez enquanto rompe com o «discurso do organismo»... mas então também enquanto (assumindo o contraponto *reconhecimento direto/ reconhecimento indireto*) articula dois eixos distintos. O primeiro dominado pela experiência de um «comportamento» ou pela tradução empírico-explicativa (psicológica) que a consagra – se não já pelo modelo de determinação-comprovação que lhe corresponde (e que culmina numa hipótese de reconhecimento efetivo ou direto) [«Die Anerkennung, die das Recht (...) zum Recht macht (...), ist (...) nicht ein vorübergehender Akt, sondern ein dauerndes, habituelles Verhalten in Beziehung auf die Betreffenden (d. H., die anerkannten) Rechtsgrundsätze. ...» (Ermst Rudolf BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, reimpressão da edição de Gotha (1887-1883), Aalen, Scientia Verlag Aalen, 1965, Teil I., pp.6-7(3))]. O segundo constituído pela representação de um *sistema jurídico em degraus*, entenda-se, pela determinação das relações (verticais) de «subordinação» e de «subsunção» que (para além dos vínculos de «coordenação» horizontalmente experimentáveis) sustentam o edifício-estrutura das

O que é seguramente abrir *portas*... – fazer corresponder a representação da «realidade» do direito a um *continuum* de possibilidades com uma extensão incomparável⁷³ –, sem dispor no entanto dos recursos indispensáveis para distinguir as intenções envolvidas e (ou) para tematizar as possíveis soluções de continuidade. Dificuldades que comprometem a «delimitação» projetada? Importa reconhecê-lo. Dificuldades no entanto também que incitam o pensamento jurídico a ultrapassar o limiar destas portas.

E a ultrapassá-los sem regresso. Ao ponto de podermos dizer que para além destas portas todas as tentativas de determinar a unidade e a nitidez da «província» *meta-dogmática* se cumprem já sob o signo do confronto (se não *diferendo*). Aquele confronto desde logo que – em nome de uma discussão das possibilidades de uma certa *sociologia do direito* ou desta como *eigene Wissenschaft*, alimentada por um conceito de direito *autossubsistente* (se não pela categoria *lebendes Recht*) –, vai opor o cognitivismo normativista de KELSEN ao cognitivismo empírico de EHRlich⁷⁴. Mas também aquele confronto que, acompanhando as diversas etapas de um certo *Positivismusstreit*, nos obriga a problematizar estes dois cognitivismos e as linhas de desenvolvimento que eles abrem, mesmo quando alimentadas por novos fôlegos (os fôlegos que hoje reconhecemos no *analytical linguistic turn* e na reinvenção epistemológica do *kritischer Rationalismus*, mas também no cruzamento logrado com a herança do *american pragmatism*)⁷⁵: a problematizar tais

Rechtssätzen-Normen e dos comandos-*Anordnungen*: representação por sua vez que culmina no isolamento de um círculo fundante de proposições constitucionais, se não já na pressuposição (lógico-constitutiva) de uma *Norm-Anordnung* fundamental [*Ibidem*, pp. 105-138 (IX.)].

⁷³ Reconstituição que não podemos cumprir aqui, cujos «argumentos» esperamos no entanto retomar em breve, a propósito deste especialíssimo *tempo de teoria do direito* (e do contraponto que ele oferece ao nosso).

⁷⁴ As expressões mobilizadas no texto são de resto extraídas do ensaio de KELSEN que desencadeou a famosa polémica: «Eine Grundlegung der Rechtssoziologie», *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 39. Band, 1915, pp. 839 e ss. «Dasjenige, was Ehrlich als „lebendes Recht“ bezeichnet, ist (...) zwar keine juristische Kategorie (...). Rechtssoziologie ist im grunde genomene gar keine eigene Wissenschaft; es ist ein vom Standpunkte soziologischer Erkenntnis durchhaus willkürlicher Ausschnitt aus einer allgemeinen, das soziale Leben betrachtenden und erklärenden Wissenschaft.denn die abgrenzung dieser Rechtssoziologie muß durch einen Begriff vollzogen werden, dessen Bestimmung von einem ganz anderen Standpunkte auserfolgt,alsder einen exlikativen Soziologie ist, nämlich durch den normativen Rechtsbegriff (...) Der Versuch Ehrlichs, für die Soziologie des Rechts eine Grundlegung zu schaffen, muß als völlig gescheitert gelten: vor allem infolge des gänzliches Mangels einer klaren Problemstellung und einer präzisen Methode...» (*Ibidem*, pp. 875-876)

⁷⁵ Cfr. a reconstituição exemplar de todas estas frentes (e etapas de confronto) proposta por Hans-Joachim DAHMS em *Positivismusstreit*.

