



MICAEL MARTINS TEIXEIRA

**Em Defesa do Realismo Jurídico Clássico e do Método
Dialético-Prudencial**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Doutor em Direito, na especialidade de Teoria e
Filosofia do Direito

Orientador:

Professor Doutor António Cortês, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa – Escola de Lisboa

LISBOA

Dezembro de 2020

Declaração de Compromisso de Antiplágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, dezembro de 2020

Micael Martins Teixeira

Agradecimentos

Numa tese que incide, como se verá, sobre o conceito justiça, numa das suas várias dimensões, é apropriado começar por realizar um ato de justiça pela demonstração da minha gratidão a todos os «benfeitores» que, de diversas maneiras mas todas elas dignas de gerar esta minha dívida, me concederam «algum benefício particular» (*ST*, II-II, 106, 1, co.) relacionado com a elaboração desta tese. De facto, «na concessão de um benefício deve-se considerar duas coisas: o sentimento e o dom. Da mesma forma, na retribuição de um benefício, deve-se levar em consideração estas duas coisas. No que diz respeito ao sentimento, a retribuição deve ser feita imediatamente. Daí a frase de Séneca: “Queres pagar um benefício? Recebe-o de bom grado”» (*ST*, II-II, 106, 4, co.).

Devo, portanto, mencionar os autores dos benefícios que, de bom grado, fui recebendo ao longo da elaboração da tese. Em primeiro lugar, cumpre agradecer ao meu orientador, o Professor Doutor António Cortês, a quem devo tantas boas sugestões bibliográficas e pistas de investigação, muitas delas decisivas para a definição do âmbito deste trabalho, bem como inúmeras palavras de alento, não menos importantes do que as primeiras. Outra palavra de agradecimento vai para o Professor Doutor António Hespanha, que tanto se interessou pelo tema desta tese e que me concedeu o seu sábio conselho a respeito de algumas matérias relacionadas com o mesmo, particularmente no comentário que efetuou à conferência «SPEED» que, no âmbito do programa de doutoramento, realizei sob o tema *Dialectics as legal methodology*. Infelizmente, coube-me vê-lo partir durante a elaboração da tese.

Já durante o período de investigação em Roma, no *Angelicum* (Pontifícia Universidade S. Tomás de Aquino), fui o destinatário de vários benefícios vindos, em primeiro lugar, do Professor Doutor Stéphane Bauzon, que orientou e tornou possível esse período de investigação, a quem devo a generosa hospitalidade e as importantes pistas de investigação e indicações bibliográficas. Já aos Professores Doutores Joseph d’Amécourt (falecido dias depois de terminar a escrita da tese) e Catherine Droste, das faculdades de filosofia e teologia do *Angelicum*, respetivamente, devo não só as interessantíssimas trocas de impressões sobre o tema desta tese, particularmente a respeito da sua base tomística, bem como todos os conhecimentos que deles adquiri ao ter assistido às suas aulas no segundo semestre de 2019, que me permitiram aprofundar o conhecimento da filosofia tomística e avivar ainda mais o interesse pela obra de Tomás de Aquino. É ainda devida uma palavra de agradecimento ao Professor Doutor Julio Raúl Méndez que

conheci no congresso *L'essenza del diritto: Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada* (Pontifícia Universidade da Santa Cruz, Roma, 1 e 2 de abril de 2019), e que, de forma totalmente casual, se apercebeu do meu interesse na obra de Michel Villey, que partilha, e que tive o gosto de reencontrar posteriormente em Lisboa, tendo dele recebido valiosas indicações bibliográficas.

É também devida uma palavra de agradecimento aos funcionários das bibliotecas que frequentei e que tanto me ajudaram na tarefa de encontrar a bibliografia necessária, nomeadamente aos funcionários da biblioteca da Nova School of Law (muito especialmente o Dr. Carlos Artur), da biblioteca João Paulo II da Universidade Católica Portuguesa e das bibliotecas do *Angelicum*, da Universidade *La Sapienza* e da Pontifícia Universidade da Santa Cruz.

Por fim, estou grato às várias instituições que apoiaram este trabalho. À Nova School of Law, onde fiz o meu percurso académico no qual descobri o meu interesse pela filosofia e metodologia jurídicas, à Fundação para a Ciência e Tecnologia, por me ter atribuído uma bolsa de investigação, à Universidade Católica Portuguesa e ao *Angelicum*, cujos professores, já mencionados, contribuíram, de diferentes maneiras mas decisivamente, para a elaboração desta tese.

Se com o bom grado na receção destes benefícios retribuí imediatamente o sentimento com que os mesmos me foram concedidos, já para a retribuição do dom não tenho pressa. Efetivamente, «no que se refere ao dom, convém esperar o momento em que a recompensa seja oportuna ao benfeitor. Se alguém quer retribuir logo um benefício com outro benefício, sem levar em consideração o momento mais apropriado, essa retribuição não parece ser virtuosa. Como diz Séneca: “quem demonstra pressa excessiva em pagar o que deve, deve contra a vontade; e quem se sente contrariado com uma dívida, é um ingrato”» (*ST*, II-II, 106, 4, co.).

Modo de citação e outras convenções

1. Acordo Ortográfico

A presente dissertação está redigida segundo o novo acordo ortográfico, aprovado nos termos da resolução da Assembleia da República n.º 35/2008, publicada na 1.ª série do Diário da República de 29 de julho de 2008.

2. Modo de citação

As referências a obras ao longo do corpo da dissertação são apresentadas abreviadamente, indicando apenas os elementos essenciais para que o leitor possa determinar a obra referida, concretamente: o nome abreviado do(s) autor e o título, abreviado caso seja demasiado extenso, da obra em causa, seguindo-se, se for o caso, a indicação das páginas relevantes.

As referências a artigos incluídos em publicações periódicas ou em obras que contenham contribuições independentes de vários autores são feitas indicando apenas o nome abreviado do(s) autor e o título, abreviado caso seja demasiado extenso, do artigo, seguindo-se, se for o caso, a indicação das páginas relevantes.

Excetua-se desta forma de citação os casos de obras clássicas que dispõem de uma organização interna própria. Nestes casos apenas é apresentada a indicação, quase sempre abreviada, da obra em causa e a referência alfanumérica relativa à respetiva organização interna, permitindo assim a consulta de qualquer edição ou tradução da mesma. São elas:

- A *Ética a Nicómaco* de ARISTÓTELES, tendo sido consultada a segunda edição da tradução inglesa de TERENCE IRWIN¹; todas as citações desta obra em português são traduções nossas desta edição; as referências à mesma são feitas pela indicação da abreviatura ET seguida dos números e letras (exemplo: «1094a1», consiste na referência à linha 1 da coluna «a» da página 1094), os quais são usados na tradução das obras de ARISTÓTELES feita por IMMANUEL BEKKER (Berlin, 1831), que constitui a

¹ ARISTÓTELES, *Nicomachean Ethics*, Indianapolis – Cambridge, Hackett Publishing Company, 1999.

forma padrão de referência às obras de ARISTÓTELES; as referências às seguintes obras de ARISTÓTELES são efetuadas do mesmo modo;

- A *Metafísica* de ARISTÓTELES, tendo sido consultada versão bilingue grego-português traduzida por GIOVANNI REALE²;
- Os *Tópicos* de ARISTÓTELES, tendo sido consultada a tradução portuguesa de SEGURADO E CAMPOS³;
- A *Física* de ARISTÓTELES, tendo sido consultada a tradução portuguesa de LUCAS ANGIONI⁴;
- A *Política* de ARISTÓTELES, tendo sido consultada a tradução inglesa de CARNES LORD⁵;
- As *Categorias* de ARISTÓTELES, tendo sido consultada a tradução inglesa de JOHN ACKRILL⁶;
- A obra *De Oratore* de CÍCERO, tendo sido consultada versão bilingue latim-inglês traduzida por EDWARD SUTTON⁷; as referências a esta obra e às seguintes são feitas pela indicação do número do livro e do parágrafo;
- A obra *De Officiis* de CÍCERO, tendo sido consultada versão bilingue latim-inglês traduzida por WALTER MILLER⁸;
- As obras *De Inventione* e *Topica* de CÍCERO, tendo sido consultada versão bilingue latim-inglês traduzida por HARRY HUBBELL⁹;
- A obra *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore* de FRANCISCO SUÁREZ, tendo sido consultada a versão originária em latim¹⁰ e a tradução inglesa de GWLADYS WILLIAMS, AMMI BROWN, JOHN WALDRON e HENRY DAVIS¹¹; as referências a esta obra são feitas pela indicação do número do livro, do capítulo e do parágrafo;

² ARISTÓTELES, *Metafísica*, São Paulo, Edições Loyola, 2002.

³ ARISTÓTELES, *Aristóteles - Obras Completas - Tópicos*, Lisboa, INCM, 2007.

⁴ ARISTÓTELES, *Física I e II*, Campinas, Editora da Unicamp, 2013.

⁵ ARISTÓTELES, *Aristotle's Politics*, Chicago, Chicago University Press, 2013.

⁶ ARISTÓTELES, *Categories and De Interpretatione*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

⁷ CÍCERO, *De Oratore*, Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1942.

⁸ CÍCERO, *De Officiis*, Londres, William Heinemann Ltd, 1913.

⁹ CÍCERO, *De Inventione - De Optimo Genere Oratorum - Topica*, Cambridge – Massachusetts, Harvard University Press, 1949.

¹⁰ F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore: in decem libros distributus*, Coimbra, apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612.

¹¹ F. SUÁREZ, *Selections from Three Works of Francisco Suárez*, Indianapolis, Liberty Fund, 2014.

- O Digesto de JUSTINIANO, tendo sido consultada a edição bilingue latim-espanhol, em três tomos, traduzida por BARTOLOMÉ AGUSTIN RODRIGUEZ DE FONSECA¹²; as referências a esta obra são feitas pela indicação do número do livro e do título;
- O *Comentário à Metafísica de Aristóteles* de TOMÁS DE AQUINO, tendo sido consultada a tradução inglesa de JOHN ROWAN¹³; as referências a esta obra são feitas pela indicação do número do livro e do parágrafo;
- As *Quaestiones Disputatae De Veritate* de TOMÁS DE AQUINO, tendo sido consultada a versão latina¹⁴ e a tradução inglesa de ROBERT MULLIGAN¹⁵; as referências a esta obra são feitas da mesma forma que a obra seguinte, excetuado a indicação da parte da obra, pois as *Quaestiones Disputatae* não estão divididas em partes;
- A *Suma Teológica* de TOMÁS DE AQUINO, tendo sido consultada a edição bilingue latim-português das edições Loyola, publicada em vários volumes¹⁶; todas as citações desta obra são retiradas desta edição; as referências são feitas pela indicação da abreviatura «ST» seguida da parte da obra em causa (I: primeira parte; I-II: primeira parte da segunda parte; II-II: segunda parte da segunda parte), do número da questão e do artigo respectivo e, finalmente, da parte do artigo a que se faz referência, nomeadamente, «co.» (*corpus* da questão) ou «ad.» (resposta às objeções iniciais, com indicação do número respectivo); em alguns casos, mais raros, em alternativa à indicação do artigo da questão, é feita referência ao próêmio da mesma, usando-se a abreviatura «pr».

¹² JUSTINIANO, *El Digesto del Imperador Justiniano - Tomo I*, Madrid, Imprenta Ramon Vicente, 1872; JUSTINIANO, *El Digesto del Imperador Justiniano - Tomo II*, Madrid, Imprenta Ramon Vicente, 1873; JUSTINIANO, *El Digesto del Imperador Justiniano - Tomo III*, Madrid, Imprenta Ramon Vicente, 1874.

¹³ T. DE AQUINO, *Commentary on the Metaphysics of Aristotle*, Chicago, Henry Regnery Company, 1961.

¹⁴ T. DE AQUINO, *Opera Omnia - Tomus XXII - Quaestiones Disputatae*, Roma, Cura et Studio Fratrum Praedicatorum, 1970.

¹⁵ T. DE AQUINO, *The Disputed Questions on Truth: Questions I-IX*, Chicago, Henry Regnery Company, 1952.

¹⁶ T. DE AQUINO, *Suma Teológica - Vol. I - I Parte, Questões 1 a 43*, São Paulo, Edições Loyola, 2016; T. DE AQUINO, *Suma Teológica - Vol. II - I parte, Questões 44 a 119*, São Paulo, Edições Loyola, 2017; T. DE AQUINO, *Suma Teológica - Vol. III - I e II parte, Questões 1 a 48*, São Paulo, Edições Loyola, 2017; T. DE AQUINO, *Suma Teológica - Vol. IV - I parte, Questões 49 a 114*, São Paulo, Edições Loyola, 2015; T. DE AQUINO, *Suma Teológica - Vol. V - II-II parte, Questões 1 a 56*, São Paulo, Edições Loyola, 2016; T. DE AQUINO, *Suma Teológica - Vol. VI - II-II parte, Questões 57 a 122*, São Paulo, Edições Loyola, 2017; T. DE AQUINO, *Suma Teológica - Vol. VII - II-II parte, Questões 123 a 189*, São Paulo, Edições Loyola, 2015.

