

# O DIREITO COMO VALIDADE: A VALIDADE COMO CATEGORIA JURISPRUDENCIALISTA

António Castanheira Neves\*

**RESUMO:** O presente artigo trata do fenómeno da situação doutrinal quanto ao entendimento da validade referida ao Direito — e com um resultado que será muito negativo, em seguida assume a tentativa de reconstituição do seu sentido fundamental e em todos os seus momentos — intencionais, estruturais e fundamentais. Por fim, alude às consequências decisivamente relevantes, seja na explicitação da normatividade fundamental da juridicidade, tanto intencionalmente pela determinação normativa da própria validade, como na sua implicação estrutural e da sua racionalização sistematicamente integrante; seja também, e como irreduzível dimensão, na mediação do momento metodológico, bem como invoca a autonomia do direito e de seus limites.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito. Validade. Jurisprudencialismo.

## LAW AS VALIDITY: VALIDITY AS A JURISPRUDENTIALIST CATEGORY

**ABSTRACT:** The present article deals with the phenomena of the scientific situation on the understanding of validity referred to Law — and with an aftermath that will be much negative, it follows by assuming the attempt to reconstitute its fundamental sense and in all its moments — intentional, structural and fundamental. Finally, it alludes to the decisively relevant consequences, whether in the explanation of the fundamental normativity of juridicity, both intentionally by the normative determination of validity itself as in its structural implication and systematically integrative rationalization, whether also, and as an irreducible dimension, in the mediation of the methodological moment, as well as it invokes the autonomy of Law and its limits.

**KEYWORDS:** Law. Validity. Jurisprudentialism.

*“Alegria a vós”*

*Platão a Diniz*

*III Carta*

*O problema do direito faz parte do problema da nossa civilização ocidental no momento presente*

## ANTE-VERBA

Não quero repetir Theodor Adorno, na sua desesperada interrogação após- Auschwitz, mas não deixo também de perguntar-me, não tanto se será legítimo (afinal nunca o foi tanto!), mas fará ainda sentido para o auditório desviado e distraído (venho da Europa...) falar do Direito quando o único valor e referência nesta decadência civilizacional que sofremos — salvo em

---

\* Doutor em Direito e Professor Catedrático da Universidade de Coimbra. E-mail: acneves@fd.uc.pt

alguns nichos de lúdico intelectualismo e no seu circuito fechado e quase a tenderem para seitas... — passou a ser *das Kapital*, e mesmo esse o vemos, não nos iludamos, irrecuperavelmente em colapso... Mas não há ainda a política? Só que essa, quando não se reduz também ela à economia, provoca afinal um inaceitável desvio e ignorância do direito mesmo ao invocar, ou sobretudo quando invoca exclusivamente e numa como que salvadora veemência, as constituições — vê-lo-emos, e sem pretender ser aí um qualquer ridículo “cardeal diabo”! E não há para além de tudo e por último os “direitos do homem”? Só que ainda esses, quando não se iludem na mera retórica política, não deixam de, paradoxalmente e uma vez mais, provocar na sua absolutização a incompreensão do próprio direito — também isso já insistentemente o tenho tentado mostrar.

Será que temos de dar razão a Maneco Lírio, personagem do magnífico *Continente* de Erico Veríssimo, quando dizia ele que era o nosso um “mundo velho sem porteira”, ao que o Escritor acrescentou: “mundo sem coerência, sem bondade, sem justiça e sem Deus”? Disse-o, é certo, em 1948/49... e hoje, pela complexa mediação da ilusão entretanto vivida, será diferente ou antes agravado?

De todo o modo não quero pecar contra a esperança — uma vez mais o digo — e assim, menos pessimista do que Heidegger, quando nos disse postumamente que “só um deus nos pode ainda salvar”, creio que a referência última justificante do sentido dessa esperança não serão decerto os pequenos deuses rasteiros e inumanos que foram aludidos, mas aquele Outro, absoluto e único, posto que muito esquecido, a quem, nas palavras também do filósofo, “se pode rezar e trazer ofertas”, a quem se “pode dobrar o joelho ou dançar”...

Pois bem, é neste quadro que o meu tema é a validade que o direito, enquanto tal, intencional-normativamente exprime — não a validade *do* direito (ou que o justifique e ele invocará), e sim a validade *de direito* (ou que ele próprio constitutivamente traduz ou normativamente manifesta). Compreenderemos a distinção na sua diferença e porquê.

Tema este da validade de direito que vemos atingida por uma grande ambiguidade, semântica e sobretudo de significação, e o que me proponho é um contributo não só de superação dessa ambiguidade como uma recuperação, e é o principal, do direito como validade através de uma recompreensão também do seu sentido que nos permita atingir a exacta inteligibili-

dade de uma e de outro no nosso actual mundo prático. Direi que com isso estamos perante, uma vez mais, o problema do direito, no seu sentido e na sua capital convocação humana?

A conclusão a que chegaremos é a de ser a validade, como quer que venha ela a exactamente entender-se, uma categoria indefectível, mesmo definidora, do universo do direito em si mesmo. O que todavia está longe, e muito para além da já referida ambiguidade, de ser hoje uma evidência — e por isso se justifica que o retomemos em toda a sua problematicidade.

Percorrendo para tanto quatro estações. Depois de uma breve *Introdução*, consideraremos 1) em primeiro lugar, a situação doutrinal quanto ao entendimento da validade referida ao direito — e com um resultado que será muito negativo, atrevemo-nos mesmo a qualificá-la como de inaceitável incompreensão; 2) em segundo lugar, em consequência e como o momento certamente nuclear da nossa reflexão, assumiremos a tentativa de reconstituição do seu sentido fundamental e em todos os seus momentos — intencionais, estruturais e sobretudo fundamentantes; 3) para, em terceiro lugar, aludirmos às consequências decisivamente relevantes, seja na explicitação da normatividade fundamental da juridicidade, tanto intencionalmente pela determinação normativa da própria validade, como na sua implicação estrutural e da sua racionalização sistematicamente integrante; seja também, e como irreduzível dimensão, na mediação do momento metodológico; 4) por último, invocaremos, justificados pelos pontos anteriores, a autonomia do direito e, correlativamente, também os seus limites na sua intencionalmente específica problematicidade no universo prático...

## 1 INTRODUÇÃO

1. Quem tiver tido a generosa paciência de ler algumas coisas que tenho escrito, recorrentemente vê a contrapor o sentido do *direito como validade* a quaisquer *reguladores sociais* que, porventura ou se pretenda, com aquele concorressem no último objectivo prático-social, o objectivo do *contrôle* — como comumente se diz numa cedência sociológica — da prática e da dinâmica sociais. Sem querer saber de momento se essa prática e dinâmica sociais são vistas, ou se reduzem, *como integração, como conflito, como dialéctica das diferenças*, etc. Só que naquela alternativa capital há que se decidir pela opção em que o direito postule uma *ordem justa* (ainda que sobre a “justiça” haja muito que dizer e pensar) que não tão-só uma *organização socialmente eficaz*, numa estratégia finalisticamente pro-

gramada, pois que o direito tem a ver com o universo espiritual do sentido, com o dever-ser de uma validade normativa de correlativos e constitutivos fundamentos axiológicos, não apenas com o mundo do prescritivo regulatório que nas suas positivas estruturas abstractas e na sua ‘performance’ e pragmática se afirmasse e subsistisse, assim como também se não reduz unicamente ao mundo empírico-social da factualidade, da eficácia e bem assim da consequencialidade dos efeitos, — onde, ou em tudo isso, o *posterior* do cálculo e da fungibilidade se substituísse ao *a priori* normativo e da validade. O direito é, concluíamos enfaticamente, uma categoria ética (melhor, axiológico-normativa) não uma programação político-socialmente estratégica e regulatório-tecnicamente eficaz.

E isto remete-nos a um outro também recorrente tema meu — o das *alternativas ao direito*. Tema esse afinal implicado no que foi dito. Só que essas alternativas têm um sentido próprio a convocar, sentido que não pode minimizar-se, posto o pensamento jurídico dominante, na sua em geral e beatífica apromaticidade, se lhe mostre indiferente — tema em que de novo a validade normativa de direito a vemos comprometidamente presente. “Alternativa ao direito” significa a substituição do direito, no seu autêntico e diferenciador sentido normativo (sentido humano-cultural e histórico-civilizacional), por outro regulador social proposto a resolver, embora de outro modo, o problema, decerto inevitável, suscitado — como melhor iremos ver — pela humano-histórico-comunitária coexistência, e sobretudo convivência, num mesmo tempo histórico e num mesmo espaço social. Problema de que o direito é uma específica e irredutível solução — o problema é universal na sua significação humana, mas as soluções dele podem ser diversas e diferentes, ou pretender-se que o sejam, com o direito a ser só uma dessas porventura possíveis soluções, embora a humanamente mais nobre e que por isso justificará a sua não apenas preterição, como ainda o devermos dizer a *alternativa humana*. Com efeito, perante a *ordem de validade* e em preferência a ela pode pensar-se e afirma-se mesmo na realidade histórica — ou porque se tem já verificado ou porque as tendências intencionais e estruturais evolutivas das sociedades já actuais, já em gestação o apontam — seja uma *ordem de necessidade* em que categoria determinante é o poder, seja uma *ordem de possibilidade* em que a categoria ou as categorias constitutivas são as da ciência-técnica com vista à eficiência (à gestão de uma administração programada e eficiente), seja uma *ordem de fina-*

*lidade* com o seu categorial sistema de fins politicamente definido que busca a eficácia decisória. Seja *inclusive*, e parece entrarmos neste caso no paradoxal, uma *ordem de amor*, em que a categoria capital é agora a ética da alteridade absoluta, proposta já aqui neste mundo à apocalíptica libertação pessoal num novo céu e numa nova terra que antecipasse os “novíssimos”. De tudo isto me tenho ocupado insistentemente (mas em vão!) sobretudo das primeiras três alternativas que aí estão a forjar-se na nossa actual realidade evolutiva, em que os deuses como que abdicaram no *software* e a transcendência referencial cedeu à imanência sintáctica. Também preocupadamente tenho reflectido sobre a última alternativa referida, aquela que metaproblematicamente convoca o absoluto ético da justiça infinita que nos responsabiliza perante o “rosto” de cada um dos outros — mas aí verdadeiramente estamos para além da validade normativa, e da sua humana justiça afinal, já que se transcende a relatividade da terceirialidade e do relativo e parificante comum comunitários a caminho da santidade do amor num exclusivo e absoluto “face a face”, sem quaisquer institucionais mediações condicionantes, como paradigmaticamente o podemos entender na “parábola do filho pródigo”.

A todas estas considerações preliminares invoco-as apenas para termos consciência do horizonte a que nos remete o nosso tema da validade de direito. Pelo que há que passar agora directamente a ele.

## 2 A SITUAÇÃO DOUTRINAL

a) Começando por considerar a situação doutrinal com que deparamos e que nos conduzirá afinal ao problema específico suscitado pelo nosso tema..