cognitivismos, entenda-se, a denunciar a compreensão «tradicional» da *ciência* que os sustenta; o que aqui e agora significa submeter a província da *teoria do direito* (e esta como *kritische Theorie*) ao «impulso ético» de uma *dialética aberta* e ao projeto de uma *filosofia concreta*... e com estas às possibilidades-exigências de um «compromisso de participação» (se não de uma promessa de transformação-«emancipação» da *praxis*)⁷⁶. Sem ficarmos por aqui.. Porque há decerto ainda dois outros grandes caminhos a ter em conta (responsáveis por outros tantos confrontos). Caminhos decerto paralelos: enquanto e na medida em que renunciam a iluminar a perspectiva transdogmática com uma pretensão exclusiva de *ciência* (ainda que já «ontologia do Ser social»). Caminhos não obstante inconfundíveis pelos horizontes que assimilam. Porque se um deles nos incita a reconhecer as possibilidades autorreflexivas abertas pela «reabilitação da filosofia prática» – se não mesmo a levar a sério o desafio de uma *neue Hinwendung zur Rhetorik* (capaz de ocupar o nosso degrau com uma *rhetorische Rechtstheorie*)⁷⁷ –, o outro assume-se explicitamente como um discurso da singularidade e da diferença – contrapondo às pretensões da universalidade científica (e às seduções de uma tradução holística) as expectativas de organização de um saber ou de uma trama de saberes locais (microscopicamente determinados), saberes que uma organização narrativa (eticamente sustentada) deverá enfim mobilizar como parte integrante de uma atitude crítica (e da promessa que a ilumina)⁷⁸.

3. Alusão que nos basta para reconhecer uma perturbante *circularidade*. Para perceber que a província *metadogmática* que a *allgemeine Rechtslehre* abriu – enquanto patamar de interpelação do direito (e do pensamento que dogmaticamente o assume) ? nos aparece hoje disputada pelas mesmas grandes perspectivas condutoras que alimentam (ou que pelo menos afetam) as «situações institucionais» desse direito e (ou) dos discursos que o constituem. Como se a perspectiva interrogante – aquela que

Die Auseinandersetzungen der Frankfurter Schule mit dem logischen Positivismus, dem amerikanischem Pragmatismus und dem kritischen Rationalismus, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1994, *passim*.

⁷⁶ Ver *supra*, nota 25.

⁷⁷ Referimo-nos evidentemente à proposta de VIEHWEG e ao modo como esta assume-«interpreta» as possibilidades da *teoria do direito* num horizonte de *Rehabilitierung der praktische Philosophie*: cfr. a coletânea *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie. Gesammelte kleine Schriften*. Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, *passim*.

⁷⁸ A «linha» de reflexão em causa – crítico-genealógica (cratológica), estético-reflexiva e ética – é aquela que se expõe às seduções (concertadas ou divididas) a que aludimos *supra* (de uma *moralidade política*, de uma *estética do sublime* e de uma *ética da alteridade*): ver notas 32-34.

insistentemente onerámos com a responsabilidade de um testemunho – acabasse afinal por prolongar (num outro plano) o *diferendo* que constitui o seu «alvo». O que significa decerto reconhecer a insuficiência da *mediação cognitiva* – a impossibilidade de descobrirmos nesta a perspectiva integrante, não obstante as informações preciosas que os seus diversos planos (analítico, empírico-explicativo ou compreensivo) nos proporcionam –, reconhecendo também a impossibilidade de um degrau metadiscursivo (e renunciando assim à equidistância, se não neutralidade, que este poderia garantir). Resignando-nos com a inevitabilidade de iluminar mais um degrau na vertigem interdiscursiva... ou de acrescentar mais um fio na urdidura de Penélope? Antes exigindo a procura de um idioma... e uma procura que (assumindo embora uma preocupação condutora e o compromisso que a traduz) possa resistir a este resultado.

III

Sendo certo que o primeiro passo na procura deste idioma é decerto aquele que problematiza a possibilidade e a necessidade do *testemunho*. Um passo que estaremos em condições de cumprir enfrentando a exemplar posição de FISH e esta como um reconhecimento frontal de que é impossível garantir um patamar de interrogação unívoco e produtivo⁷⁹. Para o Autor de *Doing What Comes Naturally* trata-se como sabemos de denunciar a improdutividade da *teoria* ou de uma certa *teoria*, se não *cálculo teórico*.