Na bibliografia final são apresentadas as referências completas das obras referidas ao longo do corpo da dissertação.

3. Traduções

As citações textuais de obras em língua estrangeira são traduções minhas das mesmas sempre que nelas conste essa menção. Nos casos em que a citação da língua originária é especialmente sugestiva e incapaz de ser adequadamente traduzida, optou-se por manter a versão originária, algo que ocorre especialmente com várias citações em latim.

Lista de abreviaturas

A: autor

AA: autores

Apud: apurado em

Cap: capítulo(s)

Cat: Categorias

CC: Código Civil português

Cfr: confrontar

Com Met: Comentário à Metafísica de ARISTÓTELES

D: digesto

Ed: edição

ET: Ética a NICÓMACO

Ibid: Ibidem

Met: Metafísica

N: nota

P: página

Pol: Política

Pp: páginas

Pr: proêmio

Ss: seguintes

ST: *Summa Theologiae*

Top: Tópicos

V: *vide*

Vol: volume

VV: vários

Resumo: A presente tese apresenta uma defesa argumentada de uma particular concepção da noção de direito de matriz aristotélico-tomista, o realismo jurídico clássico, bem como das respectivas implicações metodológicas, traduzidas no método dialético-prudencial. Procura-se mostrar como o primeiro assenta no reconhecimento da finalidade própria da função jurisdicional, identificando-a com a descrição daquilo que, segundo os contornos do caso *sub judice*, constitui o justo particular, ou seja, um equilíbrio objetivamente comprovável nas operações de distribuição (do todo para os membros da sociedade) ou de comutação (entre os membros) de vantagens, desvantagens ou encargos. É também justificada, à luz dessa finalidade, e desenvolvida, uma metodologia adequada à execução de tal finalidade, assente, por um lado, na matriz dialética da disputa jurisdicional e, por outro, na relevância da virtude da prudência, a qual permite conferir a habilidade necessária ao julgador para decidir o caso de forma ajustada à realidade do mesmo.

Palavras-chave: realismo clássico, dialética, prudência, justo particular, *justum in distributionibus*, *justum in commutationibus*, *consilium*, *judicium*, *eubulia*, *synesis*, *gnome*

Abstract: This thesis presents an argued defense of a particular understanding of the notion of law grounded on the aristotelian-thomistic heritage, known as classical legal realism, as well as its respective methodological implications, translated in the dialectical-prudential method. It is intended to reveal how the former is based on the recognition of the specific purpose of the jurisdictional function, identifying it with the description of what constitutes, according to the contours of the particular *sub judice* case, the particular just, *i.e.*, an objectively verifiable balance in distribution (from the whole to the members of society) or in exchange (between members) operations of advantages, disadvantages or charges. A suitable legal methodology to such purpose is also presented, justified and developed, which is based, on one hand, on the dialectical core of the jurisdictional dispute and, on the other, on the relevance of the virtue of prudence which bestows

on the judge the necessary skill to decide the case in the way that best fits the reality *sub judice*.

Keywords: classical realism, dialectics, prudence, particular just, *justum in distributionibus*, *justum in commutationibus*, *consilium*, *judicium*, *eubulia*, *synesis*, *gnome*

Declaração relativa ao número de caracteres

Declaro que o corpo da dissertação possui um total de 799880 caracteres, incluindo notas de rodapé e espaços.

Lisboa, dezembro de 2020

Micael Martins Teixeira

Índice

1. Introdução	16
2. Realismo Jurídico Clássico: enquadramento histórico e hipóteses fundamentais	19
2.1. Noção de direito: no pensamento moderno e na hipótese do realismo clássico ..	19
2.1.1.As origens do pensamento jurídico moderno	19
2.1.2.A alternativa do realismo jurídico clássico	31
2.2. Relação entre direito e justiça e a noção do justo: as vertentes subjetiva e objetiva do realismo jurídico clássico	35
2.3. O direito entendido como o resultado de uma arte, a arte judiciária	43
3. A natureza do conhecimento jurídico	47
3.1. Introdução	47
3.2. Breve elenco, não exaustivo, das propostas mais difundidas de caracterização da natureza do conhecimento jurídico	47
3.2.1.O conhecimento jurídico como um conhecimento genericamente abstrato	48
3.2.1.1. Conhecimento abstrato de natureza sistémica, baseado na conformidade com um sistema fechado e formal ou aberto e móvel.....	48
3.2.1.2. Conhecimento abstrato de natureza material, baseado na conformidade com um conjunto de princípios essencialmente imutáveis	56
3.2.2.O conhecimento jurídico como um conhecimento concreto e factual	58
3.2.2.1. Conhecimento concreto assente no reconhecimento social das prescrições normativas.....	58
3.2.2.2. Conhecimento concreto assente na análise dos efeitos práticos das soluções jurídicas.....	64
3.3. Razão de ordem: determinação do critério adequado para definir a natureza do conhecimento jurídico	68
3.3.1.A análise do objeto de conhecimento como critério determinante da natureza do conhecimento.....	68
3.3.1.1. Objeto constituído por uma realidade ordenada e estática ou por uma realidade desordenada e dinâmica	69
3.3.1.2. Objeto constituído por uma realidade ordenada e dinâmica	78
3.4. Determinação do objeto do conhecimento jurídico	88
3.4.1.Razão de ordem.....	88
3.4.2.O objeto do conhecimento jurídico: uma realidade social interpessoal relativa a operações de distribuição e de comutação	92
3.4.3.O que se procura retirar do conhecimento dessa realidade: conhecimento jurídico como determinação do equilíbrio nas operações de comutação e distribuição	95
3.4.3.1. Introdução	96
3.4.3.2. A procura da igualdade geométrica: as distribuições de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas e ações segundo a situação de cada pessoa	97
3.4.3.3. A procura da igualdade aritmética: as comutações entre membros da sociedade de vantagens, desvantagens ou encargos relativos coisas, pessoas e ações consoante o valor das mesmas.....	104
3.4.3.3.1. Introdução	104
3.4.3.3.2. A igualdade comutativa <i>simpliciter</i>	105
3.4.3.3.3. A igualdade comutativa <i>secundum quid</i>	120
3.5. Conclusões sobre a natureza do conhecimento jurídico	131
3.5.1.A adequação do conhecimento jurídico como conhecimento naturalista, artístico-criativo e probabilístico relativo a uma realidade ordenada e dinâmica, de matriz clássico-realista	131

3.5.2.A inadequação do conhecimento jurídico como um conhecimento relativo a uma realidade ordenada e estática ou desordenada e dinâmica	148
4. A arte judiciária: a questão jurídico-metodológica	154
4.1. A atividade judiciária como arte de meios incertos.....	154
4.2. Introdução ao método dialético-prudencial e termos da sua relevância na arte judiciária	156
4.3. Dialética ou tópica? Um esclarecimento (meta)terminológico	179
4.4. Análise do método dialético-prudencial	194
4.4.1.Primeiro passo: <i>ponere causam</i>	197
4.4.2.Segundo passo: o confronto de opiniões	206
4.4.2.1. Introdução	206
4.4.2.2. Lei e contrato.....	209
4.4.2.3. Jurisprudência e doutrina	225
4.4.2.4. Hipótese supletiva: a natureza das coisas	226
4.4.2.5. Eubulia, a virtude própria do consilium.....	228
4.4.3.Terceiro passo: decisão e conclusão	243
4.4.3.1. Introdução	243
4.4.3.2. Synesis e gnome, as virtudes próprias do iudicium.....	243
4.4.3.3. A finalidade da arte judiciária: formulação de conclusões-definições e «dialectica perennis».....	272
5. A hipossuficiência da metodologia jurídica de base sistémica	280
5.1. Introdução	280
5.2. As limitações inerentes ao raciocínio analógico	281
5.3. A perspectiva de JOSEF ESSER	285
5.4. A metodologia baseada na conceção de sistema aberto e móvel; os valores da igualdade e da segurança jurídica	290
5.5. O jurisprudencialismo	296
6. Conclusão	300
7. Bibliografia	305

1. Introdução

Poucos saberes ou matérias alvo de estudo académico haverá nos quais o problema da definição das respetivas noção, finalidade e metodologia sejam tão discutidas e tão pouco consensuais como no direito¹⁷. Tal problema está muito longe de consistir uma querela meramente académica, dado que a falta de consenso e até, frequentemente, de consciência relativamente a questões tão básicas como a finalidade e o método jurídicos apresentam claras implicações práticas, nomeadamente ao nível da capacidade de os operadores judiciários apresentarem uma fundamentação clara das suas decisões. Tal incapacidade não tem apenas como consequência a obscuridade ou dificuldade de as mesmas serem compreendidas pelos seus destinatários, antes sendo um sintoma de algo muito mais grave: a circunstância de os operadores judiciários frequentemente elaborarem as suas decisões sem que tenham uma noção clara, esclarecida e criticamente definida do objetivo último das mesmas nem, conseqüentemente, do método a seguir para a sua prossecução. Conseqüentemente, matérias tão básicas acabam muitas vezes por não ser sequer consideradas e por ser resolvidas acriticamente. O resultado? Uma arbitrariedade decisória que tolhe a função social própria das decisões jurisdicionais, a sua capacidade de contribuir decisivamente para uma sociedade mais ordenada e pacificada, reduzindo-as a meras instâncias de resolução de litígios individuais, já que para resolver um litígio concreto basta uma qualquer decisão passível de ser imposta.

Pela gravidade destas consequências se justifica, genericamente, o empreendimento na defesa de uma certa possibilidade de entender a finalidade e a metodologia jurídicas, possibilidade essa que claramente se identifica: o realismo jurídico clássico e o método dialético-prudencial, respetivamente. Em face da grande variedade de entendimentos sobre estas matérias, porquê entender como mais adequadas estas propostas? É nessa justificação que reside, precisamente, o propósito desta dissertação, sendo que a sua prossecução envolve também outro objetivo: um esforço para clarificar e aprofundar os estudos existentes das referidas propostas, sendo, nesse âmbito, de destacar a análise do método dialético-prudencial (ponto 4).

A dissertação apresenta uma estrutura básica dividida em quatro pontos. No primeiro (ponto 2) procura-se enunciar as teses fundamentais da forma como entendemos o

¹⁷ Procurar-se-á dar conta dessa diversidade de entendimentos, naturalmente de forma não exaustiva, no ponto 3.2.

Introdução

realismo jurídico clássico e a respetiva metodologia dialético-prudencial, apresentando o primeiro como uma alternativa ao pensamento jurídico moderno. No segundo (ponto 3) visa-se justificar como adequado e verdadeiro o entendimento acerca da natureza do conhecimento jurídico coincidente com o proposto pelo realismo jurídico clássico, contrastando-o com outros possíveis entendimentos defendidos contemporaneamente, além de se proceder a uma explicitação e densificação das noções essenciais e necessárias à boa compreensão da conceção defendida (prefiguradas no ponto anterior), nomeadamente o justo particular, nas vertentes distributiva e comutativa. No terceiro (ponto 4) procura-se aprofundar a conceção jusmetodológica adequada ao realismo jurídico clássico, o método dialético-prudencial, algo essencial para pôr em prática esta conceção e que tem sido negligenciado pela maioria dos seus cultores, sendo de destacar a análise do papel da virtude da prudência enquanto virtude própria do julgador. Finalmente, no quarto (ponto 5), analisa-se algumas propostas jusmetodológicas contemporâneas, as quais partilham a noção do direito como um sistema, com o objetivo de se mostrar como a conceção defendida apresenta respostas legítimas às insuficiências que se podem encontrar naquelas.