Assim, o pensamento jurídico não refere univocamente a validade, a categoria da validade melhor será dito, ao direito, nem a compreende nessa referência do mesmo modo ou sequer com a mesma relevância. Há efectivamente que distinguir nessa referência, por um lado, a *validade como qualificação*, já que nesses termos é ela tida como a condição de que dependerá poder o direito arrogar-se ou impor-se como tal; por outro lado, a *validade como estatuto* ou como o *modus* dogmático da manifestação da sua juridicidade; por outro lado ainda, a *validade como sentido*, que será a nossa compreensão, como sentido axiologicamente constitutivo e diferenciador do próprio direito na sua normatividade. No primeiro caso, o direito deve ter ou manifestar ele próprio validade, pelo que esta lhe será uma exigência

que a ele se dirige — tal como também uma qual entidade jurídica, p.ex. um contrato, deve ser válida; no segundo caso, a validade será uma característica, seja política, seja dogmática, seja empírica do direito e que assim nele é objectivamente determinável; no terceiro caso, ele próprio é válida, é a validade axiológico-normativa que como direito institui e manifesta. Por outras e mais sintéticas palavras: há que distinguir a validade que o direito *deve ter*, a validade que *no* direito se reconhece ou se descreve, a validade que o direito *é*.

a.1) Também a validade como qualificação — atendamo-la naturalmente em primeiro lugar — admite uma básica diferenciação, aquela que se enunciará nestas duas conjugações: a *validade e a verdade*, uma; e a *validade e a justiça*, a outra. A primeira conjugação pretende afirmar, nos termos ontológico-metafísicos clássicos, que o direito apenas logrará validade se ele em si mesmo exprimir a verdade. Mas que verdade e de que modo? Limitar-nos-emos agora a dizer: a verdade enquanto a referência a uma transcendência objectiva, que em si é e subsiste, a referência cognitiva como *adequatio* inteligível a um qualquer padrão prático-normativo onticamente indisponível, e a oferecer-se esse padrão nas teleológicas estruturas ontológicas, como p.ex. nas causas finais de Aristóteles, e a pressupor, seja numa metafísica do *Ser*, seja numa metafísica do *Logos*, e sempre também a metafísica identidade entre ser e valor. Todos reconhecemos aqui o sentido do jusnaturalismo clássico e por ele se postularia que o direito só podia pretender validade se, naquela numa *adequatio* prático-cognitiva, nele se afirmasse ou pudesse reconhecer-se fosse o “direito natural”, fosse a “lei natural” (não temos neste momento de os distinguir). Decerto que se poderia invocar uma versão mais moderna do cognitivismo prático, aquela que resultaria da fenomenológica axiologia material, pensada desde logo por M. Scheler e N. Hartmann, com as suas possibilidades cognitivas e com o seu relevo normativo. Sempre, no entanto e de qualquer modo, neste sentido o problema da validade do direito, da sua validade qualificadora, seria afinal um problema teórico (especulativo) — sempre a validade do direito, nessa sua exigência de verdade, seria um problema da razão ou do pensamento teórico., não afinal do pensamento ou da razão práticos. Isto na primigénica e clássica identificação do pensar com o conhecer?

Só que esta indiferenciada assimilação do prático pelo teórico — e a significar verdadeiramente a exclusividade teórica na inteligibilidade em

geral, em último termo a postular não só que pensar era conhecer, mas ainda que o sentido era o ser ou só o ser fundamentaria o sentido — o que afinal traduzia era a metafísica compreensão da realidade, toda ela, natural ou humana, como um mundo de absoluta determinação, perfeito e acabado uma vez por todas, e onde portanto nada de novo e de criador podia jamais acontecer — o *cosmos* ou a Criação eram sem abertura nem dinamismo. Não era isso afinal, e para além do mais, a abstracção e a incompreensão da história e assim a afirmação do tempo cíclico no eterno retorno do mesmo?

Deixemos, no entanto estas observações e tudo o que quanto a elas ainda se exigiria, e baste-nos reconhecer, para o que mais directamente nos importa, que também desde cedo, e irreversivelmente depois, o prático se diferenciou do teórico, o pensamento ou razão prática do pensamento ou da razão teórica. Habermas, ao ocupar-se de uma temática convergente com a nossa (*Richtigikeit versus Wahrheit*, na colecção dos seus ensaios *Wahrheit und Rechtfertigung*, 271,ss.), imputa essa distinção a Aristóteles e a Kant (“Kant seguiu Aristóteles, assim afirma, ao desligar a razão prática de uma razão teórica”) e ele próprio insiste nela — embora não distinga naqueles pensamentos o que deverá distinguir-se, nem atinja assim o essencial, como veremos. Simplesmente o relevante neste momento é considerar que por essa distinção a validade qualificadora do direito passou a ser referida, não já ao ser, mas a um padrão prático-normativo que seria a *justiça*. Não perguntemos agora que justiça e como compreendê-la, basta que acentuemos que não já a verdade é o princípio, enquanto o fundamento dessa qualificação, e que assim, passando-se da universalidade do teórico para a diferenciada assunção do prático, o que fora então fundamento de *transcendência objectiva*, numa intenção cognitiva, cede a um fundamento como *transcendência regulativa*, numa intenção normativa. Foi nestes termos que no universo e no discurso da juridicidade a referência à justiça enquanto condição fundamentante da validade do direito em geral entrou no pensamento jurídico como seu tema necessário e como a solução normativamente decisiva dos seus últimos problemas. O direito é *objectum justitiae, res justa, quid justum est*” a força da lei depende do nível da sua justiça”, etc. disse-o S. Tomás depois de Santo Agostinho, num particular quadro teológico certamente, mas com uma intencionalidade que no essencial se universalizou nessa referência do direito à justiça, não obstante a razão política da modernidade e com que só rompeu, num radicalismo de abstracção axioló-

gica, o positivismo jurídico político-legalista pós-revolucionário e o positivismo dogmático e analítico de oitocentos em diante. Bem se sabe também que o sentido da justiça, o que deverá com ela verdadeiramente pensar-se, é um grave problema que assim nem sequer fica posto, assim como se não deixarão de reconhecer, seja como for, intenções diferentes dessa referência. Recordaremos a do *modus* estritamente regulativo, e já não qualificadamente condicionante, da “ideia de justiça” em todo o neokantismo jurídico, e não omitiremos uma proposta bem mais recente (de R. Alexy) que tenta afirmar uma “natureza dual” no direito, de autoridade-positividade e de “*moral correctness*” — embora, não deixe de dizer-se, numa ambiguidade manifesta (será este “segundo elemento”, como é dito, uma dimensão constitutiva, nos termos clássicos, uma intenção idealmente regulativa, nos termos neokantianos, a “essência” do direito na polaridade ontológica com a sua “existência”, nos termos de A. Kaufmann, a própria dimensão materialmente normativa do direito? — não ficámos esclarecidos). Baste-nos, no entanto, agora repetir que a referência a uma *adequatio* que do direito diria o que ele intencionalmente seria — o direito, como o ser, é, na sua verdade — foi de todos estes modos substituída, de novo se diga, pela *justificatio* que ele deveria exhibir — o direito a *deve-ser* normativamente ele próprio. Discutir-se-á esta, ou estas modalidades de fundamentação, posto que, seja como for, não se lhe possa ignorar o mérito de invocar no direito, e como seu *constituens* diferenciador, uma normatividade material, um conteúdo normativo que lhe seja materialmente referente.

Há, porém, que passar ao segundo sentido do entendimento da validade do direito, a que aludimos, à sua *validade como estatuto*. E distinguindo nesse entendimento básico também três modalidades bem diferentes — a *validade política*, a *validade dogmática* e a *empírico-sociológica* — posto que ainda com uma característica comum: todas elas, contrariamente a uma intencionalidade jurídica material, ontológica ou normativa, que vimos presente no sentido da validade como qualificação, comungam antes numa intencionalidade jurídica *formal*: agora o direito na sua validade não depende de um conteúdo que fundamentadamente assuma ou deva assumir, a sua validade afirmar-se-á pelo apenas cumprimento de certas condições formais, políticas ou procedimentais.. Duas palavras são suficientes para o recordarmos. Pela pós-justuralística e moderna politização do direito, este seria tão-só a expressão normativa da *voluntas* política, ideologicamente

comprometida, produto jurídico da manifestação do poder estadual, a exibir quando muito uma legitimação ideológica, pelo que o seu conteúdo estaria à disposição prescritiva desse poder sem quaisquer pressuposições materiais (salvo porventura o prévio reconhecimento liberal dos direitos, assim em Locke, e todavia também estes em último termo dependentes da sua proclamação na lei) e apenas com uma condição também ela político-formal — a de exibir esse direito, politicamente estadual, a sua legitimação política simultaneamente pela referência ao poder e pelo processo prescritivos da sua criação no quadro da estrutura político-constitucional. Ou seja, a validade identificava-se com a *legitimidade* — seria esse o estatuto que político-juridicamente lhe corresponderia. E menos exigente ainda passaria a ser quanto a ela o pensamento jurídico, ao limitar-se, como mera consequência certamente do sentido que acaba de considerar-se, a ver na validade de direito tão-só um estatuto dogmático — como que abandonando uma qualquer intenção normativa, para se ficar numa mera descrição positivo-dogmática. Invoque-se como exemplares desta atitude as posições de Kelsen, de Bobbio, de O. Weinberger, mesmo de Tércio Sampaio Ferraz, Jr., e ainda de muitos outros — nada mais do que expressões afinal do positivismo jurídico dominante. “Porque vale (*gilt*) uma norma (norma jurídica), começa Kelsen por perguntar (*Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., 196), o que é o seu fundamento de validade?” e logo responde que “o fundamento de validade de uma norma só pode ser a validade de uma outra norma” e assim se chegaria, bem sabemos, a uma última norma como fundamento de todas as normas do sistema jurídico, última norma por ele dita *Grundnorm*. Observando apenas que a palavra alemã *Geltung* usada por Kelsen ao fazer aquela pergunta e ao reponder-lhe, se a traduzi por “validade”, melhor seria traduzida por “validez” e mesmo “vigência” e já por isso vemos Kelsen a colocar-se fora de qualquer intencionalidade axiológico-normativa que à palavra “validade” em geral se atribui — *Geltung* é tão-só uma categoria dogmático-jurídica. A que acresce que o problema posto pela pergunta enunciada não é afinal um problema normativo, mas simplesmente um problema epistemológico — na verdade, a pergunta não se refere à normatividade do sistema normativo e antes à sua “unidade”, pois o que exactamente e afinal com a pergunta se pergunta é: “O que funda a unidade de uma pluralidade das normas, porque pertence uma determinada norma a um determinada ordem (jurídica)?” O problema e a perspectiva de Kelsen eram