Entendendo-se por esta (ou este) a *prática* discursiva – e o projecto interpretativo, mas também o acervo de «situações institucionais» (mais ou menos partilhadas) – que tenha por objetivo (e por horizonte de relevância) dirigir-se a *outra* prática. Dirigir-se a *outra* prática para a delimitar como um objeto – correlato plausível de uma intenção de conhecimento – ... mas também para a reconhecer (e filtrar) como alvo logrado de uma conformação possível (com exigências de reconstituição ou de transformação mais ou menos explícitas) – correlato agora de um espectro de intenções de racionalização (que poderão ir da *desconstrução* à reconstrução prático-

⁷⁹ Para um desenvolvimento dos argumentos que a seguir se convocam (e uma consideração dos pressupostos que estes mobilizam), veja-se o diálogo com FISH que propus em *Constelação de discursos ou sobreposição de comunidades interpretativas? A caixa negra do pensamento jurídico contemporâneo*, Porto, Edição do Instituto da Conferência, 2007, *passim* (estudo de cujas formulações o presente ensaio explicitamente se socorre).

normativa, passando pelas intervenções da *social engineering* e pelas possibilidades da regulação procedimental).

Só que se trata também de confirmar o «êxito» das «situações institucionais» que as práticas do direito vão construindo... e a autonomia-*distinctiveness*, se não *felicidade* (pragmaticamente inabalável), do jogo (do *desempenho*) que estas prosseguem – ou porventura mais do que isso, de reconhecer que este jogo se distingue por uma pretensão de *autonomia formal* e pela eficácia com que tal pretensão é (retorico-politicamente) defendida perante os seus auditórios potenciais⁸⁰.

Reconhecimento que condena o *cálculo teórico* às aporias de um *lugar / não lugar* e à pretensão de exterioridade que as traduz.

Mostrando-nos que tal cálculo se constitui referindo-se a uma outra prática – entenda-se, esgotando a sua *doable activity* (institucionalmente reconhecível) no *account* de um «jogo»-alvo... –, na mesma medida no entanto em que assume (explícita ou implicitamente) uma pretensão reflexiva de suspensão ou de rutura? precisamente aquela que o há-de libertar das regras de um tal «jogo» e da inteligibilidade imanente do seu processo de realização (*as an algorithmic formulation that guides or governs practice from a position outside any particular conception of practice*⁸¹).

Reconhecimento também que desvaloriza os sinais de fragmentação e de colonização *exterior* que ameaçam a autonomia do jogo do direito. Pelo menos enquanto duvida da *força* e da *eficácia* com que os fatores correspondentes se concertam... e então e assim da sua capacidade para gerar práticas *alternativas* – práticas que de alguma forma possam dizer-se qualificadas para desempenhar as tarefas prosseguidas pelas primeiras (e imprimir-lhes um sentido *novo*)⁸².

O que é ainda *et pour cause* reconhecer que o *diferendo* a que nos expusemos desde o início é afinal mais inofensivo do que parece: tanto mais inofensivo quanto fechado no território dos discursos académicos e incapaz de se projetar com êxito na dogmática vigente.

Diagnóstico que nos condenaria a uma celebração da nossa circunstância presente... se não nos abrisse também a porta para considerar a inevitabilidade de uma *certa* reflexão *interior* (e a legitimidade do *degrau* de autoconsciência ou de *crítica* que a sustenta). Como se se tratasse afinal de reconhecer uma intensificação *lograda* da «atenção» – não apenas compossível com o exercício das práticas enquanto tal mas também exigida por este ou pelos efeitos que lhe correspondem (*as a heightened degree of attention while performing in the practice*)⁸³.

Porta cujo limiar também nos importa ultrapassar. Mas agora decerto já sem a companhia dos argumentos de FISH, antes quebrando o voto de silêncio que estes argumentos nos impõem.

Quebrando estes votos... para admitir com resignação que estamos condenados a participar na (se não a agravar a) vertigem do *diferendo*? Seguramente que não. Antes, e em contrapartida, para reconhecer que o compromisso a assumir por uma fenomenologia do *diferendo* – por uma fenomenologia das práticas-discursos *em diferendo* que se pretenda construir como parte integrante (e eventualmente como núcleo) da *teoria do direito* (ou da *teoria do direito* exigida pela nossa circunstância presente) – só pode ser aquele que resulta de uma preocupação efetiva com o problema da *autonomia* – autonomia *do direito* decerto, mas também e indissociavelmente autonomia *do pensamento jurídico*. Exigência que nos permite também perceber que o compromisso em causa, organizando a relevância dos *saberes* pluralmente mobilizáveis (e constituindo assim um filtro de determinação indispensável), deva simultaneamente impor-se-nos como um *fundamentum relationis* reconhecível – capaz de iluminar-orientar os diversos confrontos e muito

⁸⁰ Ver muito especialmente Stanley FISH, «The Law Wishes to Have a Formal Existence», in Aram VEESER (ed.), *The Stanley Fish Reader*, Malden/Oxford 1999, pp. 165-203, *Professional Correctness*, cit., pp. 19 e ss. (*Lecture II*), 71 e ss. (*Lecture IV*), 93 e ss. (*Lecture V*) e «Theory Minimalism» (Panel on Jurisprudence at the January 2000 Association of American Law Schools Conference: *An Exchange on the Nature of Legal Theory*), *San Diego Law Review*, volume 37 nº3 2000, pp. 761-776. Sem esquecer ainda os ensaios integrados em *Doing What Comes Naturally*, Durham/London 1989, *There's No Such Thing As Free Speech And It's a Good Thing, Too*, Oxford 1994, e *The Trouble With Principle*, Harvard 1999.