Como consideração introdutória deve ainda referir-se que o realismo jurídico clássico assenta na conceção aristotélico-tomista do direito, conceção essa que tem sido alvo de um grande debate doutrinal, abundando a variedade de perspetivas sobre a mesma¹⁸. Por essa razão, privilegiou-se o mais possível o estudo direto das fontes aristotélico-tomistas, abundantemente citadas, sem descurar, naturalmente, os AA que se dedicaram ao estudo das mesmas, especialmente aqueles que, à luz de tais fontes, consideramos apresentarem uma visão abrangente e fiel das mesmas. Estre esses AA é devida uma menção de destaque para MICHEL VILLEY, a cuja leitura nos despertou o interesse pela visão aristotélico-tomista do direito, caracterizada essencialmente pela delimitação clara do

¹⁸ Dando conta da diversidade de entendimentos acerca da doutrina tomista no âmbito jurídico v. a antologia de AA e textos coordenada por E. ANCONA E G. DE ANNA, *Il tomismo giuridico del XX secolo*, na qual é possível encontrar uma análise da doutrina jurídica tomista segundo a visão dos seguintes AA: GIOVANNI BATTISTA BIAVASCHI, FRANCESCO OLGATI, GIUSEPPE GRANERIS, HEINRICH ROMMEN, JACQUES MARITAIN, ARTHUR KAUFMANN, GEORGES KALINOWSKI, MICHEL VILLEY, JUAN VALLET DE GOYTISOLO, GUIDO SOAJE RAMOS, JOHN FINNIS, RUSSELL HITTINGER, MARTIN RHONHEIMER. A variedade deste elenco de AA, ainda assim não exaustivo, é, naturalmente em graus diversos, reflexo da diversidade de orientações relativamente ao tomismo jurídico. Não se poderá, pela magnitude de tal empreendimento, dar conta das posições de todos estes AA, embora se apresente uma visão de conjunto de vários deles e de outros, nomeadamente na distinção, que se abordará no ponto 2.2, entre as vertentes subjetiva e objetiva do realismo jurídico clássico, bem como a respeito do entendimento do conhecimento jurídico como um conhecimento genericamente abstrato de natureza material, baseado na conformidade com um conjunto de princípios essencialmente imutáveis (ponto 3.2.1.2).

objeto próprio da função jurisdicional (o justo particular), o qual assenta numa análise objetiva mas abrangente da realidade (que se procura defender e explicitar no ponto 3).

Com este estudo espera-se, genericamente, dar um contributo para reduzir a falta de consenso identificada no início desta introdução, pela apresentação de argumentos em favor de uma visão específica da noção de direito e da sua metodologia. Já quanto a objetivos mais palpáveis ou visíveis, esses apenas poderão ser compreendidos no final, pelo que se deixa a sua identificação para a conclusão deste trabalho.

2. Realismo Jurídico Clássico: enquadramento histórico e hipóteses fundamentais

Neste ponto procurar-se-á, primeiramente, expor as origens do pensamento jurídico moderno de forma a melhor poder enquadrar a hipótese do realismo jurídico clássico, apresentando-o como uma alternativa àquele.

Além disso, procuraremos enunciar, como hipóteses a fundamentar e desenvolver progressivamente ao longo dos pontos 3 e 4, as teses fundamentais da forma como entendemos o realismo jurídico clássico e a respetiva metodologia dialético-prudencial, apresentando os conceitos básicos necessários à sua adequada compreensão, o que facilitará o entendimento da sua posterior defesa, naqueles pontos, enquanto perspectiva idónea à compreensão do sentido do direito e da metodologia jurídica.

2.1. Noção de direito: no pensamento moderno e na hipótese do realismo clássico

2.1.1. As origens do pensamento jurídico moderno

Apesar de atualmente serem avançadas, por vários AA, distintas respostas relativamente ao problema da definição e do sentido do direito, é possível atribuir a grande parte do pensamento jurídico da época moderna uma raiz comum, sem prejuízo da originalidade das contribuições de cada A.

Na linha do que tem sido defendido por alguns historiadores¹⁹, dos quais destacamos MICHEL VILLEY²⁰ - que seguimos de perto neste percurso histórico, embora sem deixar de dar conta das contribuições de outros AA que abordaram o mesmo tema - partilhamos a conceção que atribui essa raiz às contribuições de GUILHERME DE OCKHAM relativamente à forma de entender o conhecimento do mundo (a filosofia, entendida no sentido mais abrangente que tinha na idade média) e a atuação de Deus no mundo (teologia). Deve-se a este teólogo franciscano, a ideia, em parte herdada de DUNS ESCOTO, de que o conhecimento do mundo, dos fenómenos observáveis, apenas poderia ser acedido através da compreensão da ação de Deus, revelada pela fé. Afastava-se, portanto,

¹⁹ V. G. DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque*, pp. 321 e ss. e G. FASSÒ, *Il diritto naturale*, pp. 43-53. Em sentido muito próximo v. L.K. DUPRÉ, *Passage to modernity*, pp. 174-7, 215 e H.A. ROMMEN, *The natural law*, pp. 51-55. Para um panorama sobre esta questão v. M. LEVERING, *Biblical Natural Law*, pp. 83-6.

²⁰ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, pp. 221 e ss.

a possibilidade de compreender o devir dos acontecimentos com base na razão, dado que esses acontecimentos não estariam inseridos numa ordem natural pré-existente orientada por alguma lógica racionalmente apreensível, e afirmava-se a ideia de que constituíam antes fenómenos isolados só compreensíveis como consequências da ação direta de Deus no mundo (individualismo). Deste modo se valorizava o papel da teologia em tal processo e se sublinhava o carácter único de cada criação de Deus, de tal maneira que a compreensão total de cada fenómeno só poderia ser o resultado de uma análise individual. Esta forma de compreender o mundo designa-se por «nominalismo», pois os nomes dados aos fenómenos não passariam de sinais convencionalmente usados para descrever aqueles, pelo que, ainda que os fenómenos fossem nomeados igualmente, sinalizariam realidades singulares.

O nominalismo terá consequências profundas na forma como o direito tem sido entendido²¹. À falta de uma ordem natural pré-existente da qual se poderia retirar o direito, este seria também resultado da ação direta de Deus, revelada na Sagrada Escritura, em especial nos Evangelhos. Ora, o direito aí revelado por Deus, por exemplo nos dez mandamentos, é encarado, na linha do nominalismo, como o resultado da ação de Deus no mundo, que, por Sua vontade, proibiu tais condutas (voluntarismo). Trata-se, portanto, para usar uma expressão clássica, de condutas más porque proibidas (*mala quia prohibita*) e não proibidas porque (objetivamente) más (*prohibita quia mala*).

Além do nominalismo, mas na mesma linha deste, duas outras escolas de pensamento contribuíram também para a construção do pensamento jurídico da época moderna. Referimo-nos às contribuições resultantes da reforma protestante, nomeadamente as atribuíveis a MARTINHO LUTERO e JOÃO CALVINO, bem como as da contrarreforma católica, especialmente aquelas que decorrem dos AA da segunda escolástica, concretamente FRANCISCO DE VITÓRIA e FRANCISCO SUÁREZ.²²

Relativamente aos primeiros, LUTERO insistiu na importância de valorizar o respeito literal pelos preceitos da Sagrada Escritura. Contudo, muitos destes não permitem organizar a vida social pois não podem ser coercivamente impostos e são demasiado puros e exigentes – emprestar sem esperar receber, não resistir a roubos e agressões, perdoar sempre – para serem cumpridos num mundo marcado pelo pecado, tornando

²¹ Afirmando a fecundidade da doutrina de OCKHAM v. F. WIEACKER, *História do Direito*, p. 285-6.

²² Afirmando a influência na evolução do direito destes dois movimentos v. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 277-8 e L.C. DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, p. 109. Sobre a influência do segundo v. A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, p. 306-7.

indispensável à paz social a autoridade pública munida de coerção²³. Por isso, o direito consistia, para LUTERO, num instrumento de política que visava regular a sociedade pela sua coerção, através das leis positivas. Esta posição seria inclusivamente suportada por uma base na Escritura – por exemplo em Romanos 13, 1 a 8 ou em 1 Pedro 2, 13 a 15²⁴ – fazendo com que a obediência às leis temporais seja revestida por um fundamento divino. Daqui resultava a obrigação incontornável de seguir as determinações constantes das leis, ainda que injustas, excluindo-se qualquer possibilidade de as questionar ou de a elas resistir²⁵: «[ainda] que as autoridades [públicas] sejam malvadas e injustas, tal não justifica de todo a formação de hordas nem a insurreição. Pois não compete a qualquer um castigar a malvadez mas apenas à autoridade temporal, que detém a espada. Tal como referem Paulo em Romanos 13 e Pedro em 1 Pedro 3, ela [a autoridade temporal] é instituída por Deus para castigar os malvados.»²⁶.

Já para CALVINO, o direito tem essencialmente a função de manter a situação de facto que surge espontaneamente na sociedade, pois tal estado de coisas é o resultado da ação da Providência divina no mundo, ordenada para responder às necessidades do povo²⁷. Esta posição fará com que, tal como LUTERO, CALVINO insista na necessidade de aceitar e respeitar a ordem existente, o que se traduz, entre outras coisas, no respeito pelas leis estabelecidas por quem detém o poder político, ainda que se trate de um tirano: «caso exista um mau príncipe, de vida dissoluta, e que exerça um domínio tirânico, os sujeitos devem, contudo, prestar-lhe tão grande referência (quanto ao que se refere à obediência devida pela sua superioridade) como a um Rei bom, caso dispusessem de um (...) pois só pela Providência divina e por uma especial intervenção é que eles são elevados ao poder público»²⁸.

Em ambos os casos, podemos afirmar estar em causa posições caracterizáveis como um positivismo de origem religiosa, na linha do nominalismo.

Já relativamente aos referidos AA da segunda escolástica, VITÓRIA, cuja obra incide particularmente sobre o direito internacional, insiste, neste âmbito, na noção de *ius*

²³ V. F. WIEACKER, *História do Direito*, p. 295-6.

²⁴ Especialmente claro a este respeito é o escrito de LUTERO, *Autoridade Temporal: em que medida deve ser obedecida*: M. LUTHER, *Martin Luther - Oeuvres choisies*, tome 4, p. 9-50, em especial p. 15.

²⁵ Neste sentido v. L.C. DE MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, p. 111, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 294-302.

²⁶ M. LUTHER, *Luther et les problèmes de l'autorité civile*, p. 195.

²⁷ F. WIEACKER, *História do Direito*, p. 297 e M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 317-9.

²⁸ J. CALVIN, *Institution de la religion chrétienne*, p. 722.

gentium, que constitui – numa noção distinta daquela que tinha no período clássico²⁹ – o direito que todos os povos tacitamente acordam ser válido para as relações entre eles, do qual as regras mais difundidas são a da liberdade dos mares e a da liberdade de comércio. VITÓRIA admitia, portanto, a existência de certos preceitos jurídicos de validade universal e imutável devido ao seu fundamento racional³⁰, ideia que se revelará frutífera no pensamento jurídico futuro. Outra contribuição deste A para a construção do pensamento jurídico moderno reside na noção de direito subjetivo, resultado do seu tratamento da propriedade privada sobre as coisas. Considera que, tendo Deus dado a todas as pessoas propriedade sobre as coisas, elas têm a liberdade de se apropriar de algumas delas de forma privada («*dominium*») através da ocupação de bens ainda não apropriados. Tal faz nascer um direito subjetivo que lhes dá a possibilidade de usar a coisa apropriada conforme a sua vontade livre e arbitrária, espelho do caráter permissivo do direito genérico que Deus atribuía às pessoas sobre as coisas³¹. Na linha do nominalismo, trata-se, portanto, de uma conceção não só voluntarista, pelo que se acabou de referir, mas também individualista, dado que o direito é concebido não desde uma ordem genérica pré-existente, mas a partir da ação de Deus sobre o mundo que deixa ao critério de cada pessoa a forma de exercer o seu poder sobre a sua propriedade.

Por fim, as contribuições de SUÁREZ para o pensamento jurídico moderno são incontornáveis. Começando pela sua visão sobre a ontologia, de inspiração nominalista, SUÁREZ afirma que a realidade se reduz àquilo que se pode observar em cada momento, ignorando a ideia de qualquer ordem pré-existente que oriente o dinamismo da realidade³². Como tal, também o direito é por ele concebido à luz desta ontologia, pelo que, em cada momento, é possível constatar que da aplicação do direito aos casos resulta poderes conferidos a pessoas concretas, direitos subjetivos, atribuídos através do instrumento que constitui a outra face do direito: a lei. Para SUÁREZ o direito assenta, portanto, em dois géneros, o direito subjetivo, *jus dominativum*, e a lei, *jus praeceptivum*, com o primeiro a decorrer do segundo: «*jus autem dominativum solum est materia alterius juris praeceptivi*» (*De Legibus*, II, XIV, 19).

²⁹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 342-3.

³⁰ Cfr. A. HERNANDEZ GIL, *Metodologia de la Ciencia del Derecho - Vol. I*, p. 39-42, N.E.G. DA SILVA, *História do pensamento jurídico*, p. 171-6 e A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 306-7.

³¹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 344-7.

³² M. BASTIT, *Naissance de la Loi Moderne*, p. 358-9.

A lei é, para ele, a noção fundamental que caracteriza o direito, pelo que se torna indispensável compreender qual a sua ideia da lei³³. Esta consiste, em consonância com a sua ontologia³⁴, numa realidade atual e observável direta e estaticamente: lei é um preceito promulgado na sequência da intervenção voluntária de um legislador que visa determinar o comportamento que ela descreve e não apontar para alguma qualidade – nomeadamente a justiça – de certa situação: «*lex non tantum est iluminativa* [de alguma qualidade], *sed motiva et impulsiva* [do comportamento descrito]» (*De Legibus*, I, IV, 7)³⁵.