epistemológicas e não normativas. Diferenças estas nem sempre tidas em conta e que têm sido a origem de inúmeros equívocos. Não insisteremos, no entanto, nesse ponto, e ainda menos importa neste momento saber qual exactamente a índole sistemática dessa *Grundnorm*, se pressuposto transcendental, se uma ficção “*als ob*”. De acentuar é apenas que esta “validade”, *Geltung*, das normas do sistema jurídico e do próprio sistema, isto é, do direito positivo, não intenciona um sentido e um fundamento para além do sistema jurídico positivo por cuja validade se interroga, essa validade constitui-a, na sua imanência, o próprio sistema, numa sua auto-fundamentação de unidade sistemática. Descrever a unidade sistemática do sistema jurídico é oferecer dogmaticamente a sua validade. Por isso é claro o que de outra forma pareceria uma contradição, com dizer-se, como o diz Kelsen, que “por validade se pensa a existência específica das normas”, “a existência de uma norma legal é a sua validade”, “uma norma não-válida é uma norma não existente, é legalmente uma não entidade” (*General Theory of Law and State*, 1949, 39, 48, 155, e onde a *Geltung* alemã é dita *validity* em inglês). Mais claro ainda é N. Bobbio quando, ao distinguir “justiça, validade e eficácia”, afirma num positivismo inequívoco que “o problema da validade é o problema da existência da norma enquanto tal, independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não”, que “uma norma pode ser justa sem ser válida”, e pode “ser válida sem ser justa” — existência, pois, da norma enquanto simplesmente integrada num sistema de direito positivo e nisso apenas se traduziria a sua validade. Repita-se: validade jurídica esta que mais não é do que uma categoria dogmática e dogmaticamente apenas considerada — por outras palavras ainda, validade jurídica tão-só como estatuto jurídico. De uma outra perspectiva epistemológico-jurídica, mas de resultados análogos quanto a esta ponto, será dizer-se, com Ota Weinberger (*Recht, Institution und Rechtspolitik*, 109,s.) que o problema jurídico da validade do direito deve ser tratado segundo uma perspectiva institucionalista das normas, para se concluir que “a existência real das normas é existência institucional”. Numa perspectiva não já directamente institucional e antes linguística, ou melhor, segundo os esquemas linguísticos, considera, por último, Tércio Sampaio Ferraz que “a validade é uma propriedade do discurso normativo que exprime uma conexão de imunização”, ou seja, teria ela, numa linha de perspectivação linguística, uma função pragmática de imunização, já que a invocação da validade das normas no sistema ex-

cluiria, ou serviria para excluir, a sua crítica e recusa pelos destinatários desses discurso. O que é afinal considerar a validade só pela sua função e os seus efeitos — ainda admitindo que fossem essa função e esses efeitos apenas os seus — com abstracção, se não indiferença funcionalmente analítica, do seu sentido especificamente normativo. O que toca já, por essa indiferença positivista, com a última modalidade da validade como estatuto que queremos referir, e em que a incompreensão se acentua.

Trata-se da modalidade empírico-sociológica. Seria, no entanto, fastidioso considerar toda a linha do pensamento jurídico nessa linha. Trata-se evidentemente do sociologismo jurídico na sua dupla aspiração, a neutralização do normativo na sua intencional autonomia para que não se suspeite de jusnaturalismo (ou, nas palavras de Hart, para “evitar interpretações metafísicas”) e o imperialismo cientista do estritamente social — e quanto a este último ponto, não se trata apenas de afirmar a certamente legítima diferenciação da sociologia do direito, mas de reduzir já ilegitimamente o jurídico a uma exclusiva perspectiva sociológica. Pelo que nos limitaremos a referir dois autores, decerto dos mais moderados, integráveis nessa orientação — falamos de Hart e Ross. Mas correctamente de Hart (v. *The Concept of Law*, 2nd ed., p. 100, ss.)? Pois não se deve a ele a chamada conclusiva à distinção entre a “perspectiva interna” e a “perspectiva externa” na consideração do sistema jurídico, aquela de sentido normativo-jurídico e esta de sentido já sociológico, e não é segundo a perspectiva interna que o vemos a definir a “validade jurídica” dizendo que “a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento” — com uma aparente analogia assim com a posição de Kelsen na convocação da *Grundnorm* —, e não critica mesmo Ross, quando sustenta este com todo o realismo jurídico e no caso sobretudo escandinavo, que o critério da validade jurídica é “a predição do comportamento judicial futuro na observância das normas jurídicas” (v. *Scandinavian Realism*, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 161, ss.)? Simplesmente não exclui tudo isto que na explicitação da “regra de reconhecimento” e em crítica consequente a Kelsen acabe por dizer que essa regra “é diferente das outras regras do sistema”, que tem ela uma “existência como facto” e que portanto a asserção dessa sua existência “só pode ser uma afirmação externa de facto”, que “a sua existência é uma questão de facto” — facto decerto sociologicamente determinável. Ou seja,

se a validade jurídica postula uma mediação normativa na sua consideração, o certo é que o seu critério último e decisivo é um simples facto, uma determinação empírico-sociológica. — como se afinal também H. L.A. Hart quisesse também aqui evitar “interpretações metafísicas”! Quanto a Alf Ross as coisas são totalmente inequívocas, como já nos apercebemos — ao sustentar que a validade jurídica depende da “previsão” de que as normas jurídicas são efectivamente observadas, que “são efectivamente observadas enquanto sentidas como socialmente vinculantes”, pelo que é essa “efectividade que constitui a validade do direito”. Por extenso: “...um sistema válido de normas pode ser definido como o conjunto das normas efectivamente operantes na mente do juiz porque eles as sente como socialmente vinculantes e por isso as observa”; “somente os fenómenos jurídicos em sentido estrito — aplicação do direito por parte dos tribunais — são decisivos para determinar a validade das normas jurídicas” (*On Law and Justice*, na trad. it., 34,ss.).

Posição esta última análoga também à que é própria do funcionalismo jurídico sistémico, antes de mais na sua versão por N. Luhmann — que sabemos ser (ou pretende ser) uma “teoria sociológica do direito” — não uma sociologia do direito, mas uma teoria sociológica do direito. Aí se justificaria dizer em geral — e através de uma complexa tentativa de justificação que noutra oportunidade estudámos e criticámos em pormenor — que o direito se manifestaria numa vigência sem validade, ou numa necessária funcional abstracção desta.”O que vale no sistema jurídico, não deve valer: vale ou não vale simplesmente” — nas próprias e inequívocas palavras de Luhmann, e isso significaria, voltam a ser palavras suas, “a passagem de ontológica e natural fundamentação da validade jurídica para a plena positividade do direito”, sabendo-se também que positividade do direito significaria aqui a sua decisibilidade e sempre possível alteração. Ou seja, a categoria “validade”, diferenciada no seu sentido próprio, como inclusivamente o categorial sentido da normatividade, deixam de ter lugar neste funcionalismo.

### **3 A VALIDADE DE DIREITO OU O DIREITO COMO VALIDADE**

É neste quadro, pois — temos de o repetir —, que o meu tema é a validade que o direito, enquanto tal, intencional-normativamente exprime — não a validade *do* direito (ou que o justifique e ele invocará), e sim a vali-

dade *de direito* (ou que ele próprio constitutivamente traduz ou normativamente manifesta).

E a conclusão a que chegaremos — também insistimos em reiterá-lo — é a de ser a validade a categoria definidora do universo do direito em si mesmo. Para o compreendermos, exige-se que o retomemos em toda a sua problematicidade e esta necessariamente a atingir o *ante* (de sentido e constitutivo) do qual as diversas posições que considerámos serão afinal possíveis, ou não elimináveis *à priori*, soluções propostas — pois nenhuma só em si é necessária na sua evidência. Afinal o *ante* do *originarium* sentido do direito para além dos paradigmas e para além dos direitos, tal como o ser para além dos entes. Tanto é dizer, há que referir o problema, com a sua exigência de sentido, a que essas posições pretendem responder, como a sua solução. Problema e sentido que não serão decerto outros do que o problema e o sentido mesmos do direito. E então a pergunta é esta: perante o problema do direito e para lhe darmos uma solução que o seu sentido admita há que o compreender como validade e exactamente em que termos? Com uma outra explicitação ainda: não se trata ao referir a validade ao direito, ao seu problema e sentido, de modo a perguntar nestes por aquela — que validade compete ao direito? -, mas de perguntar ao direito, ao próprio problema e como a solução do seu sentido, se ele implica uma dimensão constitutiva de validade — e então que validade constitui e manifesta o direito? Ali o que está em causa, importa insistir neste ponto capital, é a validade *para* o direito, aqui é a validade *de* direito. E bem compreendemos que esta pergunta é nova e que as posições primeiro enunciadas não a pressupunham, mas antes aquela outra diferente — e todavia, como veremos, é ela que vai verdadeiramente implicada no problema do direito. E apenas ela também nos poderá conduzir à solução que procuramos — só encontramos o que procuramos e as respostas são-no das perguntas adequadas.

b) Evidente é seguramente que o direito é uma resposta culturalmente específica, muito específica mesmo, para as interrogações, de sentido e de modo, que suscita o encontro de nós homens uns com os outros neste mundo. Essas interrogações são de índole diversa e só uma delas terá como solução possível — só possível, reconheça-se também, e não necessária nas condições da sua própria pressuposição — o direito como validade, nos termos a que aludimos e tentamos compreender. O que exige alguns esclarecimentos indispensáveis, a enunciar com tentada brevidade.

É assim que temos de começar por dizer que os problemas radicais que o homem enfrenta são fundamentalmente dois e que ambos, na intencionalidade da sua própria interrogação, convocam o *sentido* — que tanto é dizer, a transcensão à significação que o homem intencione para a compreensão tanto da sua existência como da sua realização nela. São esses dois problemas: o *problema metafísico* e o *problema prático*. O *problema metafísico* — o problema do sentido do mundo na sua realidade e para a nossa existência. O *problema prático* — o problema do sentido, já o dissemos, do encontro do homem com os outros homens e do modo desse encontro também no mundo. Problemas diferentes que se distinguem essencialmente entre si — e, de novo se diga, muitos equívocos têm resultado de assim não serem compreendidos. É ocioso recordar que o problema metafísico sempre foi o problema do Ser a que a filosofia nunca deixou de querer responder-lhe reflexivamente, posto que com a concorrência posterior da ciência para essa resposta pelas suas determinações objectivas. Mais importante é, no entanto agora acentuar, que aquilo que o homem enfrentava nesse problema era a irreduzível heteronomia do mundo na sua realidade, para além das suas eventuais indeterminações, contingências e rupturas, e que, se não podia ser visto já como uma subsistente ordem definitiva também não se aceitava que fosse o caos ininteligível, e como tal ameaçador. Daí justamente a procura do sentido — sentido que o ser daria, o sentido seria o ser. Mas não assim para todos: recorde-se ontem Platão, a pensar o Bem para além do ser, e analogamente hoje Lévinas, a convocar o sentido para além da essência. Diferentes as coisas quanto ao problema prático, porquanto o que nele e por ele se enfrentava não era, como no problema metafísico, uma heteronomia em si subsistente e antes a autonomia que o homem praticamente manifestava na sua liberdade, pelo que o problema na sua imediata especificidade seria agora de todo outro, independentemente das soluções que para ele se tentassem — muitas, aliás, não conformadas com a diferença. Com efeito, o problema prático põe-se-nos irreduzivelmente também nestes termos — uma vez mais o digo —: Os homens na transfinitude intencional da suas acções individuais não só coexistem (*uns perante* os outros), mas convivem (*uns com* os outros) num certo espaço humano, num mesmo mundo. Esta pressuposta pluralidade individual na unicidade do mundo — o mundo é *um* e os homens nele são *muitos* — acaba por constituir uma estrutura dinâmica de dimensões contrárias, posto que não contra-

ditórias: à espontaneidade e autonomia da transfinitude individual, na sua contínua diferença dispersiva, é correlativo o comum do mundo humano compartilhado, na sua unidade integrante enquanto o próprio mundo da convivência. Daí que, que desta estrutural negatividade de cada uma das dimensões contrárias como contraponto irredutível relativamente à outra, se imponha um *problema* específico, o problema, em último termo, da humana integração convivencial de autonomias. Isto por um lado ou numa das linhas a atender. Por outro lado ou uma outra linha, há que considerar que o mundo heterónimo está decerto sujeito a alteração, só que no modo conhecido de uma evolução num quadro condicional de factores, enquanto o universo humano opera criativamente, numa poiésis do *novum* decidido, em que se implica assim a historicidade, e esta não apenas determinante de uma pressuposição indeterminada, mas verdadeiramente historicidade constitutiva.