⁸¹ «Dennis Martinez and the Use of Theory», *Doing What Comes Naturally*, cit., p. 378.

⁸² Ver exemplarmente «Play of Surfaces: Theory and the Law», *There's No Such Thing As Free Speech...*, cit., pp. 180-199.

⁸³ «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 FISH a Gary OLSON) “, *JAC Online* (12-02-1992), <http://www.cas.usf.edu/JAC/122/olson.html> (extraído em 11-04-2003)].

especialmente de justificar os exercícios de simplificação-redução dos interlocutores (e de concertação-distribuição das propostas) que a tradução de tais confrontos terá que pressupor⁸⁴. Um *fundamentum relationis* reconhecível? Certamente. Ora reconhecível (prático-comunitariamente reconhecível) porque alimentado por uma perspectiva *interna* e pela autorreflexão (especificamente jurídica) que esta exige.

O que é decerto retomar o desafio de FISH ... mas para percorrer caminhos diametralmente opostos. Caminhos que nos permitam antes de mais associar *autonomia* e *sentido* e perceber que este sentido (na sua identidade *prático-civilizacional*) corresponde à continuidade (se não *iterabilidade*) de uma experiência de «demarcação» *humano/inumano* e à procura (persistentemente renovada) que a traduz: uma procura que responsabiliza diretamente uma *forma de vida* ou uma sequência de *formas de vida* – se não ciclos ou etapas – ... e que se determina (positiva e negativamente) pelos rastos que estes ciclos vão desenhando e pelas aquisições que assim se reconhecem. Rastos e aquisições que constroem um grande projeto *interpretativo* enquanto refazem a *comunidade* (ou a conjugação de *comunidades*) que o lê (e o *campo* de possibilidades que esta sulca). Que *forma de vida* ou que sequência de *formas de vida* ... e que projeto interpretativo integrador (de múltiplos projetos interpretativos)? Aquelas e aquele que souberam inventar (e que continuam a inventar) o *homo humanus* da autonomia-liberdade e da responsabilidade comunitária... reconhecendo neste – e na *felicitous performance* da sua projeção histórico-social e prático-existencial (e então também nas soluções de integração *intencional* e *teleologicamente* inconfundíveis que o assimilam e especificam) – o *tertium comparationis* de um processo de «tematização» e de «medida»⁸⁵: que outro processo (de «comparação de incomparáveis») senão aquele que (experimentando embora diversas representações do equilíbrio *suum / commune* e da sua dialética) soube afinal converter um problema necessário de partilha do mundo num problema (prático-culturalmente autossustentado e como tal também civilizacionalmente inconfundível) de *suum cuique tribuere*⁸⁶?

⁸⁴ É neste sentido que, assumindo as possibilidades-desafios de uma *teoria crítico-reflexiva*, CASTANHEIRA NEVES distingue três grandes perspetivas atuais de compreensão da juridicidade: o *normativismo*, o *funcionalismo* e o *jurisprudencialismo*. Cfr. *Teoria do direito*, cit., (versão em fascículos) pp. 50 e ss., (versão em A4) pp.28 e ss.

⁸⁵ «Tematização» no sentido consagrado por LEVINAS (indissociavelmente ligado à «interrupção do terceiro»). Ver muito especialmente *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, La Haye, 1978, Paris, edição de bolso Kluwer Academic, 2004, pp. 239-253 («Du dire au Dit ou la Sagesse du Désir»), 253 e ss. («Sens et il y a»), 256 e ss. («Scepticisme et raison»).

Uma autonomia e um sentido iluminados por uma vinculação civilizacional? Importa repeti-lo. Tendo presente que tal vinculação é aquela que, convocando as heranças polarizadas de Atenas e de Jerusalém – e recriando permanentemente os *deveres de fidelidade* (aos *filósofos* e aos *profetas*) com que estas (irreduzivelmente) nos oneram⁸⁷ –, nos remete para os fogos criadores da *civitas* romana e da *respublica christiana*. Antes de reconhecer as aquisições irrenunciáveis da reinvenção moderno-iluminista... mas também os processos de superação ou de «re-escrita» a que esta e a sua *raison raisonnée* incessantemente se submetem. Aquela vinculação civilizacional que nos permite descobrir no direito um «pormenor» decisivo de uma certa «ideia da Europa»⁸⁸? Certamente. Um pormenor culturalmente frágil (ameaçado por uma crise de identidade profunda)... mas nem por isso menos decisivo.