O legislador que formula tal lei é, em primeiro lugar, Deus, que, ao dotar o homem de razão, submeteu-o também a determinados princípios racionais – e, portanto, universais e imutáveis –, também chamados leis naturais, dos quais é «possível *deduzir* (...) regras jurídicas precisas, com conteúdo, eternas e imutáveis»³⁶ que orientem os comportamentos. Ao lado deste, SUÁREZ concebe ainda o direito das gentes, *jus gentium*, que consiste no conjunto de regras de comportamento partilhadas por todos os povos e, portanto, também de origem racional e de aplicabilidade universal, que constituem direito natural (*De Legibus*, II, XVII e ss.)³⁷.

Todos estes conceitos são construídos por SUÁREZ com base no modelo das leis positivas e que estabelecem claramente certos comportamentos, os quais devem, portanto, ser pontualmente cumpridos. Com efeito, o poder dos legisladores humanos deriva de Deus que, por intermédio do povo, deposita naqueles o poder de legislar aquando da fundação do poder político, pelo que, não só as leis emanadas daqueles não podem contrariar as leis naturais queridas por Aquele que lhes conferiu, de «uma vez por todas»³⁸ tal poder, como também as leis humanas, no vasto âmbito dos atos legislativos indiferentes às leis naturais, tornam os comportamentos nelas previstos bons ou maus em razão da circunstância de serem legalmente impostos ou proibidos.³⁹ Tal faz com que o cumprimento da lei esteja estritamente ligado ao cumprimento da vontade do legislador

³³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 355-60.

³⁴ M. BASTIT, *Naissance de la Loi Moderne*, p. 313.

³⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 358-9.

³⁶ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, p. 307. Na mesma linha, afirma M. BASTIT, *Naissance de la Loi Moderne* que «com Suarez atinge-se o momento do advento definitivo da conceção moderna da lei» (p. 358).

³⁷ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 362-3.

³⁸ *Ibid.*, p. 364.

³⁹ M. BASTIT, *Naissance de la Loi Moderne*, p. 325-6.

tal como fora expressa no texto da mesma, afastando-se, por exemplo, a possibilidade de raciocínios analógicos⁴⁰.

Note-se ainda que SUÁREZ qualifica a lei positiva como sendo um preceito justo, mas a conceção de justiça que lhe atribui é marcadamente voluntarista, de clara inspiração nominalista⁴¹. Com efeito, a lei é justa no sentido em que é emanada da vontade de alguém cujo poder de legislar lhe foi conferido pela vontade de uma entidade superior, Deus, recebendo os atos ditados pela lei «uma certa honestidade do facto que serem prescritos»⁴².

Por tudo isto, o nominalismo, juntamente com as referidas contribuições dos AA da reforma protestante e da contrarreforma católica, constitui a primeira escola de pensamento a lançar as bases teóricas daquele que é, provavelmente, o traço mais característico do pensamento jurídico moderno, antecessor de boa parte das conceções contemporâneas (que se analisarão no ponto 3.2) sobre o direito: o individualismo. Seguindo a classificação avançada por VILLEY⁴³, o individualismo traduz-se nos seguintes elementos do pensamento jurídico moderno, para os quais as anteriores influências já apontavam: 1) a existência de «direitos naturais» dos indivíduos, no sentido em que determinados direitos são conaturais a cada pessoa, precursores dos «direitos do homem»; 2) a ideia de que a autoridade do Estado se justifica pela construção teórica e artificial do chamado «contrato social»; 3) a conceção de que o direito é exclusivamente o produto da produção legislativa do Estado, justificada pela referida construção do «contrato social»; 4) a conceção sistemática do conjunto jurídico-legislativo, que confere a cada pessoa, nas situações legalmente previstas, determinados direitos subjetivos.

Como decorre do que se referiu, alguns destes elementos já resultam do nominalismo e das contribuições da reforma protestante e da contrarreforma católica. Mas se tais escolas de pensamento lançaram as bases do pensamento jurídico moderno, este só irá consolidar-se, no sentido em que os referidos elementos só o passarão a integrar completamente, a partir do século XVI com período histórico do Renascimento, no qual se dará uma recuperação de algumas escolas do pensamento clássico, concretamente as

⁴⁰ Ibid., p. 347-54.

⁴¹ Ibid., p. 318-9. Com efeito, BASTIT insiste fortemente nas semelhanças da doutrina de SUÁREZ com a de ESCOTO.

⁴² Ibid., p. 326.

⁴³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 185.

do período tardio da antiguidade clássica, chamadas doutrinas helenísticas ou pós-aristotélicas, nomeadamente o estoicismo, o ceticismo e o epicurismo.

Começando pelo estoicismo, referiremos apenas a vertente do mesmo⁴⁴ adotada pelo A cuja obra, embora não partilhando apenas do ideário estoico e sendo largamente eclética, implicou maior influência desta escola de pensamento no direito da época moderna: CÍCERO. Mas não sem que antes se avancem algumas considerações genéricas relativas ao estoicismo, de modo a que se perceba de que forma esta filosofia se enquadra na visão nominalista do mundo⁴⁵, podendo afirmar-se que constitui uma forma particular de nominalismo *avant la lettre*. De facto, o nominalismo teve várias e diversas concretizações⁴⁶, podendo afirmar-se que quase todas elas visam tentar apresentar uma explicação para a constatação das várias semelhanças entre os objetos individuais – de facto, essa constatação sugere fortemente a necessidade de uma análise de maior abrangência, nomeadamente uma análise que também leve em conta os chamados universais (entidades abstratas de natureza predicativa, tais como «azul», «quente» ou «saudável») e não apenas as entidades individualizáveis e predicáveis, os particulares nos quais os universais se podem constatar (exemplos: a baleia azul, a pedra quente ou a maçã saudável)⁴⁷ –, algo que o nominalismo no seu estado mais «puro», pelo seu foco na análise individual, não pode fornecer. Assim, uma possível explicação para as semelhanças entre as coisas é aquela que consiste na formulação de conceitos ou de ideias que permitem captar e traduzir as referidas semelhanças, ainda que tal seja apenas uma forma de lidar com tal constatação das semelhanças entre objetos, pelo que se continua a insistir na análise individual e a negar a existência real de qualquer entidade que supere os objetos individuais ou que oriente, nomeadamente tendo em vista alguma finalidade, as suas características (materialismo). Tais conceitos ou ideias são, como bem se compreende, precisamente, nominais. A esta particular variante do nominalismo pode chamar-se concetualismo⁴⁸ e ela pode ser encontrada, *in ovo* mas de forma já especialmente clara,

⁴⁴ Para uma referência breve às três vertentes ou fases de evolução do ideário estoico v. Ibid. p. 394. Referimo-nos no texto à fase intermédia do estoicismo, atribuível a PANÉCIO DE RODES e a POSIDÓNIO. Este último influenciou diretamente CÍCERO.

⁴⁵ Ibid., p. 403. Sobre o pendor nominalista do estoicismo v. V. CASTON, «Something and Nothing: The Stoics on Concepts and Universals».

⁴⁶ Um possível elenco pode encontrar-se em M. MACLEOD E E. RUBENSTEIN, «Universals».

⁴⁷ O problema da compreensão da natureza dos universais, central na argumentação da presente dissertação, abordar-se-á no ponto 3.3.1.2.

⁴⁸ Mais uma vez se remete para a excelente síntese que se pode encontrar em M. MACLEOD E E. RUBENSTEIN, «Universals», ponto 3, b).

na doutrina estoica. De facto, esta doutrina, especialmente segundo a vertente em que se pode inserir CÍCERO, propõe, entre várias outras coisas, a obediência à ordem, ao *logos*, que rege o mundo e que, relativamente ao homem, determinava o seguimento das suas tendências naturais: sobrevivência, trabalho para prover às necessidades materiais, defesa de ataques alheios⁴⁹. Tais tendências naturais são, precisamente, reflexos dos referidos conceitos que permitem agrupar as semelhanças constatadas em várias instâncias da vida humana: o homem é dotado de características como a capacidade de trabalho, ou de lutar pela continuação da sua espécie.

Ora, a razão humana permite, na conceção estoica de CÍCERO, identificar as obrigações necessárias à realização de tais tendências, tais como as de não prejudicar ninguém, ou de não impedir ninguém de prosseguir as mesmas, as quais implicam, por sua vez, dois deveres fundamentais ou axiomas que constituem a estrutura essencial do direito para este A⁵⁰: 1) o de conservar a propriedade alheia, reflexo jurídico da moral estoica do *amor fati*, a submissão voluntária à ordem, ao destino; 2) e o de respeitar as promessas feitas, dever esse que deve ser sempre cumprido, independentemente das consequências que tal implica. Esta visão racional e estática do direito permitia-lhe assumir a forma de um conjunto sistemático de leis destinadas a assegurar tais deveres fundamentais, de que seria, provavelmente, exemplo a obra, perdida, de CÍCERO *De jure civili in artem*⁵¹ *redigendo*, embora tal projeto esteja exposto na obra *De oratore*⁵². A característica distintiva da natureza humana é, assim, a capacidade de decidir agir ou não agir de acordo com estes deveres racionalmente formulados e, no âmbito das relações sociais, juridicamente impostos e realizadores da virtude da justiça – que consiste simplesmente na realização dos referidos deveres fundamentais. De tal decisão depende o valor moral das ações humanas, identificado, portanto, com a realização voluntária do que é mais conforme com a natureza humana.⁵³ Eis pois que ao direito cabe esta missão de estar ao serviço da moral estoica, sendo um instrumento de promoção do *amor fati* através da manutenção do *status quo*, uma forma avançada de concretizar o objetivo estoico (ao qual o *amor fati* está ao serviço) de ausência de sofrimento, de *apatheia*, que se logra através da supressão das paixões: o direito muito contribui para isso ao procurar suprimir muitas

⁴⁹ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 418-25.

⁵⁰ V. *De Officiis*, livro I, §§ 20 e ss.

⁵¹ Arte tem aqui o sentido particular, muito difundido também no período renascentista, de um conjunto de conhecimentos ordenados, organizados de forma a facilitar a sua apreensão e aplicação. Não é este o sentido que adiante, no ponto 2.3, se atribuirá ao direito quando o qualificaremos como uma forma de arte.

⁵² V. *De oratore*, livro I, §§ 187 e ss.

⁵³ Cfr. S. BAUZON, *Le métier de juriste*, p. 98-101.

das situações da vida que são fontes de sofrimento, concretamente aquelas em que, de alguma forma, algum dos referidos dois deveres fundamentais não é respeitado. Daí que, como supramencionado, tais deveres sejam, nesta perspetiva, impostos de forma quase absoluta, já que não interessa que o direito seja aplicado em conformidade com as circunstâncias do caso, mas antes que o direito determine tais circunstâncias tendo em vista aquele objetivo. Na conceção estoica o direito não apresenta, portanto, qualquer autonomia teleológica, não perseguindo qualquer finalidade própria, sendo um instrumento de imposição da moral estoica.

O estoicismo foi alvo de um grande reavivamento no âmbito do humanismo renascentista – cuja influência sobre a forma de entender o pensamento jurídico moderno não deve ser subestimada⁵⁴ – tal como decorre da obra de vários AA deste período, tal como BODIN⁵⁵, em cuja obra podemos encontrar uma conceção de direito racional organizado sob a forma de leis hierarquizadas, encabeçadas pela lei da razão, pelo que o direito seria acessível a todos os homens, em função da sua racionalidade. Começa assim a surgir outro dos elementos do pensamento jurídico moderno: a conceção do direito na forma de sistema, *i.e.*, a ideia que o direito deve ser formalmente concebido como um conjunto ordenado e coerente de axiomas universais e racionais dos quais podiam ser inferidos axiomas particulares, consequências dos primeiros. Além de BODIN, esta nova conceção pode encontrar-se em AA como ALTHUSIUS⁵⁶, DONEAU⁵⁷ ou GRÓCIO⁵⁸, os quais procuravam expor o sistema jurídico nos seus tratados, e teve continuidade nos AA da escola do chamado jusnaturalismo racionalista⁵⁹ - tais como LEIBNIZ ou PUFENDORF⁶⁰ -, conduzindo, em concorrência com outras escolas de pensamento, nomeadamente as doutrinas do Contrato Social, às modernas codificações⁶¹.

Além disso, outra contribuição, decisiva, da jurisprudência humanista para o pensamento jurídico moderno reside no conceito de direito subjetivo. A moral estoica, ao impor o dever de seguir as tendências naturais do homem, estabelece também os

⁵⁴ V. F. WIEACKER, *História do Direito*, pp. 282 ss., M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, pp. 432, 454 ss. e R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, pp. 56 e ss..

⁵⁵ V., em especial, a obra J. BODIN, *Exposé du Droit Universel - Juris universi distributio*.