c) Ora, foi a diferença dos dois problemas que, por um lado, sempre mostrou frustrada a tentativa de resolver o problema prático convocando a solução porventura adequada para o problema metafísico e, por outro lado, abriu desde cedo dois diferentes mundos de inteligibilidade e solução que lhes seriam correlativos, a razão teórica para um e a razão prática para o outro. Sem insistir na magna questão do mediato, apenas mediato, acesso humano ao Ser e do postular-lhe imanentes modelos e padrões práticos — e omitindo também a já observada *petio principis* aqui implícita, ao imputar-se um sentido prático à referência ontológica que depois se convoca como critério prático necessário —, o que exclui a evidência de directos fundamentos metafísico-ontológicos para o domínio prático vai naquelas incompatibilidades entre a heteronomia e a autonomia, entre a subsistência ainda que evolutiva e a historicidade constitutiva. Por isso se compreende que Aristóteles, não obstante a sua teleológica ontologia na relevância das “causas finais” — sempre convocada a justificar uma das linhas da clássica justificação do “direito natural” — dela se afastasse no universo prático, pois se não deixava de falar nuanceadamente de “lei natural” no compromisso último com uma compreensão ontológico-metafísica e teórica de toda a experiência — recorde-se o Livro X da *Ética* a Nicómaco —, inequivocamente distinguia a *praxis* da *theoria* e remetendo o mundo humano, o mundo da acção-decisão no quadro ponderado da *Polis*, para a *praxis*, via nela a *phronésis* como a sua noésis característica. Assim como Kant, posto

que num outro quadro de pensamento, ao reconhecer os limites de inteligibilidade objectiva da *Verstand* especulativa, abria o espaço à constituição praticamente regulativa da *Vernunft*, enquanto afinal o reino crítico da liberdade. O que, sem mais, nos justifica a retomar o problema que ficou enunciado, o problema da humana integração convivencial das autonomias — repetindo também o que já se disse, que o direito não é senão uma solução específica e com exigências próprias para esse problema.

d) Sabe-se como na história para ele se tentaram muitas modalidades dessa solução, a culminarem todas na constituição cultural de uma *ordem instituinte*. Só que não raro se hipertrofiava unilateralmente a exigência de integração, como que numa imitação nesse mundo humano, e qualquer que fosse a motivação última, do *cosmos* de uma heteronomia necessária, num esquecimento fatal de que essa ordem só humanamente é possível e tem sentido pela mediação das autonomias e da liberdade realizanda, ou não deixando de reconhecê-las e intencioná-las como as dimensões afinal decisivas e diferenciadoras do universo prático, as suas também últimas e fundamentais justificações axiológicas constitutivas. Ora, a solução do problema prático que explicitamente e nas suas consequências as reconheça e afirme axiológico- normativamente, em contraposição a outras soluções que as desvalorizem ou as minimizem na recusa da sua importância axiológica decisiva, é a solução do direito — é o direito enquanto solução do problema prático. É o que desde sempre insisti em sustentar ao convocar a *condição ética* — a dimensão ética da *pessoa*, como a condição capital, a acrescentar conjugadamente a outras duas, a condição da repartição existencial do mundo e a condição da não menos indefectível pressuposição comunitária -, da emergente constituição do sentido do direito como direito, não como um qualquer outro regulador social e a distinguir de também qualquer outra ordem prática. Podemos dar uma dramática expressão plástica a esta tese e havemos sobretudo de compreender as suas implicações normativas.

A expressão plástica oferece-no-la o episódio concentracionário, que sempre invoco na sua insuperável expressividade, e que levou à formulação angustiada do *warum?*, com a implícita invocação por ele do fundamento humano-ético brutalmente violado. ... Direi que esse *warum?*, e digo-o com toda a veemência, é a pergunta fundante do direito. E outras invocações análogas poderiam ser feitas para o mesmo resultado: para além das

ordens concentracionárias e o *Gulag*, invoque-se também quer *1984* e o *New brave World*, quer Florença segundo o amoral finalismo de Maquiavel e a assassina ordem institucionalmente muito eficaz das S.S. Perante todas estas invocações há que reformular a pergunta: *Warum?*

e,1) As implicações normativas são duas, decisivas também. Em primeiro lugar, essa condição ética que refere a pessoa, se exclui todo e qualquer totalitarismo de uma simples integração pelo poder, também não se concilia com um mero individualismo anárquico que recusasse os outros e a comunitária integração com eles. No próprio sentido ético da pessoa vai implicada uma autonomia responsabilizada — a pessoa, não é o indivíduo, mónada solipsista, mas o sujeito ético-comunitariamente dialogante com os outros em reconhecimento mútuo e na assunção das responsabilidades, como resulta da sua mesma eticidade. O que nos conduz, pois, à específica dialéctica entre o reconhecimento das autonomias e os compromissos comunitário implicados na integração, e assim do mesmo modo entre os direitos que objectivem aquelas, sejam os direitos do homem, os direitos fundamentais ou outros, e os de deveres que traduzam as responsabilidades perante esta — dir-se-á mesmo que para a pessoa e nestes termos os direitos e os deveres lhe são simultaneamente originários, os deveres são-lhe tão originários como os direitos. Dialéctica, pois, entre a autonomia e a responsabilidade, em que sem mais reconhecemos a matriz do direito.

Dialéctica essa que podemos melhor compreender observando que se a pessoa é um ser decerto pessoal, na sua infungível individualidade e singularidade, não é menos um ser simultaneamente social. Se se aliena ao perder-se ou ao degradar-se na sua personalidade, também não vem à epifania de si nem se realiza como tal sem a mediação comunitária. O que nos leva a concluir que a pessoa, enquanto o titular real da imputação prática, é a unidade dialéctica de duas relativas autonomias, a autonomia de um *eu pessoal* (aquele próprio de existência pessoal que singulariza, aquele seu autêntico “incomparável no comparável”) e a autonomia de um *ser social* (aquele comum de existência que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) — a unidade dialéctica, se quisermos, da subjectividade e da objectividade humanas. E então, se o “eu pessoal” depara no seu horizonte de realização com um “eu social” ou comunitário, sem que um ao outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente, embora de modo implícito, se afirma neste segundo “eu”, não lhe será lícito recusar-se à

mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua personalização, que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer ela a cada pessoa a possibilidade — que assim será verdadeiramente um direito — da sua pessoal participação e realização. Nem é outro o sentido e o exacto fundamento dos “direitos do homem” — se abstrairmos das circunstâncias históricas da sua génese. Assim como, se fossemos completos, haveríamos de compreender também as suas imediatas implicações normativas num *princípio normativo de igualdade* e num *princípio normativo de responsabilidade* — correlativos dos dois eus referidos, respectivamente, do eu pessoal e do eu comunitário. Dialéctica essa ainda que é assim, reconheça-se, uma outra expressão da *justiça*, sendo que esta mais não é do que a exigência, normativamente integrante, do reconhecimento de cada um pelos outros e da responsabilidade de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo comunitário constituído por todos — e nesses termos a justiça coincide com o direito, verdadeiramente mais não é do que o próprio direito.

e,2) Em segundo lugar, implica uma específica normatividade a fundamentar e decidir dessa dialéctica em todas as suas manifestações concretas. Trata-se da implicação, digamo-lo agora sem mais, justamente do direito como *validade*, como validade axiológico-normativa. Não simplesmente como *norma* (critério regulativo de uma racionalidade sistematicamente horizontal), nem simplesmente como *lex* — seja mesmo a ético-jurídica *lex* medieval e menos ainda a laico-política *lex* moderna e iluminística, já que em ambas, na sua diferença embora, comungam num prescritivo político-estratégico — ou como *imperativo* prescritivo na sua mera imputação a um poder, também não como *regra* convencionalmente aleatória ou *esquema* sistémico-social, menos ainda como *função*, factor regulatório funcionalmente instrumenta, mas autenticamente como referente *fundamento* de intencionalidade e expressão axiológico-normativa a invocar como exigência normativa na prática humano-social e em todos os juízos decisórios suscitados por essa prática. Nestes termos a validade do direito, e que o direito é, traduz um sentido normativo (desde logo nos valores e princípios que a substantivem) que transcende as posições e as pretensões individuais de uma qualquer relação intersubjectiva e os transcende pela referência e a assunção de uma fundamentante normatividade de sentido integrante e assim vinculante para todos os membros de uma comunidade prática, e em

que, por um lado e por isso mesmo, os membros aí em relação se reconhecem nela de igual dignidade e em que, por outro lado, obtêm uma imputável determinação correlativa que não é o resultado de mera vontade ou posição de preponderância de qualquer dos membros da relação ou sequer do poder com a sua autoridade, mas expressão concreta das suas posições relativas nessa unidade de sentido fundamentadamente integrante. E uma tal validade, de sentido axiológico-normativamente material, como já a seguir compreenderemos — que terá o seu contrário já no *sic volo, sic jubeo*, já no *pro ratione voluntas* — é decerto uma exigência implicada no sujeito ético que no mundo prático é a pessoa, com a sua autonomia-liberdade e a sua integração-responsabilidade, posto que ele só pode propor-se uma qualquer reivindicação ou admitir uma qualquer pretensão dos outros por referência a um fundamento normativo que não pretira e antes reconheça as respectivas dignidades e justifique as suas responsabilidades. É deste modo que a ordem de direito, como *ordem de validade*, não será simplesmente uma ordem social de institucionalização e organização de poderes ou critério apenas de uma estratégia de objectivos sociais e de conflitos de interesses, e que na sua intencionalidade e estrutura manifesta uma normatividade que assimila regulativa e constitutivamente valores e princípios e não simplesmente fins, e em que o *a priori* do fundamento não cede ao *posterius* dos efeitos.