Decisivo apenas porque o seu *homo humanus* se nos oferece como um «pormenor» partilhado – compossível com o «mosaico» das «pluralidades linguística, cultural e social» que iluminam o território desta mesma Europa e com os «pormenores» a que estas pluralidades nos expõem? Decerto também porque a institucionalização lograda deste *homo humanus* e da procura que o reinventa (na identidade material do seu projeto) nos proporciona a condição por excelência dessa pluralidade ou da santificação-*sancire* que esta exige

⁸⁶ A «alternativa humana» (enquanto resposta apenas culturalmente *possível* para um problema *necessário*) que CASTANHEIRA NEVES nos ensina a reconhecer: cfr. muito especialmente «O princípio da legalidade criminal», *Digesta*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, vol 1º, pp. 413-419, «O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema atual do direito», *ibidem*, pp. 287-310, *Metodologia jurídica*, cit., pp. 231-234, «Pessoa, direito e responsabilidade», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº 6, 1996, pp. 38-40, «O problema da autonomia do direito no atual problema da juridicidade», in PINTO RIBEIRO (coord.), *O Homem e o Tempo. Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Eng. António de Almeida, 1999, pp. 88 e ss., «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, volume II, Coimbra,, 2002, pp. 837 e ss., *O direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*, cit., 2002, 53 e ss. (IV).

⁸⁷ É ainda a lição de LEVINAS: ver muito especialmente *Autrement qu'être*, cit., pp. 233 e ss., («Témoignage et prophétisme»).

⁸⁸ Permita-se-nos esta paráfrase, que convoca explicitamente Georges STEINER, *The Idea of Europe*, cit. na trad. portuguesa *A ideia da Europa*, Lisboa, Gradiva, 3º2006, pp. 48-55. Para um desenvolvimento, veja-se o nosso «Humanitas, singularidade étnico-genealógica e universalidade cívico-territorial. O “pormenor” do Direito na “ideia” da *Europa das nações*: um diálogo com o narrativismo comunitarista», *Dereito. Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, volume 15, número 1, 2006.

(a oportunidade, se quisermos, de resistir à «avidez da uniformidade»... e à «onda detersiva» que a propaga)⁸⁹.

Mas não só nem principalmente. Decisivo também e ainda porque esta procura e a experiência do homem-*pessoa* que ela renova – e que leva a sério como uma «aquisição axiológica» (emancipando-o de qualquer pré-determinação ontológica universalizável)⁹⁰ – continuam a interpelar-nos como um dos eixos-*interlocutores* indispensáveis da nossa circunstância presente (e do processo ou promessa de «demarcação» *humano/inumano* que lhe responde). Como uma procura que não se consumou – nem ficou prisioneira (de qualquer um) dos ciclos de *intellegere-inventio* que a foram construindo –... e que assim mesmo confronta a nossa circunstância com a possibilidade-exigência de reinventar uma intenção condutora.

Retomar o desafio de FISH (confirmando a inevitabilidade de uma autorreflexão interna)... para percorrer caminhos diametralmente opostos? Importa acentuá-lo. E acentuá-lo, insistindo no contraponto que opõe à pretensão de autonomia que acabámos de identificar ? e à promessa de demarcação *humano / inumano* que a responsabiliza ? a pretensão de autonomia-*distinctiveness* que (enquanto exigência de *distinção* ou de *determinação de traços específicos*) reconhecemos na leitura de FISH.

Compreender a primeira destas exigências é invocar diretamente *um* projeto interpretativo e discutir a plausibilidade prático-cultural deste e do *commune* que ele constrói.

Um *commune* que o projeto em causa descobre na experiência imediata da controvérsia singular – enquanto ilumina a «interrupção» prático-mundana que relativiza os sujeitos envolvidos (e reconhece a trama dos direitos e deveres que permite compará-los)... mas sobretudo enquanto «sanciona» a possibilidade-promessa da mediação de um terceiro (e o processo de reintegração-tratamento que este assegura). Um *commune* que a representação autorreflectida deste projeto (se não do confronto distanciador que a pretensão de *suum cuique tribuere* lhe impõe) estará por sua vez em

condições de assumir e de determinar (mas também de interpelar positiva e negativamente): sob os traços inconfundíveis de um certo *homo humanus* e da luta pelo reconhecimento que o inventa (e que o diz pessoa)... mas então e muito significativamente como uma ordem-*ordinans* de validade.