⁵⁶ V., em especial, a obra *Dicaeologicae libri tres*: J. ALTHUSIUS, «Selections from the *Dicaeologicae*».

⁵⁷ V. o comentário à obra *Commentarii de iure civili*, nunca traduzida do latim, por NIELS DE BRUIJN em S. DAUCHY ET AL., *The formation and transmission of western legal culture: 150 books that made the law in the age of printing*, pp. 136-8.

⁵⁸ H. GROTIUS, *Le Droit de la Guerre et de la paix*.

⁵⁹ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 307-9.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 311-18.

⁶¹ A este respeito, relativamente ao panorama francês, v. A.-J. ARNAUD, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, pp. 95 e ss e M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 225.

correspondentes direitos. Ao direito cabe, portanto, assegurar tais direitos independentemente das circunstâncias do caso, uma vez que deles depende a possibilidade de cumprir o dever moral de seguir as tendências naturais do homem racional. Os direitos são assim atribuídos aos seus destinatários «por antecipação»⁶². Nasce, deste modo, o conceito de direito subjetivo⁶³, tão caro aos AA da jurisprudência humanista, que se preocuparam em elaborar catálogos e classificações de direitos subjetivos. Especialmente claro a este respeito é GRÓCIO, ao afirmar que o direito é uma qualidade moral referente a uma pessoa: «*Jus est [...] qualitas moralis personae competens*»⁶⁴. Contudo, o nascimento do conceito de direito subjetivo só pôde ocorrer com o auxílio de um mecanismo marcante para o pensamento jurídico moderno: a regra geral. As regras gerais contidas na legislação eram a positivação das regras morais estoicas estabelecidas pela doutrina da jurisprudência humanista que, em virtude do seu fundamento moral, não admitiam a consideração de outros pontos de vista, aplicando-se sempre. Paradigmáticas a este respeito: a regra que define o direito de propriedade entendido como direito compreensivo de todas as faculdades sobre uma coisa, cujo titular goza em qualquer circunstância, a regra que estabelece o cumprimento pontual dos contratos em qualquer caso ou a que determina a obrigação de compensar quaisquer danos provocados por ato culposos.

Em todo este panorama é clara a influência do ideário, já abordado, originário tanto dos AA da reforma protestante como da contrarreforma católica e, conseqüentemente, também do ideário nominalista. Por outro lado, a jurisprudência humanista influenciará certas concepções contemporâneas sobre o direito, que serão abordadas no ponto 3.2.1.

Vejamos agora as influências do ceticismo e do epicurismo no pensamento jurídico moderno. O primeiro propugna, em termos gerais e em contraste com o dogmatismo estoico, um forte relativismo moral, defendendo que não é possível estabelecer qualquer código moral pois a moralidade é totalmente variável no espaço e no tempo. O seu

⁶² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 481 (tradução nossa).

⁶³ Discordando deste entendimento proposto por VILLEY e defendendo que o conceito de direito subjetivo já podia ser encontrado no direito romano e nos AA medievais, v. B. TIERNEY, *The Idea of Natural Rights*, pp. 25-7. Dando conta desta divergência e tomando partido pela posição de VILLEY: C. CASANOVA, «Guillermo de Ockham», C.N. DA SILVA, «Como contar a história dos Direitos Humanos?», pp. 40-2 e P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, p. 85; criticando expressamente o «argumento de continuidade» de TIERNEY: S.A. SEAGRAVE, «How Old Are Modern Rights?», pp. 308 e ss., sendo que aquele A replicou tal crítica no artigo B. TIERNEY, «Response to S. Adam Seagrave's». Para um panorama desta questão v. C.J. FERNANDEZ, «Iusnaturalismo, voluntarismo, derechos subjetivos» e R. MCINERNY, «Natural Law and Human Rights».

⁶⁴ *De jure belli ac pacis*, I, I, 4.

fundador é PIRRO DE ÉLIS e, embora tivesse conhecido várias fases, foi a sua fase mais tardia, atribuível a SEXTO EMPÍRICO⁶⁵, que mais influência teve no período do Renascimento⁶⁶. Nessa fase, é proposto que, face ao relativismo moral, tanto a moral como o direito, que mal se distinguem, devem ser apreendidos de forma empírica. No que ao direito diz respeito, como não é possível saber o que é o justo, a justiça não passaria daquilo que certa sociedade em certo período temporal consideraria como justo. O direito é, por esta via, identificado com as leis que em tal sociedade são consideradas vigentes, numa postura factual-positivista.⁶⁷ AA herdeiros do ceticismo no período do Renascimento são, por exemplo, FRANCISCO SANCHES⁶⁸ ou CORNELIUS AGRIPPA⁶⁹, sendo que o ideário cético teve repercussões posteriores, concretamente em filósofos empiristas, dos quais destacamos, MONTAIGNE e DAVID HUME⁷⁰. A influência desta conceção empirista nas conceções contemporâneas sobre o direito será abordada no ponto 3.2.2.1.

Por fim, o epicurismo constitui uma moral, atribuível a EPÍCURO, de cariz marcadamente individualista, propondo a procura do bem-estar ou prazer pessoal, entendida como a orientação das decisões pessoais no sentido da prevenção do sofrimento e da promoção da tranquilidade e da segurança (ataraxia) de cada indivíduo⁷¹, excluindo a preocupação com o bem da comunidade. Sustentando este entendimento está uma conceção sobre a realidade que defende não existir qualquer ordem das coisas que possa dar sentido ao sofrimento individual, exceto aquele que, sendo temporário, possa conduzir a uma maior tranquilidade futura, visto que toda a realidade se reduz à impressão que ela produz em cada sujeito (sensualismo)⁷². No âmbito do direito, entendido como procura da justiça, o epicurismo encara-a, portanto, como um «instrumento na procura do prazer e da fuga dos sofrimentos»⁷³. Surge assim uma conceção particular de justiça: numa perspetiva negativa, justo é aquilo que não causa dano a outrem, que não impede outrem de procurar o bem-estar e assegura o espaço de liberdade para essa procura, e,

⁶⁵ V., em especial, a obra *Esboços Pirronianos: S. EMPIRICUS, Oeuvres Choisies*, pp. 155-342.

⁶⁶ Neste sentido M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 436.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 437-9.

⁶⁸ F. SANCHEZ, *Il N'est Science de Rien (Qvod Nihil Scitvr)*.

⁶⁹ Especialmente relevante é a obra *De incertitudine et vanitate scientiarum*. Sobre a mesma, v. M. VAN DER POEL, *Cornelius Agrippa*, pp. 108 e ss.

⁷⁰ V. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 439-43.

⁷¹ S. BAUZON, *Le métier de juriste*, p. 42-5.

⁷² *Ibid.*, p. 46.

⁷³ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 450. No âmbito da influência do epicurismo no direito, é essencial a obra de V. GOLDSCHMIDT, *La Doctrine d'Épicure et le Droit*.

numa perspetiva positiva, justo é aquilo que permite aumentar ativamente o bem-estar de cada um, segundo um juízo utilitarista.⁷⁴

Como tal, o essencial do direito, que não se distingue da noção de justiça, reside, na perspetiva negativa, em regras como não matar, não roubar, não provocar danos ou garantir o cumprimento dos contratos para que a economia, entendida como o maior bem-estar possível para cada indivíduo, prospere. A observância de tais regras era, portanto, algo em que todos os membros da sociedade acordariam para minimizar os sofrimentos e ter a liberdade para maximizar o bem-estar, dado que, num estado primitivo, as pessoas não as observariam espontaneamente – pois no estado de natureza primitivo não existe qualquer ordem, apenas a luta pela sobrevivência – e, portanto, não maximizariam o seu bem-estar individual na ausência de tal convenção geral e encontrar-se-iam num estado de guerra de todos contra todos.⁷⁵ A autoridade do Estado é, assim, justificada pela ideia do respeito pelo «contrato social» e o direito era encarado exclusivamente como um instrumento da imposição de tal autoridade.

Já na perspetiva positiva, o direito visa essencialmente impor um conjunto de regras que, segundo uma lógica custo-benefício, permitem maximizar o bem-estar da sociedade encarada de forma global (utilitarismo), embora calculando esse bem-estar pela soma do bem-estar que certa solução causa a cada indivíduo, pelo que o carácter individualista se mantém, não havendo uma real preocupação com toda a sociedade. Trata-se, portanto, de uma análise quantitativa, ainda que inclua mecanismos de compensação das minorias.

Como facilmente se depreende do que se acaba de referir, o epicurismo está na base de várias das concepções do direito que surgiram e frutificaram desde a época do renascimento até aos nossos dias. Naquela, a influência do epicurismo está na origem das ideias contratualistas que encontramos em AA como HOBBS⁷⁶ ou LOCKE⁷⁷ – para quem a sujeição aos termos do chamado contrato social implicaria o respeito por determinados direitos subjetivos, entendidos como vantagens juridicamente tuteladas de certa pessoa, determináveis aprioristicamente pela sua consagração legal, que não devia ser questionada, e exercidos segundo a vontade dessa pessoa, os quais garantem as liberdades individuais necessárias ao bem-estar e à segurança de cada um⁷⁸ – ou das ideias

⁷⁴ V. GOLDSCHMIDT, *La Doctrine d'Épicure et le Droit*, pp. 71-83.

⁷⁵ M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, pp. 448-51.

⁷⁶ Cfr. V. GOLDSCHMIDT, *La Doctrine d'Épicure et le Droit*, pp. 245-7.

⁷⁷ Para um panorama desenvolvido do papel que estes AA desempenharam na história do pensamento jurídico, concretamente na construção do que STRAUSS chama «direito natural moderno», v. L. STRAUSS, *Direito Natural e História*, pp. 143-214.

⁷⁸ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 315-6. Cfr. S. BAUZON, *Le métier de juriste*, pp. 46-8.

utilitaristas presentes em AA como BENTHAM⁷⁹. Na base do ideário contratualista está, portanto, a vontade geral em restringir a sua liberdade originária em favor do respeito pelas leis do Estado - que devem, por isso, ser inquestionáveis - e a segurança, entendida como previsibilidade, que daí decorre⁸⁰, essencial para permitir a organização da vida pessoal tendo em vista o maior bem-estar possível. O direito deve, portanto, ser entendido como estando ao serviço dos valores da segurança e do respeito pela vontade geral. Estes ideários são, por sua vez, a base de várias concepções do direito que abundam na época moderna – nomeadamente a pandectística, também essencial no desenvolvimento da concepção sistemática do direito⁸¹ – e continuam na contemporaneidade. Efetivamente, as que mais vivamente sobrevivem na época contemporânea são essencialmente as que seguem a linha utilitarista, abordadas no ponto 3.2.2.2, mas também as que se inserem na concepção sistémica do direito, abordadas no ponto 3.2.1.1.

De referir ainda que, tanto no caso das escolas de pensamento influenciadas pelo ceticismo como no caso das influenciadas pelo epicurismo, é clara a semelhança com o nominalismo, na medida em que ambas partilham da concepção de fundo de que cada solução jurídica é o resultado de uma intervenção voluntária do julgador ou do legislador que consiste em determinar que certa solução é adequada porque se considera como conforme com o direito em certo local e tempo (ceticismo) ou como mais propícia para poder proporcionar o maior bem-estar, segundo as condições próprias de cada tempo e lugar (epicurismo).⁸²

2.1.2. A alternativa do realismo jurídico clássico

Ao percorrer este percurso histórico é possível identificar que o pensamento jurídico moderno, que enforma as concepções do direito com maior aceitação em épocas mais recentes – que se abordará no ponto 3.2 –, tem a sua origem no nominalismo, sem prejuízo do renascimento, feito à luz de tal origem, dos antecedentes doutrinários do período tardio da antiguidade clássica, já abordados. No entanto, esta concepção do direito não é a única. É possível encontrar na antiguidade clássica, concretamente no período anterior ao aludido período tardio, uma concepção diferente de direito, totalmente livre da herança

⁷⁹ Cfr. S. BAUZON, *Le métier de juriste*, pp. 48-52.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 36-8.

⁸¹ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 413-22.

⁸² Cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 452.

nominalista, e que enforma, em grande medida embora não exclusivamente, o direito romano⁸³. Trata-se da concepção de direito cuja definição é atribuível a ARISTÓTELES (v. EN, 1130b30 e ss.) e que pode ser encontrada não só nos juristas romanos, mas também em alguns AA do período medieval, especialmente, em TOMÁS DE AQUINO⁸⁴ e na chamada escola dos comentadores, a qual apresenta uma convergência clara com o pensamento tomista, nomeadamente a respeito do processo dialético de aquisição de conhecimento⁸⁵.

Reconhecendo que em todos eles está em causa uma idêntica concepção de fundo quanto ao direito convencionou-se atribuir-lhe o mesmo nome: realismo jurídico clássico, também chamado direito natural clássico. A sugestividade destas designações explicar-se-á, de seguida, no ponto 2.2.