#### **4 A DIFERENCIAÇÃO ESTRUTURAL-FENOMENOLÓGICA DAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES DO PROBLEMA PRÁTICO**

Ora, compreendido o direito, com este sentido específico, enquanto solução de validade do problema prático, a sua diferenciação melhor se evidenciará se compararmos essa sua solução com outras possíveis soluções também para o problema prático — outras soluções diversas e a níveis diferentes que para esse problema se admitirá e de que ele é susceptível. Pensemos na *economia* e na *politica*, e diferente de ambas, no seu sentido e na sua solução, é efectivamente a resposta-solução de o *direito*. Entendemo-lo, sem mais, se a essas três respostas-soluções as diferenciarmos em referência às respectivas estruturas e imediatas intencionalidades.

1) *No económico*, ou no mundano modo económico da existência, o homem estabelece uma relação directa com o mundo, ainda que pela mediação de uns pelos outros, que se reconhecerá homóloga à relação cognitiva. É certo que nesta última se verifica um transcender o mundo para o objecti-

var, enquanto na relação económica há um assimilar do mundo para o explorar (como “matéria-prima”). Mas não só essa relação-exploração pres-supõe o mundo no que ele é ou tal como se nos oferece ser, como a actividade económica implica em si mesma uma exigência de estrita racionalidade. 1) Motivado pelos *interesses* (nesse *inter-esse* em que a subjectividade projecta a sua apetência), 2) postulados como *fins*, e em último termos sempre referidos à realização e à reprodução vitais (cfr, quanto a este último ponto, Hannah Arendt e Habermas), 3) o princípio antropológico do modo económico é, por isso mesmo, o da *utilidade* e o seu modelo, implicado pelo êxito que a utilidade procura, a optimização dos meios alternativos, adequados à proessecução dos fins, dado os limites do mundo nas suas possibilidades, e 4) define-se por um princípio de *instrumentalização* no quadro operacional da *eficiência*. A sua racionalidade é a *Zweckrationalität*.

E se é esta também a racionalidade da técnica, da técnica moderna cujo triunfo a ciência também moderna possibilitou, então o económico é, na verdade, homólogo do científico-técnico no modelo de pura racionalidade instrumental sobre o mundo. Nem por outra razão ambos convergem no *tecnológico*, enquanto modo actualmente característico da nossa existência histórica. Como é assim também que a economia convoca a ciência e a técnica, e a ciência e a técnica se vêem potenciadas num mundo de perspectiva económica — não se espera o progresso humano-social em geral do conúbio universidade/empresa e não se quer mesmo pensar a universidade como uma empresa? Depois, não fica deste modo claro porque o *homo oeconomicus* é um homem frio e implacável, sem sentimentos nem caridade, pois não é ele aquele homem que converte a utilidade dos seus interesses na medida exclusiva e numa perspectiva de pura racionalidade? Será que o homem moderno e contemporâneo, na sua liberdade individualista e apesar dos actuais apelos criticamente éticos, tem o seu redutor no *homo oeconomicus* porque não tem sentimentos (de referência ao outro, seu *próximo*, e na sua pessoalidade) — como no fundo se pode inferir das teses de M. Weber sobre a origem do capitalismo — ou não tem ele tais sentimentos porque tende a ser só esse *homo oeconomicus* — como propende a pensar Marx?

2) Simplesmente a nossa pluralidade humana na unicidade do mesmo mundo determina decerto outro novo tipo de relações. Não já a relação

homem/mundo (relação sujeito/objecto) pela mediação dos outros, mas a relação dos homens entre si (relação sujeito/sujeito) embora também pela mediação do mundo. E se os homens se relacionam assim naturalmente como são — na abertura ou indeterminação intencional, na transfinitude de objectivos e na variação temporal, ou, se quisermos, na novidade, na diferença e na variação dos respectivos fins a realizar no mundo comum -, surge aqui um problema diverso e específico, de cuja solução se espera, se não a superação, pelo menos um critério final de compossibilidade de toda essa divergência, sem o qual apenas será a impossibilidade humana de *bellum omnis contra omnes*. É o *problema político*. Problema que não obriga a abandonar, antes continua a solicitar, a *Zweckrationalitat* — simplesmente, se no problema económico a acentuação se fazia nos *meios*, a favor embora de certos fins, agora a acentuação faz-se nos *fins*, posto que em consequencial mobilização dos meios. E justamente por isso a solução naqueles termos do problema pressupõe uma certa estrutura e terá de oferecer-se com uma certa índole. 1) Em primeiro lugar, exige uma opção entre esses visados e diversos fins, e, portanto, implica a substituição da pluralidade divergente dos sujeitos por uma instância (ainda que utopicamente participada por todos) que dessa opção decida; 2) instância que, nessa substituição e no *poder* (poder decisório) que reivindica, sempre convocará uma *ideologia* justificante e suscitará também a questão continuamente renovada da sua *legitimidade* no histórico contexto prático — com que, por ambos estes dois momentos, o plano passa a ser já normativo, abandonando-se o plano apenas científico-técnico, que vimos ser o do económico. 3) Pelo que não pode também prescindir de uma *partidarização* (a pluralidade dos sujeitos divergentes divide-se, perante a opção quanto aos fins e a correlativa estratégia, não necessariamente em termos schmitteanos entre “amigos” e “inimigos”, mas pelo menos entre os concordantes que as apoiam e os discordantes que se lhe opõem) e haverá, por último, de actuar segundo uma intenção de *eficácia* (os fins optados convocam decerto as acções aptas a realizá-los). 4) Depois, a opção sobre os fins postula uma *estratégia* (uma teleológica selectividade dos objectivos imediatos que, em função dos efeitos, cumpram os fins). 5) E porque em todo este processo o que em último termo está em causa e é determinante são os fins/efeitos (os fins a optar e a estratégia para os lograr), não poderá ele deixar de culminar numa *decisão*

ou de actuar sempre por decisões com o poder que também sempre estas implicam.

Quer isto dizer que o mundo do político é o mundo do poder e da decisão, e sendo-o é ele afinal um mundo polarizado no irracional: remete à *voluntas* e à sua essencial irracionalidade de *causa sui*. Não decerto que na referência ideológica não procure uma justificação e tanto no quadro estratégico como na conduta eficaz a actuação não manifeste uma racionalidade, só que no fundamental a que tudo remete e de que tudo depende, a decidida opção entre possíveis fins alternativos, o que irredutivelmente se impõe é decerto a decisão e o seu poder, com a sua específica irracionalidade — é *voluntas*, não *ratio*. O sistema político tem uma racionalidade imanente que se estabiliza numa institucionalização, mas é de uma irracionalidade no momento instituinte e na força dinamizadora. Deste modo, o que no económico era estrita racionalidade é no político decidente irracionalidade. Assim como o *homo politicus* é o homem da decisão, de *voluntas pro ratio* — o homem da decisão e capaz dela.

60

Consideremos ainda que, se a economia se vê sempre inserida, prático-historicamente, num contexto político (em que se lhe definem as prioridades e se lhe institucionalizam os meios), tornando-se *economia política*, sobretudo num tempo como o nosso em que o económico adquiriu uma hipertrofiada preponderância e tende mesmo a impor-se ao político, terá de aí concluir-se que, apesar de tudo, a política é a última instância prática? Se o fosse, o decisionismo seria a essência do universo prático, já que o racionalismo económico só adviria a esse universo através da política e segundo as condições que esta lhe impusesse - não é assim em último termo que se compreendem os “sistemas económicos”? Só que o universo prático conhece outra capital dimensão.

3) Para além da relação directa entre o homem e o mundo, pela interrelacional mediação dos homens, com que deparamos na economia e da relação de sujeito/sujeito ou da relação entre os homens pela mediação do mundo em que se estrutura a política, há que atender ainda — continuamos no plano apenas fenomenológico — à relação de sujeito/sujeito ou dos homens com os homens, no mundo decerto e em referência a ele, mas agora pela mediação do *sentido* — pela mediação de uma referência transindividual ou uma comum transcendência fundamentante e regulativamente convocante. Nesse caso abandona-se a *Zweckrationalitat* e convoca-se a *Wer-*

*trationalitat*. A transcendência comum, isto é, comunitária, assume-se então como fundamento em que se compreende o sentido e se reconhece a exigência do valor. E como transcendência na intersubjetividade comunitária, que manifesta o sentido e refere o valor, constitui para a mesma intersubjetividade um vínculo, vínculo-fundamento, que se objectiva numa *validade* — a implicar esta, por sua vez, a polaridade normativa do válido e do inválido, do justo e do injusto, do lícito e do ilícito. Entrámos deste modo na fenomenológica experiência do direito. 1) A significar também que no universo prático ingressa a *validade* (axiológica) *versus* a estratégia (finalística) e com ela 2) a *universalidade* (comunitária) *versus* a partidariade (associativa), 3) o *fundamento* (normativo) *versus* a eficácia (consequencial). 4) Submissão assim a uma exigência de validade que concretamente se cumpre num *juízo*, num julgamento-ponderação como solução prática dos problemas-controvérsias também práticos, segundo uma racionalidade prudencial que, como tal, refere a validade no seu sentido e como fundamento normativo.

Numa palavra de conclusão: o direito é assim, na verdade, uma resposta específica e autónoma (quanto a este ponto vê-lo-emos melhor) ao problema prático.

## **5 O FUNDAMENTO — DA VALIDADE MANIFESTADA PELO DIREITO**

b) Podemos desde já concluir mais: que o direito é uma resposta e uma criação cultural — ou seja, que não temos direito se ele não for humano-culturalmente intencionado e constituído numa *exigência de validade* prática, numa afinal *exigência de direito*. No que se implica que o direito:

- *não é um axioma racional* (uma mera inferência da razão ou racionalmente deduzido) — embora assim o quisesse o racionalismo moderno;

- *não é uma mera realidade empírica* (uma imediata realidade empírica como simplesmente um “dado”, e posto tenha decerto realidade) — embora assim o quisesse, e continua a querer, o empirismo sociológico;

- *não é uma evidência ontológica* (uma manifestação em si, ou sem mediações culturais e constitutivas, do Ser, seja este o ser em geral, seja o ser humano) — embora assim o quisesse o pensamento do “direito natural”;

- *mas é uma criação humano-cultural específica*, ao lado de outras criações humano-culturais também específicas, como a ciência, a arte, etc. —

uma criação cultural que o homem constitui no seu esforço de resolver de certo modo o seu problema prático.

Daí que não seja o direito, com o seu sentido que lhe compreendemos, algo de necessário, e antes uma solução possível — possível, mas também contingente como toda a cultura —, que o homem não tem de criar e a que pode (e tenta-o muitas vezes, sacrificando a outros deuses) renunciar. E se compreendermos também que o problema prático, esse sim, é necessário, porque resulta da própria existência comunitária, como coexistência humana, então deverá dizer-se que o direito é só *uma solução possível* para um humano *problema necessário*.