Responder à pretensão de autonomia-*distinctiveness* é, em contrapartida, pensar o direito apenas como um conjunto de tarefas de regulação socialmente eficazes ? tarefas que uma representação pragmático-funcional (e esta tratada como um cruzamento de expectativas verificáveis) pudesse distinguir de outras tarefas sociais... e beneficiar com uma presunção de adequação (*[recognizing] that a certain set of activities is appropriate to a certain field (...), presenting the enterprise, both to the outside world and to its members, as uniquely qualified to perform a specific task*⁹¹).

Não se tratando assim tanto de ignorar aquela *luta pelo reconhecimento* e as experiências de sentido que lhe correspondem – e que asseguram a continuidade do seu projeto – quanto de resistir à possibilidade de «isolar» tais experiências ou de lhes conferir uma identidade *plena* (ou uma intencionalidade condutora). O que significa evidentemente equipará-las a outras experiências, igualmente plausíveis (sustentadas em provas de persuasão paralelas). Antes porventura de as remeter para o interior de uma perturbante caixa negra ou para o *doing what comes naturally* que protege tal caixa... e que nos impede de a explorar.

Sem ficarmos evidentemente por aqui. Confrontar a autorreflexão inscrita no *doing* do direito e a «intensificação da atenção» que ela exige – nos termos em que FISH no-las apresenta – com a autorreflexão que uma situação de crise profunda impõe hoje ao compromisso jurídico da *humanitas* (assumido na sua específica «intencionalidade à validade»⁹²) é com efeito também *identificar* dois tratamentos exemplarmente *distintos* do problema da apropriação dos materiais exteriores (e das representações que o sustentam, se não das perguntas que permitem pensá-lo): problema que a segunda das reflexões deve levar a sério como um desafio capital (ao ponto de se abrir a um autêntico testemunho do *diferendo*)... e que a primeira proscreve (impondo um muro de silêncios ou condenando a pergunta correspondente

⁸⁹ As expressões citadas neste parágrafo são todas elas de STEINER.: *A ideia da Europa*, cit., pp. 49-50.

⁹⁰ «[Para] acedermos da individualidade à pessoa temos de passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética – numa outra palavra, a primeira é uma *entidade antropológica*, a segunda uma *aquisição axiológica*...» (CASTANHEIRA NEVES, «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito», cit., pp. 863-864).

⁹¹ Stanley FISH, *Professional Correctness*, cit., p. 19.

⁹² CASTANHEIRA NEVES, *A crise atual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, cit., 2003, p. 146.

aos paradoxos do *theoretical calculus*). Significa isto que a autorreflexão *normal* reconhecida por FISH nos obriga a confiar no êxito do processo de apropriação desencadeado pelas práticas jurídicas – e na eficácia da intenção condutora com que este supera as ameaças de «colonização» –, na mesma medida em que nos obriga a confundir o *pathos* de uma pretensão de autonomia juridicamente relevante com a defesa de um «formalismo» eficaz. Sendo seguramente *outra* a autorreflexão que a nossa circunstância espera dos discursos do direito. Uma autorreflexão que nos mostre desde logo que a coincidência das pretensões de autonomia intencional e de «existência formal», longe de se impor como um dos traços distintivos (e muito menos como uma condição de possibilidade) do projeto interpretativo do direito, se reconduz afinal a uma representação (historicamente contingente) do pensamento jurídico (e deste como *ciência do direito sistemática* tendencialmente «imune») – uma representação dominante no discurso do Método Jurídico, mas que hoje se nos expõe superada como *paradigma*, apenas sobrevivendo como uma conceção entre outras possíveis. Mas então também e muito especialmente uma autorreflexão que, ainda num confronto direto com a primeira, nos obrigue a celebrar uma circunstância única e a pluralidade que a distingue... e então e assim a testemunhar o *diferendo* (e a teia de Penélope dos discursos *não jurídicos* que nele se impõe).

Por um lado para reconstituir *criticamente* o campo de possibilidades deste *diferendo* e (ou) desenhar as constelações que distribuem os recursos nele mobilizados: distinguindo as categorias de inteligibilidade e os modelos metódicos *compossíveis* com o compromisso *material* do direito e com a *inventio* que lhe corresponde... e identificando aqueles que lhes resistem, no significado prático-cultural das transformações que impõem. Sem deixar assim de recriar plataformas de sobreposição possíveis (e os critérios que as justificam). E de reconhecer outras tantas «margens», dificilmente assimiláveis...