Segundo esta concepção do direito, a definição deste é aquela que podemos encontrar no D. – “*id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur*” (D. 1.1.11) – ou na ST – “*ipsa res iusta*” (ST II-II, 57, 1, ad. 1) –, sendo que ambas apontam para que o direito seja, em primeiro lugar, algo justo, “*id quod (...) aequum (...) est*”, ou mais precisamente, a própria coisa justa, *ipsa res iusta*. O direito trata-se, portanto, de uma coisa⁸⁶, mas de que tipo de coisa se trata? Não certamente de uma coisa no sentido que atualmente se costuma atribuir a este termo, ou seja, algo com existência tangível. O direito é uma coisa num dos sentidos que se atribuem ao termo *res*, o qual se perdeu no tempo. Para o entender, é necessário considerar que, contrariamente ao que se verifica no âmbito do nominalismo e em várias das escolas de pensamento por ele influenciadas, os AA que formularam a visão do direito que atualmente designamos por realismo clássico, especialmente ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO, propunham uma visão do mundo que não é limitada à análise dos fenómenos individualmente considerados – ou das relações de causa-efeito entre eles – mas antes orientada para uma observação da sucessão dos fenómenos que permite identificar, nesse dinamismo, uma ordem pré-existente, essencial para a compreensão do mundo. Ao se observar a realidade é perceptível que as sucessivas sucessões dos fenómenos (tanto os naturais como os sociais) têm em vista a prossecução de determinada finalidade, essencial para compreender tais sucessões. Assim, por exemplo no campo da medicina, ao contemplar o funcionamento do corpo humano podemos observar certas sucessões de

⁸³ V. Ibid., pp. 103-6.

⁸⁴ Ibid., pp. 149-65, M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, pp. 111-31.

⁸⁵ V. L. LACHANCE, *El derecho y los derechos del Hombre*, pp. 95-7, T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, pp. 87-100 e A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 218-27.

⁸⁶ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 118.

fenómenos, por exemplo no âmbito do sistema imunitário, que apontam tendencialmente para a realização de determinada finalidade para a qual tende a ordem das coisas: a saúde. Contudo, por várias razões, a saúde nem sempre surge ou se mantém pelo funcionamento espontâneo do corpo, surgindo determinada doença. Nesse caso, também pela observação de várias sucessões de fenómenos, por exemplo no âmbito da administração de certa substância às pessoas com tal doença, constata-se que essa atuação produz tendencialmente a cura, gerando saúde. Assim, o referido sentido particular da palavra *res* é este: um tipo de relação de adequação entre dois fenómenos com referência a certa finalidade, realizando-a tendencialmente. Neste exemplo, *res* é a relação de adequação entre a administração de uma substância e uma pessoa concreta com certa doença para a realização da saúde (finalidade), podendo, portanto, afirmar-se que essa relação é a «coisa saudável», no sentido em que é a identificação de tal relação que permite tendencialmente realizar a finalidade, a saúde.

Do mesmo modo, também no campo do direito se verifica o mesmo tipo de relação designada por *res*. Assim, a título de exemplo, ao estudar a forma como uma sociedade primitiva se organiza, podemos observar, em vários casos, o costume de, caso uma pessoa provoque um dano a outra, esta ter o direito de exigir da primeira uma compensação⁸⁷. Desta sucessão de fenómenos – ação que provoca o dano e atribuição do direito à compensação – podemos constatar que a mesma aponta para a realização da finalidade para a qual tende a ordem das coisas: recompensar ou anular o dano, de modo a reequilibrar a situação das pessoas envolvidas. Contudo, no âmbito do direito é muito menos frequente do que, por exemplo, no da medicina que a finalidade para que tende a ordem das coisas assuma espontaneamente uma forma realizada e observável, sendo o referido exemplo do costume juridicamente relevante praticamente a única instância de tal situação⁸⁸. É aqui muito mais comum que a realização da finalidade do direito tenha que ser fruto de uma intervenção humana que transforme essa finalidade de um estado potencial, latente na ordem das coisas, num estado realizado. No fundo, trata-se da mesma situação referida no exemplo anterior, no qual a realização da finalidade da saúde, potencialidade do corpo humano para a qual tende o seu funcionamento, não acontece espontaneamente, mas através de uma ação humana, a administração de certa substância. Do mesmo modo, é, no direito, quase sempre necessário que, para realizar a referida

⁸⁷ Cfr. W.M. LANDES E R.A. POSNER, *The economic structure of tort law*, pp. 1-2 e R.A. POSNER, «A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law».

⁸⁸ Aparentemente neste sentido v. M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 119.

finalidade de equilíbrio nas relações sociais interpessoais, seja necessária uma intervenção humana que determine em que consiste efetivamente esse equilíbrio, potencialidade das sociedades humanas para a qual tende a sua organização, mas que não se realiza espontaneamente a não ser no costume. Essa intervenção consiste no objetivo principal – que pode ou não ser atingido, tal como nos atos de tratamento médico a cura pode ou não ser lograda – das decisões judiciais. Assim, também neste âmbito é possível identificar o tipo de relação de adequação entre dois fenómenos com referência a certa finalidade que é designado por *res*: recuperando o exemplo relativo ao dano, *res* é relação de adequação entre a atribuição de uma compensação pelo lesante e a situação da pessoa lesada, que permite aferir qual a situação equilibrada. Pode, portanto, afirmar-se que essa relação é a «coisa equilibrada» ou a «coisa justa», a tal *ipsa res justa*, no sentido em que é a identificação de tal relação, baseada na análise da realidade, que permite alcançar a referida finalidade: é a relação de adequação ou ajustamento da compensação ao dano que permite aferir a situação de equilíbrio. Note-se contudo que, apesar de se ter identificado o direito com a própria coisa justa, aquela que realiza a finalidade do equilíbrio – está, portanto, em causa uma definição que enfoca a finalidade –, a palavra direito foi assumindo outros sentidos, nomeadamente o sentido pelo qual se designa a arte de aferir o que é justo (*ST*, II-II, 57, 1, ad. 1), conforme melhor se explicará no ponto 2.3.

Do exposto resulta que, nesta conceção, a finalidade do direito implica, primeiramente, determinar um equilíbrio, um meio-termo entre um excesso e um defeito, nomeadamente uma «certa igualdade de proporção» (cujos termos se desenvolverão nos pontos 3.4.3.2 e 3.4.3.3) da «realidade exterior com a pessoa exterior» (*ST*, II-II, 58, 10, co.), tendo em conta a situação desta última. Novamente o exemplo do dano: tendo certa pessoa sofrido o dano X – situação da pessoa –, a solução equilibrada será uma compensação de X – coisa externa – a quem o sofreu. Determinado este equilíbrio, pode então aferir-se qual a distribuição de bens que permite realizar o referido equilíbrio. *In casu*: a atribuição, a quem sofreu o dano, da quantia X, por parte de quem o provocou. Esta atribuição de bens é uma atribuição justa – que designaremos por justa atribuição – no sentido em que é uma distribuição de bens que está mais «justa», ou seja, mais rente, ajustada ou apropriada à realidade, tal como é revelado pela determinação da «coisa justa». No direito está em causa, portanto, a determinação de uma situação de equilíbrio, o justo objetivo, que permite aferir a justa atribuição. Encontramos aqui, portanto, o conceito de direito enquanto situação justa, sentido esse que lhe foi dado por ARISTÓTELES (EN, 1130b30 e ss.) e que encontramos em vários AA do período romano, por exemplo em ULPIANO: (...)

ius suum cuique tribuendi (D.1.1.10.pr.), atribuir o seu a cada um, procurando o justo em cada caso, *boni et aequi notitiam profiteamur* (D.1.1.1.1), objetivo que, segundo CELSO, caracterizava a própria arte, *ius est ars boni et aequi* (D.1.1.1pr). Além disso, é também por esta razão que, em várias línguas, o nome dado ao saber em aqui em causa denota retidão, probidade: direito, *derecho*, *droit*, *diritto*, *Recht*.⁸⁹

Aqui chegados, estamos em condições de afirmar uma importante característica do direito de acordo com a conceção do realismo clássico. Se está em causa a determinação de uma situação de equilíbrio e a consequente justa atribuição, então, o que se visa no direito é, em primeira linha, a enunciação de tal situação. O direito é, assim, algo que «se diz», daí que a atividade dos tribunais seja a jurisdição⁹⁰, *juris dictio*, materializada no julgamento ou juízo, *ju-dicium*, pelo que o «juiz significa aquele que diz o direito»: «*judex autem dicitur quasi ius dicens*» (ST II-II, 60, 1, co.). Não se trata, portanto, de impor comportamentos – rejeitando-se a ideia do chamado direito «objetivo», oposto ao direito «subjetivo»⁹¹ –, mas de determinar certa situação⁹² (adiante, no ponto 4.2 aprofundar-se-á esta matéria).

2.2. Relação entre direito e justiça e a noção do justo: as vertentes subjetiva e objetiva do realismo jurídico clássico

Analisada a noção genérica de direito de acordo com a conceção do realismo clássico, é agora essencial, para avançar e completar a sua compreensão, perceber qual a sua relação com a noção de justiça. De facto, compreender os termos desta relação é uma questão pertinente, já que pode parecer, *prima facie*, que se trata de sinónimos, uma vez que o direito foi descrito, entre outras fórmulas, como sendo a própria coisa justa. Não existindo uma relação de sinonímia entre os conceitos, existe, contudo, entre eles, uma

⁸⁹ Para uma análise aprofundada do significado de *derectum* bem como das razões da convergência semântica entre *ius* e *derectum* v. S. CRUZ, *Ius. Derectum (Directum)*, em especial as p. 42 e ss..

⁹⁰ Note-se que apenas as decisões judiciais, ou quaisquer outros atos jurisdicionais ou análogos, naturalmente, visam dizer o justo. Já os atos, próprios dos advogados, de aconselhamento jurídico não visam, em rigor, dizer o justo, mas aconselhar determinada conduta em face de vários fatores, nomeadamente do entendimento que os tribunais ou as entidades encarregadas da regulação de certa atividade tendem efetivamente, num juízo realista de tipo positivista, a seguir sobre certa questão, o qual pode ou não corresponder ao justo, à situação de equilíbrio.

⁹¹ Cfr. M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 112.

⁹² Argumentando no sentido de ser esta a finalidade que era atribuída ao direito no período romano, no qual se distinguia entre a *jurisdictio* e o *imperium*, v. S. BAUZON, «Dire le Droit», p. 17-22. Apresentando vários argumentos em favor deste entendimento v. M. VILLEY, «De l'indicatif dans de droit», p. 53-66.

grande proximidade. Para compreender os termos de tal semelhança é necessário considerar duas aceções de justiça, seguindo a distinção proposta originária e originalmente por ARISTÓTELES (EN, 1129b15 a 1130b25): a justiça geral e a justiça particular⁹³.

Em ambas está em causa a ideia comum e genérica de justiça, a qual consiste na virtude, ou seja, o hábito que dispõe quem dele partilha a agir de forma a dar o seu a cada um, *suum cuique tribuere* («é de comum entendimento que se deve designar por justiça o hábito que faz de nós capazes de ações justas»: EN, 1129a10), sendo que a marca distintiva da justiça geral reside na orientação da atribuição do seu de cada um à luz da finalidade do bem comum, ou seja, o que é devido a cada um é-o em função da sua contribuição para o bem comum. Por isso se pode afirmar que esta aceção da justiça constitui «a soma de todas as virtudes» (EN, 1129b30). Neste sentido, é justo qualquer comportamento idóneo a contribuir para a realização da finalidade última de cada um dos membros da sociedade: a felicidade, a concretização das tendências naturais presentes e verificáveis em cada ser humano – que correspondem aos preceitos da lei natural (cfr. *ST*, I-II, 94, 2, co.) – tais como a tendência para a conservação da vida, a tendência para a união conjugal, para a espiritualidade, para o trabalho e o lazer, para a sociedade política e para o associativismo, para a comunicação e para as várias formas de arte.

Neste sentido de justiça pode afirmar-se que é justo o ato que vise promover a realização das referidas tendências e que a situação justa correspondente, o justo geral, é aquela situação em que pessoas e organizações em condições de o fazer conferem a cada membro da sociedade as condições que permitem a realização das referidas tendências. Assim, é justo, por exemplo, o comportamento do Estado que promove, na medida do possível, a criação de emprego, o desenvolvimento da vida familiar ou a expressão artística, bem como o comportamento de quem, sendo rico, ajuda financeiramente quem é pobre ou de quem, dispondo de tempo livre, presta algum tipo de voluntariado. Está, portanto, em causa a realização de uma prestação justificada em função do respetivo efeito social benéfico, à luz da promoção das referidas tendências, entre qualquer pessoa ou organização em condições de a realizar e qualquer pessoa ou organização dela necessitada. Trata-se, portanto, de ser justo para com os outros na medida em que os outros são tidos como partes de um todo, já que «a parte, por tudo o que ela é, pertence ao todo e qualquer bem da parte deve-se ordenar ao bem do todo» (*ST*, II-II, 58, 5, co.).