E então reconheça-se que a eventual compreensão do sentido do direito como validade exige que a esta seja referido o seu *fundamento* — que tanto é dizer, que assumamos a validade desta validade de direito na sua específica criação humano-cultural.

a) Todavia, uma antecipante pergunta se terá de formular e que não menos as circunstâncias impõem: porquê afinal essa exigência de fundamento?, será ela na verdade uma exigência indispensável? Pergunta que não é absurda. Basta pensar que não se pode em absoluto excluir um como que darwinismo sócio-cultural que nos levasse a concluir que o direito, como quer que seja, é também, como a rosa, “sem porquê”- produto da evolução histórico-cultural que, como em toda a evolução, se ofereceria simplesmente necessário na sua existência tal como existe. Ou ainda, em outros termos, numa conformada aceitação já num qualquer *amor fati*, já reconhecendo, porventura hegelianamente, que a história se impõe sem que nós verdadeiramente a façamos e que apenas nos restaria ir comentando *ex post* em atitude metahistórica? Todavia a resposta será antes esta, de uma simplicidade não ingénuo: o fundamento, na sua constitutividade, é exigível, porque a história não é uma irracionalidade, em absoluta contingência, nem a temos de considerar apenas *a posteriori*, antes no momento presente das *res gestae* somos nós apesar de tudo os seus agentes e delas temos a responsabilidade. Assim no-lo revela a dialéctica da própria história em que se manifesta a condição *transcendens* e constitutiva do homem, a condição da espiritualidade humana, que ao interrogar, para além das coisas e do *factum* da realidade, pelo *sentido* do que vive e quer viver, visa um fundamento constitutivo do *novum* de uma outra, de uma diferente e constituenda nova realidade. Dir-se-á que assim se assumem as exigências do que, com

Lon Fuller, se poderá dizer “*the morality of aspiration*”, a do apelo à plena realização das possibilidades humanas. E sobretudo, importa acentuá-lo, quando a experiência histórica atinge um seu limite, o limite do *como* então vivido, e se impõem as perguntas últimas e sobre os “últimos” — sobre os problemas radicais numa necessária recuperação do sentido historicamente esgotado ou pervertido, ainda que sentido também entretanto dogmatizado e portanto a prenuenciar uma atitude de desespero e niilismo. (Sobre a dialéctica que apenas deste modo se alude, v. a nossa monografia *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 3º, p. 63 ss.)

b) Pelo que somos assim reconduzidos e não podemos prescindir da pergunta pelo fundamento da validade que no direito se manifesta e ele exprime.

Só que são vários os tipos de resposta que para essa questão fundamental têm sido tentados. Digamos, a *resposta da legitimidade*, a *resposta da constitucionalidade* e a resposta — a única que consideraremos válida — da *autónoma transcendentalidade histórico-normativa* do direito.

1) Quanto à resposta da legitimidade, bastam duas palavras para a afastar. Com efeito, pode quando muito dizer-se que na legitimidade temos a versão política da validade, o que sem mais significaria, se não directamente a entrega do direito ao puro poder pela invocação neste justamente da legitimidade, já decerto a remissão do direito para a política, e teríamos assim não apenas o esquecimento inaceitável da diferenciação intencionalmente estrutural, antes enunciada, do direito perante a política, e desse modo a redução do direito à política com anulação do sentido mesmo do direito como validade, e validade chamada a enfrentar o próprio poder político, como ainda a real preterição da intencional normatividade do direito numa sua radical abdicação nominalística, já que a legitimidade é formal relativamente ao direito com só condicionar o modo da sua prescrição mas não já de todo o sentido e o conteúdo da normatividade prescrita.

2) Já quanto à resposta da constitucionalidade, as coisas são mais complexas e todavia com um resultado analogamente inaceitável. Reconheça-se, desde logo, que a perspectiva deixa de ser simplesmente formal e exactamente pela invocação que aqui concorre das referências, das intencionalidades e dos compromissos materiais da constituição. — e em termos de se haver de dizer que por essa materialidade a constitucionalidade tende a confundir-se ou pretende mesmo oferecer a própria validade prática co-

munitária. E no entanto a conclusão fundada não pode ser essa, — a identificação da validade de direito com a constitucionalidade — já que assim de novo estaríamos a confundir, num fundo de uma grande ambiguidade prática, o direito com a política, com abandono da sua irrenunciável autonomia. Para o ver, tenho de repetir o que já por mais de uma vez tenho considerado — sem grande sucesso embora, sendo que as sementes nem sempre encontram terreno propício ou ouvidos capazes de ouvir, fechados muitas vezes num dogmatismo fácil e embora com a pretensão de bem-pensante..

Assim, repetindo o lugar comum, podemos afirmar que a constituição é o pacto político-social fundamental e o estatuto político-jurídico da comunidade que através dela se define como comunidade política e se organiza em Estado — que tanto é dizer que pela constituição a comunidade de define a si mesma, seja em termos fundadores, refundadores ou revolucionários, na estrutura do poder político, nas instituições e valores político-jurídico fundamentais e ainda no reconhecimento de direitos que tem também por fundamentais. Só que o voluntarismo e o positivismo dominantes, ainda que com preocupações materiais no seu compromisso político, vão mais longe e postulam que o *prius* e o fundamento mesmo do direito os teríamos unicamente na normatividade constitucional: os valores ético-sociais, os valores jurídicos e o próprio sentido do direito a assumir pela ordem jurídica ter-se-iam de encontrar exclusivamente nas intenções materiais e nos pressupostos ético-sociais assumidos na constituição. É o que acentua o que de si mesmo se diz neo-constitucionalismo. No entanto, o próprio pensamento constitucionalista nos dá conta de uma normatividade político-social mais exigente e noutra plano do que aquela que se defina a estrito nível constitucional positivo — é, bem se sabe, o que significam as distinções, e não são as únicas, entre a constituição formal e a constituição material (quanto a esta distinção, tenham-se presentes as reflexões de Paulo Bonavides), entre constituição escrita e constituição não escrita, entre constituição jurídica e constituição real, etc. —, além de que, e principalmente, o estatuto constitucional o que traduz, na sua intencionalidade matricial, é a assimilação jurídica de certos valores políticos, a instituição do projecto político-jurídico e político-institucional que ideológico-politicamente e por qualquer forma que seja — em assembleia, revolucionariamente, plebiscitariamente, etc.- logram impor-se no momento constituinte. Daí que o estatuto constitucional não só esteja longe de esgotar o universo jurídico —, ex-

prime apenas o jurídico que se tem por politicamente mais relevante, como a sua intenção capital continua a ser ideológico-política e, portanto, o que sobretudo se propõe é perspectivar juridicamente uma certa intenção e um certo projecto políticos (cfr., ainda que numa diferente perspectiva, a considerar a distinção entre o jurídico e o político, relativamente à constituição, e a pensar aí o “acoplamento estrutural” entre ambos, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 468, ss.). Pelo que insistirei em dizer, quanto a este ponto, que a constituição não é senão o *estatuto jurídico do político*. O que nos permite duas inferências imediatas, que acabam por se traduzir numa alternativa. Ou se reconhece o que a própria objectividade manifesta, que o estatuto constitucional está longe, mesmo no seu nuclear projecto político-jurídico, de esgotar todo o universo jurídico — repetimos, nesse projecto apenas temos o jurídico considerado no momento e na intenção constituintes como o politicamente mais relevante — e então o direito, na autonomia do seu sentido e na globalidade da sua normatividade, terá de procurar-se para além e fora da constituição. Ou, num radicalismo político, recusa-se esta conclusão para impor a exclusiva aceitação do jurídico intencionado e proclamado político-constitucionalmente, numa estrita identificação da juridicidade com a constitucionalidade, e nesse caso, e por ser a constituição apenas o estatuto jurídico do político, a substância do jurídico estará no político e o jurídico não será mais do que a forma que normaliza esse político — o jurídico apenas positivará normativamente, numa legalidade constitucional, as livres opções políticas. Com o que o direito, identificado em último termo com a política, é tão-só um *nomen* substancialmente vazio, mera forma normativa disponível para o voluntarismo político, e perdendo assim, por um lado, toda a sua autonomia normativamente material, fica-lhe anulada a sua vocação de uma instância de validade e crítica perante o político e o seu poder — isto é, desaparece como dimensão materialmente específica de um autêntico Estado-de Direito, já que na constituição o poder político, com a sua determinação ideológica, apenas normativamente se auto-limita para se auto-legitimar -, e assume, por outro lado, o destino e toda a contingência do político. Contingência que as sucessivas revisões das constituições, e por aleatórias circunstâncias ideológico-políticas, como tem acontecido em Portugal e também, se não erro, no Brasil com as sucessivas “emendas constitucionais” e também as “medidas provisórias”, só fazem evidente. Destino esse que afinal será actualmente

também o de crise, a crise que inclusivamente se reconhece à sua possibilidade de subsistência “dirigente” ou regulatória (crise análoga àquela que havemos de reconhecer quanto ao paradigma de legalidade modernoiluminista) e a reduzir a constitucionalidade afinal a um simples quadro aberto de possibilidades ou a uma mera reflexividade sistémica que terá de encontrar os seus integrantes critérios materiais e decisivos para além ou fora da constituição (são para aqui concludentes as reflexões e conclusões de J. J. Gomes Canotilho, in *Prefácio* à 2<sup>a</sup>. ed. de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*).