Por outro lado para levar a sério a especificidade prático-cultural de um tal compromisso. Um compromisso que a *societas* dos nossos dias tem cada vez mais dificuldades em identificar, enquanto e na medida em que confunde um certo direito com o direito *tout court*... mas também enquanto condena este direito (como produto de uma civilização e do cânone que esta justifica) a uma participação reguladora meramente *instrumental*. Um compromisso que urge assim submeter a uma interrogação radical. Uma interrogação que assuma (sem equívocos) a fragilidade prático-cultural das «aquisições» do direito – na mesma medida em que

reconhece as “alternativas” que as desafiam⁹³ (que as rejeitam, mas que também as assimilam... e transformam). Mas então também uma interrogação que possa dirigir-se a este direito – enquanto sentido e enquanto prática, enquanto experiência diferenciadora e enquanto ordem material –... para descobrir nele um eixo-interlocutor indispensável da nossa circunstância presente e (ou) da *Erschütterung* com que esta nos fere. Daquela *Erschütterung* que nos obriga a desvelar (denunciar) os intérpretes-defensores do *inumano*: e então e assim a prometer-assumir um novo patamar de *humanidade*.

Será isto retomar o desafio de uma autorreflexão *interna*? Admitamos que é. Reconhecendo no entanto que (em confronto com a porta aberta por FISH) se trata aqui e agora de admitir estímulos e exigências que estão longe de poder corresponder às expectativas de uma «situação institucionalizada ou às rotinas que a cumprem. Estímulos e exigências que nos comprometem com uma «aventura» permanente e que assim mesmo nos remetem para as fronteiras da interpelação filosófica. Uma interpelação «situada» (livre das aporias do *não lugar*)? Importa reconhecê-lo. Que outra reflexão senão aquela que (sem garantias de «êxito», admitindo precisamente a possibilidade de uma resposta negativa) ... expõe a nossa circunstância presente – e esta como uma situação histórico-existencial irrepitível (dominada pela fragmentação e pela heterogeneidade dos discursos, se não pela hipertrofia da discursividade) – à urgência de discutir-reinventar uma vocação *integradora*?

Mas então retomar o desafio de uma autorreflexão *interna*, vendo nesta – e no testemunho do *diferendo* que ela estará em condições de cumprir – menos a reconstituição de um espectro de discursos do que a experimentação indispensável de uma situação problemática (às quais esses discursos não conferem inteligibilidades distintas, na mesma medida em que iluminam fatores e circunstâncias que os outros não estão em condições de descobrir). Como se se

⁹³ Cfr. textos cit. *supra*, nota 86. Para CASTANHEIRA NEVES, trata-se com efeito de contrapor a *ordem de validade* do direito à *ordem de necessidade* do poder e à *ordem de possibilidade* da ciência (*tecnociência*) mas também à *ordem de finalidade* da política... reconhecendo nestas outras tantas respostas (culturalmente) possíveis. *Alternativas* às quais importará porventura acrescentar uma *quarta*: aquela que se nos impõe com as tentativas de reconhecer uma ética *nova* (e com os degraus de universalidade que esta ambiciona). Para uma alusão a esta “ameaça” de *continuum prático*, ver os nossos “A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito. Breves reflexões”, *Boletim da Faculdade de Direito* LXXIX, Coimbra, 2003, pp. 197 segs., 214-215 e “O *logos* da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos*...», cit., pp. 65-66, 132-135.

tratasse afinal de respeitar a pluralidade e as diferenças no espectro das celebrações que as prescrevem (e dos pensamentos que as assumem), mas também, e sem soluções de continuidade, no espectro (permanentemente renovado) das suas manifestações problemáticas – reconhecendo estas para além dos discursos e das capacidades de assimilação que estes mobilizam. Não decerto para garantir a contenção de um puro «saber local» (*alla FISH*) – que pudesse ser (*naturalmente*) mobilizado pelo cumprimento de uma tarefa (ou pela operatória que a orienta) –, antes para submeter a representação das situações institucionais (em todas as instâncias da realização do direito) aos desafios permanentes tanto de um *diagnóstico de diferenças* quanto de um *projeto interpretativo integrador* (capaz de experimentar *internamente* estas diferenças). Desafios estes que (conjugados!) nos impedem decerto de confundir a identidade dogmática do pensamento jurídico com a sobrevivência de uma representação *formalista* (mais ou menos habilmente assimilada pelas rotinas do seu *doing*) – e de assumir os silêncios correspondentes! – mas que nos impedem também de transformar a celebração da pluralidade num exercício de *indiferenciação*, que nos entregasse às possibilidades aparentemente infinitas de um discurso *metadogmático* fragmentado e à equivalência (hipertélica) de outros tantos projetos interpretativos (se não à equidistância dos *lugares* ou dos *não lugares* em que estes se fecham). Uma equivalência e uma equidistância que só será evitada se (em nome de uma teoria do direito interna, crítico-reflexivamente assumida) admitirmos traçar um mapa e iluminar cuidadosamente (*diferentemente*) os seus percursos. Sem excluir os contributos das reflexões *externas* e das posturas críticas que estas autorizam (antes tornando-os implacavelmente presentes nas suas *diferenças*). Mas então impondo um *projeto interpretativo* que, ao oferecer à reflexão filosófica um patamar de experimentação indispensável, possa simultaneamente proporcionar a cada um dos projetos-interlocutores envolvidos (e muito especialmente às reflexões metodológicas que os distinguem) um horizonte ou um quadro de integração possível – um horizonte-*quadro* capaz de reconstituir a teia dos potenciais interlocutores (ou de oferecer os *sinais* ou os *rastos* que os iluminam)... mas sobretudo capaz de estabelecer um *diagnóstico de problemas* – daqueles problemas que as diversas concepções asseguradas por estes interlocutores (e pelos seus jogos) exemplarmente identificam. Como se se tratasse de reconstruir a «grande» teoria de *asystatae controversiae* que o nosso complexo *locus* argumentativo afinal exige. Sempre provisoriamente e em termos negativos:

excluindo caminhos, contabilizando «erros»... Numa palavra, reconhecendo o «preço» das nossas escolhas culturalmente possíveis.

Conclusão-desafio que nos autoriza a voltar ao ponto de partida. Responsabilizando a *jurisdictio* por uma *forma de vida* específica e pela procura da *humanitas* (enquanto validade comunitária) que esta institucionaliza? Responsabilizando-a também pelo exercício de um *contrapoder* (e dizemo-lo com CASTANHEIRA NEVES): aquele *contrapoder* que, reconhecendo o seu interlocutor imprescindível no «*poder* de programação politicamente constituinte» e na *lex* que este impõe (se não na *societas* que este(s) reinventa(m)), se dirige a tal poder (e às suas mediações ou às *situações institucionais* que estas geram) com uma voz *autônoma* – a única voz que está em condições de «postular a validade do direito e de ser convocada exclusivamente à sua realização» (na mesma medida em que leva a sério a dimensão metodológica desta validade)⁹⁴. Sem esquecer decerto que uma tal procura se cumpre assimilando controvérsias situadas (mobilizando condições institucionais e enfrentando obstáculos ou constrangimentos *exteriores*) – se não respondendo (mais habitualmente do que se pensa) a

⁹⁴ «[A] índole política (comprometidamente política) da função legislativa há de ter o seu contra-polo na índole jurídica (autonomamente jurídica) da função jurisdicional. O compromisso político que corresponde hoje à lei, a fazer dela um instrumento jurídico-político de governo, não pode deixar de implicar para a sua normatividade a parcialidade e mesmo a partidarização que são próprias do compromisso político numa sociedade dividida e plural (...). [Se] a evolução do sentido da lei é forçosa, ela própria convoca, e com o mesmo carácter forçoso, um *contrapeso*, um poder chamado a garantir o respeito pelos valores fundamentais da ordem jurídica e do direito. (...) [As] funções legislativa e jurisdicional, no atual sistema político-jurídico, não só continuam a não ser análogas, como voltam a ser contrárias: e se igualmente não são contraditórias, pois uma não nega a validade e a autonomia específica da outra, o certo é também que deixaram de ser simplesmente complementares nos termos em que o eram no sistema moderno-iluminista (a complementaridade da criação genérica e da aplicação particular de um direito-norma geral), para serem antes concorrentes, como duas dimensões, intencional e institucionalmente contrapostas, de uma dialética entre um poder de programação politicamente constituinte e um contra-poder que postula a validade do direito e é convocado unicamente à sua realização...» (*O instituto dos «Assentos» e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, pp. 604, 605, 611). Para uma caracterização do «juízo jurídico da jurisdição» e a problematização do sentido da função jurisdicional como «elemento institucional da comunidade política» (e de uma comunidade política organizada num Estado que se quer *legislativo-jurisdicional*), caracterização que insiste assim numa especificação da exigência de «representação *comunitária*» – dominada pelo contraponto *político/política* (e pelos desafios da institucionalização de um poder que não sendo «apolítico» também não desempenha decerto «uma função de *intenção* e de *natureza* políticas») –, cfr. o mesmo *O instituto dos «Assentos»...*, cit., pp. 418 e ss., 429-475, 596-611.

questões de fronteira (*boundary questions [which] are simultaneously inside and outside the law*⁹⁵). Condições e obstáculos que por sua vez reforçam a identidade desta procura e da sua intenção de realização, na mesma medida em que a inscrevem (ou projetam) num *mundo prático* continuamente reinventado. Condições e obstáculos que – enquanto dimensões indissociáveis da nossa circunstância presente e das preocupações que esta assume – exigem um diagnóstico logrado dos problemas (dos problemas que tais condições assimilam ou que tais obstáculos impõem). Aquele diagnóstico que o testemunho do *diferendo* – se e na medida em que o levarmos a sério como um diálogo plural – poderá (deverá) eventualmente abrir.

⁹⁵ HOWARTH, «On the Question “What Is Law?”», cit., pp. 282-283.