⁹³ V. M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 121-7, M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 46-51, L. LACHANCE, *Le Concept de Droit*, p. 276-91, J. HERVADA, *Crítica Introdutória*, p. 45-54.

Por exemplo: se alguém rico ajuda financeiramente alguém pobre – favorecimento da parte –, fá-lo com o intuito de contribuir para a redução da pobreza – contribui para o favorecimento do todo, do bem comum – sendo, nessa medida, indiferente ajudar este ou aquele pobre. A prestação que realiza o justo geral é, portanto, motivada por um fator – o bem comum – externo à relação entre as duas partes envolvidas e a «coisa equilibrada», ou «coisa justa», é a relação de adequação entre a prestação efetuada por qualquer pessoa ou organização que esteja em condições de contribuir para o bem comum e a situação em que se encontre qualquer pessoa ou organização necessitada de tal prestação. Por isso, esta aceção de justiça é também chamada justiça legal, uma vez que o conceito tomístico genérico de lei é a orientação da razão – entendida aqui como a capacidade dos homens deliberarem certos fins de modo a orientarem as suas ações (*ST*, I-II, 1) – para o bem comum, *rationis ordinatio ad bonum commune* (*ST*, I-II, 90, 4, co.).

Já a justiça particular consiste na virtude que dispõe quem dela partilha a agir de forma a dar o seu a cada um, *suum cuique tribuere*, apenas naquelas situações em que está em causa a realização de um bem particular. Está aqui em causa uma relação específica entre membros da sociedade que gera uma situação em que um deles dá ou retira algo a outro membro, ou uma relação em que o conjunto da sociedade, normalmente representado pelo Estado, dá algo aos seus membros, sendo que nessas relações se impõe que prestação seja realizada de certa maneira. Está, portanto, em causa um bem particular na medida em que diz imediatamente respeito à relação particular entre os dois membros, sendo nessa relação que se encontra a justificação da forma como a prestação deve ser realizada, dado que as características de tal relação «pedem» ou «sugerem» uma prestação realizada de certa maneira, com certas características, com certa medida. Alguns exemplos: se, numa relação contratual entre duas partes, uma incumprir o contrato, poderá a outra exigir da primeira uma compensação na medida das consequências do incumprimento; se um consumidor não foi informado de um elemento essencial de um contrato que celebrou com um profissional, poderá ver esse elemento considerado como não integrante do contrato; se o Estado determinou que certa atividade está sujeita a determinado montante de imposto, poderá exigir tal montante de quem, no âmbito da sua jurisdição, exercer a mesma atividade. Está, portanto, em causa uma relação entre dois membros ou atores da sociedade enquanto indivíduos ligados por uma relação que, em si mesma, não visa o bem comum, mas apenas os interesses dos membros de tal relação. Neste sentido de justiça pode afirmar-se que é justo o comportamento da parte que realiza a prestação que decorre da relação com a outra parte, e que a situação justa

correspondente, o justo particular, é aquela situação em que são efetuadas as prestações exigidas por este tipo de relações. A prestação que realiza o justo particular é, portanto, motivada por um fator – o bem particular – inerente à relação entre as duas partes envolvidas e a «coisa equilibrada» ou «coisa justa» é a relação de adequação entre a prestação efetuada por uma parte dessa relação e a situação em que se encontra a outra parte em função da mesma relação.

Note-se que estas duas concepções de justiça têm em comum a circunstância de procurar orientar os comportamentos no âmbito das relações sociais interpessoais, dado que não é concebível qualquer forma de justiça dirigida para si próprio, sendo sempre necessário que o justo assente numa relação de alteridade, que envolve uma prestação de alguém a outrem, pois o equilíbrio pressupõe a comparação entre dois termos (*ST*, II-II, 58, 2, co.). Mas, enquanto que a justiça geral visa o bem comum, finalidade cuja realização corresponde à efetivação da moral social baseada na realização dos fins naturais do homem (lei natural) no âmbito das relações sociais interpessoais, a justiça particular visa simplesmente o bem particular, ou seja, o equilíbrio ou justo meio-termo em tais relações, determinado em função das características das mesmas e não através da adoção de qualquer moral social, recorrendo apenas à análise de cada situação (conforme se explicará desenvolvidamente no ponto 3.4.3).

Vista esta distinção fundamental, estamos em condição de compreender qual a relação entre a justiça e o direito. O direito, na sua aceção mais ampla, é o objeto da justiça, «*ius est obiectum iustitiae*» (*ST*, II-II, 57, 1, co.), ou seja, é a situação objetiva da realidade social interpessoal na qual a virtude da justiça se encontra num estado «realizado» ou «cumprido», sendo, correlativamente, a justiça, também na sua aceção mais ampla, englobando tanto a geral como a particular, o hábito de realizar essa situação em que se dá a cada um o seu, o que lhe pertence: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (D.1.1.10.pr.; destaque nosso). Contudo, como se verá de seguida, na prática apenas se pode aceder ao conhecimento do direito enquanto objeto da justiça particular, pelo que a única concepção funcional de direito é aquela da qual decorre o seu entendimento como objeto da justiça particular. Para compreender porquê, é necessário avançar na análise desta distinção.

A distinção entre justiça geral e justiça particular permite expor as duas vertentes que se podem descortinar no entendimento que os AA do realismo clássico têm apresentado

relativamente ao mesmo⁹⁴. Uma vertente subjetiva, cujo representante mais destacado julgamos ser JAVIER HERVADA, e que defende uma compreensão da fórmula de ULPIANO centrada essencialmente no sujeito a quem é devido o seu, concretamente na sua dignidade enquanto pessoa humana (daí esta conceção ser qualificada de personalista⁹⁵) a quem devem ser reconhecidos direitos em função dos seus fins naturais⁹⁶ (lei natural), concretamente os relevantes em cada situação, ou seja, uma conceção do direito centrada na determinação do justo geral, mas sem excluir também o justo particular⁹⁷. O justo geral, sendo identificado com a realização da lei natural no âmbito das relações sociais interpessoais, faz com que, nesta conceção, a lei natural seja estruturante do próprio direito, razão pela qual a lei natural aplicada àquele âmbito também se designa por direito natural.

Por outro lado, é possível identificar uma vertente objetiva do realismo clássico cujo representante mais destacado julgamos ser o A a quem se deve o maior impulso na divulgação e no estudo do realismo clássico na época contemporânea⁹⁸: MICHEL VILLEY. Segundo esta vertente, dar o seu a cada um consiste essencialmente na análise da situação objetiva em que os sujeitos se encontram, nomeadamente as características da relação social que os une, sendo em tal análise da realidade que reside a chave para determinar o justo equilíbrio. Trata-se, portanto, de uma vertente que encara o direito exclusivamente como a procura do justo particular. Além disso, é a importância que, nesta vertente, é concedida à análise da realidade de cada caso que justifica que se empregue a qualificação de «realismo» e de «natural» às duas designações dadas à corrente que temos vindo a analisar: realismo jurídico clássico e direito natural clássico.

⁹⁴ Apontando no sentido da possibilidade desta distinção S. BAUZON, *Le métier de juriste*, p. 173-4.

⁹⁵ Sobre o «juspersonalismo» v. a descrição sucinta de M.B. CHORÃO, «A questão da verdade do direito», pp. 589-92.

⁹⁶ J. HERVADA, *Crítica Introdutória*, p. 54 e 135 e ss. No mesmo sentido, entre outros, v. M.B. CHORÃO, *Pessoa Humana, Direito e Política*, p. 41-5, R. LUIS VIGO, *Visión Crítica*, p. 42-5, A. DAVID BUSO, *El Derecho Natural*, p. 153-5, F. PUY MUÑOZ, *Teoría dialéctica do Direito Natural*, pp. 295-326 e C.I. MASSINI CORREAS, *La Ley Natural*, pp. 165-79 e 249-50.

⁹⁷ V. J. HERVADA, *Crítica Introdutória*, p. 45-53, R. LUIS VIGO, *Visión Crítica*, p. 26-8 e F. PUY MUÑOZ, *Teoría dialéctica do Direito Natural*, pp. 436-40.. Para uma possível explicação das razões do não abandono da consideração do justo particular por esta vertente v. M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 124-5.

⁹⁸ V. M.B. CHORÃO, «Michel Villey, paladino do Realismo Jurídico Clássico». Para um panorama muito completo, embora desatualizado, da influência do pensamento de VILLEY, v. R. RABBI-BALDI CABANILLAS, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, pp. 49 a 63. O estudo mais recente sobre a obra de VILLEY é o de S. BAUZON, *Le métier de juriste*. Além de BAUZON, podemos indicar, entre outros, como partilhando da mesma conceção de VILLEY AA como G. GRANERIS, *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*, pp. 23-6, P.G. DE SOUSA, *Direito Natural*, pp. 5 a 13 e M. BASTIT, *Naissance de la Loi Moderne*, pp. 158-63. Para um panorama muitíssimo completo dos AA que, nas suas obras, abordaram a conceção do realismo clássico, em ambas as suas vertentes, bem como de AA que defendem conceções com algum tipo de semelhança com o realismo clássico v. o elenco muito completo disponível em M.B. CHORÃO, «A questão da verdade do direito», pp. 581-5.

Afigura-se, portanto, essencial tomar posição quanto a esta questão de importância fulcral para o objeto da presente dissertação. Referimos já, e trata-se de um aspeto consensual a todos os AA do realismo clássico, que, segundo esta conceção, o direito é a determinação de um equilíbrio entre um excesso e um defeito, variando o entendimento de quais os critérios que se devem ter por referência para encontrar esse equilíbrio: apenas a análise das características da relação social interpessoal (vertente objetiva) ou também, e essencialmente, a realização das tendências humanas relevantes na situação em causa (vertente subjetiva). Está, portanto, em causa uma conceção de direito que consiste na determinação de um equilíbrio, uma medida entre um excesso e um defeito, o que pressupõe que o equilíbrio em causa seja determinável. Ora, ao se ter em conta o justo geral e o justo particular pode verificar-se que o justo geral visa um equilíbrio que não é possível determinar, enquanto que o justo particular visa um equilíbrio que é determinável.

Efetivamente, sendo possível determinar que, para a promoção do bem comum, o Estado deve, por exemplo, promover a criação de emprego já não é possível determinar em que medida, até que ponto, é que o Estado deve estar obrigado a fazê-lo para se considerar que está a agir de forma justa, de tal maneira que se a sua atuação não atingisse esse nível poder-se-ia exigir judicialmente ao Estado a sua adoção. Do mesmo modo, sendo possível determinar que, para a promoção do bem comum, quem é rico deve ajudar financeiramente quem é pobre, já não é possível determinar em que medida, em que montante, deve o rico ajudar o pobre. A determinação desta medida trata-se de algo que está no âmbito da discricionariedade de quem se encontra em condições de realizar esta prestação simplesmente porque não é objetivamente determinável. De facto, tratando-se de um ato que visa a moral social, que visa o bem do outro como instrumento para o bem comum, consiste necessariamente num ato de amor ao próximo que, como tal, não pode ter medida. «*Amor modum non admittit, cum humanus amor ex iis affectionibus fit, quorum virtus regula esse non potest*»⁹⁹: «o amor não tem medida, até ao ponto de não poder ter como regra a virtude»¹⁰⁰. O bem do outro, ainda que no âmbito das relações sociais interpessoais, é algo cuja medida nos escapa pois trata-se de algo relativamente ao qual se pode afirmar que «quanto mais, melhor». Naturalmente que existem limites à ajuda ao outro que, em concreto, se lhe dá, mas trata-se de limites motivados por

⁹⁹ M.A. PEGAS, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, t.V, ad.I, 65, gl.45, n.5.

¹⁰⁰ A.M. HESPANHA, *A Política Perdida*, p. 57.

condicionantes de ordem prática, exteriores à própria relação. Eis a visão esclarecida de VILLEY sobre este ponto: «Será possível dizer o *justo* no sentido geral? Eu creio que, embora acessível à inteligência divina, é para nós irrealizável; condenado a ser para nós apenas um ideal vago, que ninguém até hoje conseguiu determinar. É, em latim, o *justum*, um adjetivo indefinido; e não o [substantivo] *jus*, coisa definível. Nos artigos que consagra à justiça geral (qu. 58, art. 5 e 6) são Tomás evita a palavra *jus*. Parece-me que [ele] a reserva para um outro sentido, mais exato»¹⁰¹ (tradução nossa). Conclusão: sendo o direito um equilíbrio, uma medida ou um justo meio-termo, então o justo geral, a situação objetiva a que corresponde a realização exata da justiça geral, sendo embora um direito, não se trata de um direito a cujo conhecimento se possa aceder, dado que a respetiva medida (medida essa que constituiu uma característica distintiva da noção de direito) nos escapa. Está em causa, assim, no justo geral, apenas uma conceção utópica de direito.