E com isto nem tudo fica dito — há ainda uma outra consequência de melindroso relevo a considerar, e em que aquela conclusão se confirma. Assim, concentremo-nos embora nas dimensões constitucionais juridicamente nucleares, tais como os direitos fundamentais, os princípios jurídicos (os “princípios de justiça” constitucionais) e outras axiológicas referências jurídicas.. E uma vez mais somos postos perante uma alternativa em que o exacto sentido das coisas se esclarece. Nestes termos: aqueles direitos, princípios jurídicos e referências jurídicas sustentam o seu sentido e a sua vinculante normatividade jurídicos exclusivamente na constituição, unicamente porque esta os proclama e enuncia, ou a constituição apenas lhes confere uma particular tutela e garantia, a tutela e garantia justamente constitucionais (não é esta a tese da “constituição material”)? No primeiro caso, a constituição será deles autenticamente *constitutiva* — todas essas entidades jurídicas não existem nem têm sentido antes da sua proclamação e enunciação pela constituição e as vicissitudes da constituição, de alteração ou mesmo supressão, serão também as suas vicissitudes — e assim de novo o direito é tão-só a nominatística forma vazia politicamente disponível. No segundo caso, reconhecer-se-á à constituição uma função tão-só *declarativa* e constitucionalmente positivante desses valores, princípios e referências (ex. premente, a “dignidade da pessoa humana” referida no artº 1º da CRP). Se a opção necessária for a primeira, vemo-nos pura e simplesmente remetidos para o que já considerámos, e teremos o regresso do exclusivamento político e a anulação da autonomia do direito no que materialmente, e não só formalmente, importe — e o direito volta a ser só política, com o destino e a contingência desta.. Se, pelo contrário, a segunda opção for a correcta, terá então de concluir-se que o fundamento e a normatividade daqueles direitos, princípios e outras referências jurídicas, cobertos

e garantidos eles embora constitucionalmente, não os temos na constituição, mas de novo fora ou para além dela — digamos, na normativa intencionalidade específica do direito referida à autonomia e à validade do seu sentido. Igualmente então a problemática desses direitos, princípios e referências jurídicas não é materialmente uma problemática constitucional e sim especificamente uma problemática jurídica. E só não é sempre explícito o reconhecimento desta conclusão, com as suas implicações capitais, porque a compreensão dos mesmos direitos, princípios e demais referências jurídicas de posituação constitucional tem sido envolvida por uma particular ambiguidade: o histórico consenso sobre todas essas entidades jurídicas não leva a pôr o problema do seu sentido, fundamento e normatividade, como nós acabamos de pôr, e a sua posituação constitucional só reforça e dá garantia a esse consenso — entre a constituição e as suas pressuposições normativo-jurídicas como que deixa de haver distância problemática. Mas essa problemática, ainda que oculta, não fica eliminada. Podem iludi-la as constituições, digamos, consensuais — com terão sido, p.ex. e no seu momento histórico, a constituição federal americana de 1776 e a *Grundgesetz* alemã do pós-guerra, de 1949, e quero crer que também a constituição brasileira de 1988 —, mas ela ressalta com toda a sua gravidade no caso das constituições de ruptura e revolucionárias, as quais nem sempre se inibem, como a história tem mostrado, de ideológico-politicamente sobreporem imediatas intenções políticas e mesmo, a favor dessas intenções ideologicamente discriminatórias, de repelirem direitos e princípios jurídicos civilizacional-culturalmente irrenunciáveis, porque adquiridos como dimensões do próprio sentido, e sentido autónomo, do direito. Problemática e consequências estas, pois, que se têm de reconhecer sempre, na diferença e tensão que lhes vão implicadas entre o político e o direito, não só perante as constituições “más”, digamo-lo assim, mas como possibilidade perante todas as constituições — e pelas razões que foram, também em geral, enunciadas. Daí que se possa subscrever esta conclusão do malgrado pensador-jurista que foi René Marcic, e que, nem por parecer soar demasiado enfática, deixa de ser válida: “absoluta não é a constituição, absoluto é o direito”. E se dúvidas subsistirem, não será caso de, a favor da autonomia do direito perante a constituição e com as correlativas consequências práctico-humanas diversas, invocarmos também aqui, posto que decerto numa paráfrase, o *pari* de Pascal?

Na coerência do que — permito-me ainda acrescentar e atrevido porventura alguma outra surpresa — a constituição, nos seus momentos especificamente jurídicos, deverá ser interpretada conforme o direito, desde que compreendido este na sua autonomia axiológico-normativa e na sua normatividade específica, como adiante se enunciará. Se é já comum o cânone da “interpretação conforme a constituição” relativamente à lei, no pressuposto de ser a constituição a última instância no sistema político-jurídico, analogamente a última instância que, por tudo o que foi justificado, será o direito perante a constituição jurídica imporá que esta, sem ver minimizado o seu relevo político, mas reconhecendo que juridicamente não é a última palavra, se assuma e interprete na sua validade jurídica em referência ou conforme o direito (e não por estritos critérios políticos). Posição esta que, aliás, vê atenuado o seu isolamento se convocarmos o caso paralelo (embora só paralelo no ir além da constituição, já que o nosso plano é exclusivamente jurídico e não político) de John Rawls (*Political Liberalism*, 1993, Part Two, §§ 6 e 7), quando refere o *overlapping consensus*, a superar e integrar os limites da constituição, enquanto o último critério político-juridicamente hermenêutico e mesmo a instância final chamada a definir os princípios fundamentais da comunidade política no seu todo.

3) Temos assim que a pergunta pelo fundamento da validade de direito ou do direito como validade subsiste. Como havemos, pois, de lhe responder?

Sabe-se que para as validades axiológicas neste nosso mundo humano se chegou a convocar Deus como seu fundamento último, tal a gravidade que se lhes atribuíam. Só que não evoquemos o nome de Deus em vão... e, aliás, essa directa invocação excluiria a responsabilizante mediação humana e nada mais seria do que fazer sacrilegiamente de Deus o álibi da humana responsabilidade histórica e na história deste mundo (v. também o Discurso de Bento XVI, p. 3 (3)). Com outra consequência ainda, pois que iludir desse modo esta responsabilidade arrastaria ao contraponto niilista no caso dos possíveis, sempre possíveis, históricos fracassos humanos, já que então esses fracassos poriam o homem perante o nada que substituiria o absoluto ausente ou falhado, quando mais não são eles do que a expressão iniludível da própria finitude humana e que aí se vê chamada a um renovado esforço de recuperação.

Mas uma vez autonomizado justificadamente o pensamento jurídico do credo religioso e da teologia — que foi ainda a dimensão característica do pensamento jurídico medieval: recorde-se por todos Graciano: *ius naturale est quod in lege et evangelio continetur* -, procurou-se esse fundamento, quando o não substituíra pela imputação política, que já considerámos, ou no *ser* ou na *razão* ou no *contrato* ou no *consenso*. No *ser*, pela metafísico-ontológica e essencialista solução jusnaturalista, referindo já a ordem constitutiva dos seres e da sua teleologia, já o pontualizado e concreto *nomos* revelado na “natureza das coisas”, já os objectivos realizando que iriam na “natureza do homem” — só que, por um lado, o ser em qualquer dessas suas manifestações não era um em si de imediata transparência à consciência, mas uma onto-teleológica ou normativo-antropológica interpretação dele de que o homem, na sua irreduzível cultural mediação constitutiva, e no caso praticamente orientada, era responsável, e, por outro lado, pensava-o no essencial para a prática impossivelmente fora do tempo e na ahistoricidade da inteligibilidade fundamental, mesmo na referência conciliadora ao “direito natural histórico” ou ao “direito natural concreto” — e só por isso a necessidade ontológica invocada mais não era, no fundo, do que uma hipostasiada necessidade lógica. Na *razão*, pela solução da modernidade e a culminar em Kant — só que, se essa razão em referência prática não era uma razão tautológica, que só se pensava a si própria na sua universalidade, não deixava de pensar também alheia ao tempo e à história, e se nenhum pensamento concretamente transitivo pode ignorar a história menos ainda uma razão prática pode abstrair da historicidade, com o seu codicionamento constitutivo. No *contrato*, pelo “contrato social” particularmente invocado pelo individual-liberalismo do séc XVIII — só que o contrato, se acordo apenas em si ou como vontades unicamente acordadas, não é susceptível de constituir uma qualquer validade pela simples razão de que se, por um lado, a vontade acordada não pode excluir uma vontade contrária que a pretira, afinal tão vontade como a primeira, por outro lado, a vontade expressa só como tal é um mero *factum* que também só como tal não vincula, apenas vincula se pressupuser um fundamento normativo que a esse seu *facto* confira normatividade. É esta uma conclusão que outros igualmente invocam (Cfr.G. Jakobs, ob. cit., 40; Adela Cortina, ob. cit., 47, ss.) e nos permite compreender que nos grandes teóricos do contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) não faltasse afinal uma criptonormatividade justificante.

Numa linha análoga, não já referindo directamente o contrato, mas que afinal, não obstante as divergências, actualmente reconstitui o esquema contratualista, consideremos ainda a convocação do consenso discursivo, do consenso comunicativo — isto, como a única solução possível perante a exclusão hoje de cognitivos fundamentos ontológicos e no reconhecimento das irreduzíveis divergências práticas intencionais. Consenso que a aberta comunicação discursivo-argumentativa num quadro processual e falibilístico regulativamente lograria — é a proposta de Habermas, no seu diálogo entre a “verdade” e a “validade” (*Richtigkeit*). Só que, como julgo ter já demonstrado, o consenso, na sua *ad infinitum* e aleatória contingência, quando muito poderá apenas ser um índice de consequência *a posteriori*, mas não ele mesmo o último e *a priori* fundamento normativo, o qual implica justamente uma pressuposição normativa, exigida também ela pela normatividade atribuível, para além da sua factualidade, ao próprio consenso. Fracassos de fundamentação estes que não legitimam — a esse ponto voltamos e é fundamental acentuá-lo — o contraponto do positivismo jurídico, a postular que o direito será tão-só o resultado normativo de uma *voluntas* política orientada por um finalismo de oportunidade e sob soberanos compromissos estratégico-sociais. Seria isso verdadeiramente renunciar a um fundamento de validade, com a sua intencionalidade normativa e crítica, convertendo o direito num mero facto político — o que, expressão do actual cepticismo quanto ao direito, que se reconhecerá uma das consequências efectivamente do positivismo jurídico.. Só que a prática humano-cultural e de comunicativa coexistência, com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido — assim sobretudo nas épocas de inumanidade e de colapso, e numa dialéctica que é a da própria humanidade no homem, estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, justo e injusto —, refere sempre nessa sua intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios que pertencem tanto ao *ethos* fundamental como ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época — e que são como que o resultado ético-prático da histórica aprendizagem que o homem faz da sua humanidade. E que assim, sem se lhes ignorar a historicidade e sem deixarem de ser da responsabilidade da autonomia cultural humana, se revelam em pressuposição intencional-problematicamente fundamentante e constitutiva perante as positivities

normativas que se exprimam nessa cultura e nessa época — são valores e princípios pressupostos e metapositivos a essa mesma positividade, e assim numa *autotranscendência* de sentido, que é verdadeiramente uma *transcendentabilidade prático-cultural*, de histórica criação ou imputação humana decerto, mas de que o homem no momento da invocação não pode dispor sem a si mesmo se negar, que deixaram nesse momento de estarem na sua opção ou no seu arbítrio. E a que não pode decisivamente opor-se a sempre pronta invocação do actual pluralismo — pois, se é este nomadológico, suprime a comunicação e com esta a possibilidade mesma do mundo humano; se não é nomadológico, a comunicação pressupõe e só é possível num comum de sentido na intersubjectividade e que a sustente, não obstante as diferenças (cfr. *A Revolução e o Direito*, in *Digesta* 1º., 129, ss.; v. agora também Adela Cortina, ob. cit., 115,ss.). Autotranscendência de sentido e transcendentabilidade prático-cultural em que antes a prática reconhece os seus fundamentos de validade e os seus regulativo-normativos de determinação e relativamente aos quais, pelo que acaba de dizer-se, poderemos falar, sem contradição nem paradoxo, de um fundamentante e regulativo *absoluto histórico*. É este o fundamento e o sentido dele que havemos de pensar relativamente à normativa validade jurídica: fundamento histórico-culturalmente de constituição humana, mas que não obstante ao homem indisponivelmente vincula. Impõe-no-lo a história com o sentido e experiência humana que dela vem.

## 6 O DESENVOLVIMENTO DETERMINANTE E DE REALIZAÇÃO

Chegados aqui, e admitindo que tenha alguma concludência o que foi dito, seguir-se-ia, como a terceira estação anunciada, o desenvolvimento explicitante deste sentido de validade que é o direito. Temos, no entanto e pela já excessiva extensão do que ficou enunciado, de renunciar a esse acabado desenvolvimento — embora por ele tudo ficasse bem mais claro. Limitar-nos-emos a referir, quase só pelas suas epígrafes, os momentos aí a considerar.

E que se ofereceriam em dois planos: num primeiro plano teríamos a explícita determinação da normatividade implicada pela validade de direito, tal como ficou compreendida — e aí reconheceríamos o seu nível histórico-social positivo, o seu nível principiológico (com os princípios positivos, os princípios transpositivos e os princípios meta positivos) e o seu nível axiologicamente dialéctico (na dialéctica entre o *suum* e o *commune*) e ainda a

sua dinâmica constitutiva estimulada pela aberta realização do direito. Foi convocando essa específica determinação da jurídica validade axiológico-normativa que pudemos sustentar a autonomia do direito perante a própria revolução — tivemos particularmente em conta a revolução portuguesa de 1974. Intencional e dinâmica determinação da normativo-axiológica validade de direito que a seguir consideráramos, por um lado, na sua estrutura analítica — com a aberta e potencialmente indeterminada validade normativa, a determinação dogmática dessa indeterminação, a manifestação praxística e a convocação do juízo -, por outro lado, a sua necessária racionalização num sistema, o sistema jurídico, só que este com uma índole estratificada (os princípios, as normas, a casuística jurisprudencial e a reintegrante dogmática racional *secundum iuris*) e de uma intencional reconstituição regressiva *a posteriori*. O segundo plano é o do momento metodológico, aquele momento irredutível e problematicamente constitutivo, em que através da dialéctica entre *sistema* e *problema* e pela mediação do juízo problemático-normativo, o direito na sua validade concretamente se realiza e continuamente se reconstitui.

72

## 7 INFERÊNCIAS CONCLUSIVAS

Eis como, tendo por base tudo o que se disse e fundamentou, cremos ser possível pensar o direito na sua especificidade e como validade. E em consideração deste pensamento podemos — são as nossas conclusões, e para nós o mais importante —, por um lado, compreender a sua autonomia, *a autonomia do direito*, no nosso agora global universo humano culturalmente prático, e reconhecer, por outro lado e em consequência, também *os limites do direito* nesse mesmo universo.

a) *A autonomia do direito*. O direito é recuperável como uma autónoma dimensão, que sempre quis ser, da nossa civilização desde que o saibamos assumir no seu autêntico sentido.. Trata-se do sentido que ficou esboçado: sentido de uma validade normativa específica e de uma explicitante normatividade própria, sustentado por uma estrutura problemático-dinamicamente constitutiva e inteligível numa racionalidade sistematicamente reintegrante dessa sua dinâmica constituição.

É assim, ou por essa sua autonomia, que o direito implicará, por um lado, uma certa perspectiva em que se recusa qualquer redutor holismo prático e haverá de enfrentar, por outro lado, o imperialismo do político. Consequencial temática esta que se nos revela decerto não menos decisiva,

mas de cujo desenvolvimento aqui teremos de prescindir — bastem-nos agora só mais algumas palavras.

A perspectiva do direito não é a *perspectiva da sociedade*, numa intencionalidade que se dirá estratégico-regulativamente *macroscópica*, mas a *perspectiva do homem*, de uma índole já *microscópica* em nuclear referência às concretas controvérsias práticas e numa intencionalidade problemático-normativamente judicativa. O direito não se propõe governar a sociedade, mas constituir uma validade normativa que ao homem dê o sentido da sua prática. E daí a recusa do holismo prático, porque sempre este, qualquer que seja a sua índole, se parece convocar no direito o contexto global da realidade humana e social e assim reconhecer nele todo esse mundo que, sendo o nosso, é também o dele, o certo é que esse aparente enriquecimento do direito, pela globalidade do compromisso e pelas suas determinações *ab extra*, é realmente ilusório e de consequências desagregadoras, já que só arrasta à confusão das essências, ao anular as intencionais autonomias diferenciáveis, com os seus problemas próprios e irredutíveis — se em tudo está o todo, o todo não será o critério imediato e específico de tudo — e com o resultado de o triunfo vir a caber afinal, e de conferir boa consciência, a forças mais poderosas, nos meios que mobilizam e na sua eficácia, despedaçando, já o disse uma vez e repito-o agora, a panela de barro das validades, que vão na *intentio* do direito, contra a panela de ferro do cinismo do poder e da astúcia dos interesses.

Enfrenta o imperialismo do político para do político se distinguir — o direito não é política, mas validade; não é estratégia, mas normatividade; não actua por decisão de alternativas consequenciais, mas por juízo de fundamentante validade normativa. E considero as duas modalidades principais que esse imperialismo tem tomado na nossa história civilizacional relativamente ao direito — o legalismo ontem, o constitucionalismo hoje. O legalismo conheceu duas fases que importa distinguir. Foi ele, a partir da modernidade, expressão da politicização do direito, só que numa sua primeira fase de um modo tal que essa politicização como que se apagava — refiro-me à sua também primeira pretensão de oferecer uma solução jurídica ao problema político, nos termos como este então se punha, através de uma legalidade que, sendo prescrita pelo poder soberano, o legitimava do mesmo passo que o auto-limitava, que convertia os revolucionários direitos naturais em direitos subjectivos legalmente conferidos, é certo, mas tam-

bém legalmente controlados, e que sobretudo se via compreendida sob uma muito particular e exigente racionalidade (com a sua universalidade, o seu carácter formal, a sua validade racional, o seu *a priori* normativo), com posteriores especificantes desenvolvimentos dogmáticos — tudo o que conjugado formava um *corpus* jurídico que se diferenciava e em que o direito encontrava como que uma identidade que permitia dizê-lo o direito. Numa segunda fase, a actual, e em consequência de uma marcada evolução em que aquele primeiro sentido da legalidade de todo se subverteu, a legalidade, a lei, tornou-se um *facto político*, um simples instrumento político prescritivo que o poder político mobiliza sem peias para a realização das suas exclusivas estratégias políticas. E por isso mesmo o legalismo viu-se absorvido, político-juridicamente, pelo constitucionalismo, já que o que fora o legalismo para os Estados moderno e iluminista passou a ser a constituição para o Estado contemporâneo. E então, se naquela segunda fase do legalismo, em que a lei se manifestou antes de mais como um *facto político*, se impunha o contraponto do direito, numa nova distinção entre *ius* e *lex* e que a compreensão daquele a constituir-se num universo próprio possibilitava e exigia, o que agora há que perguntar é se do mesmo modo o direito se distingue, se deverá distinguir, e como, da normatividade constitucional. E já vimos que sim e de que modo. Depois, a identificação da juridicidade com a constitucionalidade, traduzir-se-ia igualmente na conversão do Estado, enquanto a última encarnação intencional e institucional da *polis* (deixamos aqui inconsiderada a distinção entre *o político* e *a política*), de um Estado-de-Direito — isto é, um Estado em que o direito é, não só formal mas material, dimensão constitutiva, uma autónoma instância normativa de validade e crítica — num apenas Estado-de-Constituição e a significar, também por aqui, que no Estado o que por último conta e a que tudo deve vassalagem é a política, num perigoso empobrecimento, ainda que veemente, do prático universo humano. Este universo torna-se unidimensional e deixa de reconhecer transcensões críticas que ajuízem em validade para além das suas estratégias. Mas se tudo o que dissemos atrás permite pensar a autonomia do direito, havemos de reconhecer que o sacrifício do direito e esta conversão através do mesmo sacrifício é uma opção nossa, que tanto é dizer que, recusando a fatalidade histórica dos ventos dominantes, a invocação da sua tendencial evolução naquele sentido não servirá de álibi para a nossa responsabilidade.

b) *Os limites do direito*. Com a autonomia do direito e como corolário dessa mesma autonomia somos postos, e aqui sem paradoxo, perante os seus limites, os limites do direito. Pois se ao direito o funda um sentido em que se sustenta o seu universo próprio e se implica a sua normatividade específica, fica com isso definido o campo da juridicidade e assim simultaneamente o direito se delimita — se delimita na sua intencionalidade e nas suas possibilidades no todo da realidade humana. É este o tema dos limites da juridicidade, que se podem especificar, conjugadamente, pela determinação problemática que ao direito unicamente lhe corresponde — trata-se de compreender quando e em que termos estamos perante um *problema de direito*, ou problema que ao direito cumpre assumir — e pela normatividade constitutivamente coerente com o seu sentido e intencionalidade em que essa problemática deverá encontrar resposta. Tema de que também já me tenho ocupado, limitando-me agora a chamar ainda a atenção para o facto surpreendente de ser este tema desconhecido e ir de todo incompreendido no pensamento jurídico dominante, ainda fundamentalmente de cariz positivista. E no entanto esse facto surpreendente bem se justifica no quadro desse pensamento — é que para o nominalismo jurídico positivista o direito identifica-se com qualquer prescrição autoritariamente sancionada e, não pondo assim exigências quanto ao conteúdo da prescrição, o direito pode ser pensado formalmente sem limites. Enquanto que correctamente compreendido, o direito manifesta, como vimos, uma específica validade normativa, axiológico-normativa, por que material e normativamente se constitui, se identifica e, portanto, também se delimita — o direito intenciona uma substantiva validade normativa e em função dela só conhece um particular tipo de problemas e unicamente lhe é possível oferecer uma certa solução, a exigida pela sua normativa validade e adequada a essa particular problemática. Ponto este que converge afinal com a recusa do holismo e nos faz compreender que, se o direito é — tem sido — uma dimensão importante da nossa civilização, não é tudo, nem pode indiscriminadamente tudo na intencionalidade prática dessa mesma civilização. Não há só o perigo do cienticismo e do economicismo, há afinal também o perigo do juridicismo, no qual indirecta e paradoxalmente se insinua o politicismo e com este o poder sobrelevará e subjugará a validade e a sua normativa, e capital, distância crítica.

## 8 PALAVRAS FINAIS

Se em tudo o que foi enunciado puder reconhecer-se algum sentido, teremos de concluir que o direito o havemos de assumir como uma responsabilizante dimensão ética do homem, não tão-só outra palavra para a política ou mero esquema regulativo de qualquer estratégia, menos ainda simples regra condicionante dos negócios. Mas para tanto há que renunciar, temos nós juristas de renunciar, ao lúdico academismo e semear antes nos caminhos da vida, repudiar a banalidade comentarista e empenharmo-nos no esforço da autonomia reflexiva, num compromisso de mudança e de realização. Bem sabemos que não será fácil, mas também sabemos que é possível e necessário, embora com forte resistência contextual, também não o ignoramos. Todavia a história não termina hoje e o futuro está aberto... construamo-lo com coragem e no empenho de uma “segunda navegação”, a que nos instigava Platão.