Diferentemente se passa com o justo particular. Neste âmbito, a análise das características da relação social interpessoal em causa, por exemplo – recuperando as situações atrás expostas – entre contraentes, entre um consumidor e um profissional ou entre a administração fiscal e um contribuinte, permite aferir qual a prestação que, a ser realizada, corresponde ao justo meio-termo que equilibra o estado de desequilíbrio em que, face às referidas características, essa relação eventualmente se encontra. A análise das características de tal relação inclui – algo que desenvolveremos no ponto 3.4.3 – aspetos como a situação das pessoas envolvidas e valor dos bens em causa, e dessa análise resulta a identificação de uma justa medida: o pagamento de certo montante que repare os prejuízos causados pelo contraente inadimplente ao outro, a substituição, pelo profissional, de um bem adquirido por um consumidor cujo funcionamento não permita realizar a função exetável dos bens do mesmo tipo ou a sujeição a certo montante de imposto devido pela prática de determinada transação. Refira-se que, naturalmente, a determinação dessa justa medida está longe de estar isenta de dúvidas e de poder ser feita de modo inequívoco, razão pela qual essa determinação deve seguir certo método, que abordaremos no ponto 4. No entanto, interessa agora sublinhar que é possível levar a cabo a determinação do justo particular de forma argumentada com base em critérios de análise da própria relação social interpessoal que esteja em causa, analisando as suas características, algo que não ocorre com o justo geral. É possível, portanto, encontrar um

¹⁰¹ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 124.

direito, uma justa medida, no âmbito da determinação do justo particular, razão pela qual tomamos posição pela vertente objetiva do realismo clássico, sendo esta a noção de direito que procuraremos defender e caracterizar nos pontos 3.4 e 3.5. Esta possibilidade de dizer o justo particular é, aliás, a razão que explica o «interesse privilegiado que lhe dedicam» AA não juristas como ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO, dado que o justo particular constitui «a forma mais completa que nós conhecemos da Justiça»¹⁰².

Por fim, importa também esclarecer que o facto de defendermos que o direito, na conceção do realismo clássico, consistir na procura do justo particular não significa que a procura pelo justo geral não seja relevante na determinação do conteúdo das leis. Efetivamente, muitas leis visam, precisamente, prosseguir o justo geral: leis que atribuem subsídios a quem deles necessita, leis que atribuem benefícios fiscais a empresas que levem a cabo certas iniciativas de responsabilidade social ou leis que regulem o exercício de alguma atividade industrial. No entanto, a relevância da prossecução destas finalidades, do justo geral, não se dá, pela razão indicada, no âmbito do direito, mas antes no da motivação política subjacente ao órgão legislativo relevante. Não está em causa, portanto, a enorme relevância prática da prossecução do justo geral, a qual pode ser maior do que a relativa ao justo particular – «a amizade [entre Estados e os cidadãos, que visa o justo geral] parece manter a coesão dos Estados e os legisladores parecem estar mais preocupados com ela do que com a justiça» (EN, 1155a25) –, mas apenas a consideração de que a essa prossecução não corresponde um direito, uma justa medida. Não é possível, por exemplo, na ausência de qualquer disposição legal que o estabeleça, determinar um montante de certo subsídio ou o tipo de certa prestação social que seja devido a quem se encontre em dificuldades financeiras, ou um montante de imposto que o Estado possa exigir a pessoas ou empresas. Neste âmbito só poderão existir «normas programáticas». A definição desses montantes é apenas definida «arbitrariamente» (relativamente à noção de justiça, mas de acordo com critérios de ordem diversa como opções políticas ou a necessidade do Estado de tributar mais ou menos ou a sua disponibilidade para conceder mais ou menos apoios sociais) pelos órgãos legislativos competentes, gerando-se, todavia, uma busca legislativa pelo justo geral gera soluções legais que, por sua vez, resultam na criação de relações sociais interpessoais nas quais é possível determinar o justo particular e, portanto, as quais se encontram no âmbito do direito. Por exemplo: se

¹⁰² Ibid., p. 125 (tradução nossa). Refira-se incidentalmente que a distinção entre justo particular e justo geral é precisamente o que permite distinguir o direito da moral e a conseqüente possibilidade de entender o direito como uma arte com um objeto próprio (cfr. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 57).

uma norma legal concede um benefício fiscal a sociedades comerciais que ofereçam aos respetivos trabalhadores um infantário onde possam deixar os seus filhos, estabelece-se, por hipótese, uma relação, entre o Estado e uma sociedade que disponibilize um infantário aos seus trabalhadores. Nesta relação, a exigência, pela dita sociedade ao Estado, do benefício fiscal correspondente consiste no justo particular. Mas, situações como esta não inviabilizam a relevância da distinção entre justo geral e particular nem a consideração de que o direito apenas visa o segundo, dado que é distinguível o que nelas respeita ao âmbito da feitura das leis (justo geral) e ao âmbito, cuja relevância é necessariamente posterior, de determinadas relações sociais interpessoais enformadas pelas leis (justo particular). Aprofundaremos esta questão *infra*, no ponto 4.4.2.2, onde se perceberá melhor em a função este tipo de leis (chamadas leis determinativas). Para terminar, resta ainda referir que, embora muitas leis visem o justo geral (embora com relevância indireta para a determinação do justo particular), há outras que visam apenas particular, tais como as normas que regulam a responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa ou a interpretação e o cumprimento dos contratos, matéria que também se abordará naquele ponto.

2.3. O direito entendido como o resultado de uma arte, a arte judiciária

Vistos os traços gerais da conceção do realismo clássico e tomada uma posição sobre a conceção do mesmo que se adota e que será defendida, é necessário agora esboçar os traços gerais do entendimento da metodologia adequada à referida conceção.

A este respeito, é relativamente comum encontrar o direito – e o mesmo sucede com outras atividades, quando se pretende realçar que a sua realização exige especial perícia ou habilidade ou que o respetivo resultado é especialmente aprimorado ou requintado - qualificado como uma arte – em contraposição à qualificação, por vezes também utilizada, como ciência, ou seja, como um saber especialmente preciso ou estruturado, embora aquela qualificação seja frequentemente mais casual do que resultante de uma reflexão acerca da natureza do direito. Trata-se, contudo, de uma qualificação que se entende ser adequada, ainda que necessitada de uma importante precisão. Os motivos de tal adequação (e precisão) dependem não só da determinação fundamentada da natureza do direito – objetivo do ponto 3.4, que se procurará fazer segundo determinada visão de tal problemática, coincidente com a referida vertente objetiva do realismo clássico – mas também da explicitação do conceito de arte adotado: é o que se fará agora, procurando

explicar a razão de o entendimento do direito segundo o realismo clássico – a fundamentar posteriormente, repete-se – implicar uma importante ligação entre direito e arte.

Adota-se o conceito tomístico de arte¹⁰³, segundo o qual arte é a reta razão aplicada às obras que se realizam, à produção de coisas – «*ars nihil aliud est quam ratio recta aliquorum operum faciendorum*» (ST, I-II, 57, 3, co.), «*ars est recta ratio factibilium*» (ST, I-II, 57, 4, co.) –, no sentido em que consiste numa virtude que permite conferir retidão à produção de coisas, sendo tal retidão entendida como o hábito que permite ao agente – daí a qualificação como virtude (ST, I-II, 55, 3, co.) – saber produzir a coisa de modo a que esta realize a respetiva finalidade (cfr. ST, I-II, 18, 2). Arte, neste sentido, é um conceito muito amplo que inclui não só as matérias que estamos normalmente habituados a qualificar como arte – as belas-artes – mas também qualquer outra atividade que envolva a produção de alguma coisa – aí se incluindo as artes mecânicas ou aplicadas¹⁰⁴ –, de algo dotado de autonomia relativamente à atividade que a produz, de algo «novo» que altera a realidade. Exemplos de tais atividades: a medicina, que envolve a análise do paciente para determinar qual o tratamento idóneo para a cura do mesmo, bem como, em certos casos, a aplicação de tal tratamento; a carpintaria, que visa a fabricação de peças em madeira destinadas a certa utilização; a agricultura, que visa o cultivo do solo para a produção de alimentos.

Em qualquer forma de arte a produção da «coisa» implica, da parte do agente, o domínio dos conhecimentos relativos às características e ao funcionamento da realidade com base na qual é efetuada aquela produção. Seguindo os mesmos exemplos, a arte da carpintaria implica conhecimentos relativos às características da madeira e ao funcionamento dos instrumentos usados; a arte da medicina implica conhecimentos relativos às características e ao funcionamento tanto do corpo humano como das terapias e medicamentos necessários à realização da saúde. Efetivamente, é com propriedade que se designa estes conhecimentos de *leges artis*. A este tipo de conhecimento chamamos

¹⁰³ É irrelevante fundamentar a razão porque se adota este conceito de arte e não outro, dado que apenas se adota tal conceito porque o mesmo é especialmente idóneo para a compreensão do direito, como se explica no texto.

¹⁰⁴ Estas, no entendimento de AA tardo-medievais que lhes deram essa designação (o melhor exemplo é HUGO DE S. VÍTOR) e descontinuaram a anterior denominação pejorativa de artes servis ou vulgares, visavam a melhoria de condições de vida, sendo que houve, portanto, da parte destes AA, uma promoção da dignidade destas formas de arte, de forma a não as inferiorizar relativamente às clássicas artes liberais, cuja dignidade seria superior em razão da sua natureza teórica, e às quais se podia dedicar quem não tivesse preocupações de ordem prática. Sobre esta matéria v. o excelente resumo de L. SHINER, *The Invention of Art*, pp. 28-30

conhecimento artístico-especulativo, uma vez que se trata de um conhecimento teórico de determinado objeto e não de um saber-fazer.

Mas, além disso, a produção de uma «coisa», virtude da arte, implica necessariamente determinada conduta, a conduta através da qual a «coisa» é produzida. Esta conduta tem de ser orientada por uma técnica que, juntamente com o conhecimento artístico-especulativo, permite ao agente produzir a «coisa». A este tipo de conhecimento chamamos conhecimento artístico-prático, uma vez que se trata de um conhecimento incidente sobre a forma como produzir algo novo, a «coisa» que a arte visa realizar. Trata-se de um tipo de conhecimento de muito mais difícil descrição ou análise, dado que está em causa um saber-fazer – daí que só nessa reduzida medida se pode ainda falar de «conhecimento» –, algo só verdadeiramente adquirível através da prática repetida da arte em causa, pela qual o agente adquire o referido hábito que lhe confere a aptidão necessária para que o objeto da sua arte seja idóneo ao cumprimento da respetiva finalidade. Por esta razão, este conhecimento artístico-prático constitui a dimensão mais relevante e característica da virtude da arte, aquele em função do qual a arte é adequadamente qualificada de virtude, ou seja, de um *habitus* capaz de dotar o agente da destreza necessária ao correto exercício da arte.

Tal como se referiu no início deste ponto, o direito pode ser visto como uma arte. Mas, tal como também aí se referiu, essa perspetiva só pode ser devidamente compreendida se se tiver em conta uma importante precisão. Tão importante que se começará por abordar a precisão antes da afirmação. Ao se afirmar que o direito pode ser visto como uma arte, está a empregar-se o termo «direito» não no seu sentido próprio, mas num sentido derivado, no sentido em que o direito – aqui empregue no seu sentido próprio – é o resultado de uma forma de arte, a arte que visa, precisamente determinar o direito aplicável aos casos concretos, a arte que visa «dizer» o direito, ou seja, a arte que visa a jurisdição, a «arte judiciária»¹⁰⁵. É, efetivamente, na função própria do juiz que se

¹⁰⁵ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 311-2. Por ser de uma clarividência espantosa, transcreve-se aqui a passagem da *ST* onde TOMÁS DE AQUINO especifica e diferencia as várias acepções de *ius*: «deve dizer-se que é habitual que os nomes sejam desviados da sua aceção primitiva para significar outras coisas. Assim o termo *medicina*, foi empregado primeiro para designar o remédio ministrado ao enfermo para curá-lo; depois foi aplicado à arte de curar. Assim também a palavra *direito* foi empregada primeiramente para significar a própria coisa justa; em seguida, estendeu-se à arte de discernir o que é justo [*artem qua cognoscitur quid sit iustum*]; ulteriormente, passou a indicar o lugar onde se aplica o direito ao dizer, por exemplo, alguém comparece ao *júri*; finalmente, chama-se ainda direito o que foi decidido por quem exerce a justiça, embora seja iníquo o que foi decidido» (*ST*, II-II, 57, 1, ad. 1). Esta abordagem assenta também na pertinência da comparação entre a arte judiciária e a arte médica. Sobre essa questão v. n. 282.

encontra a arte que tem em vista uma decisão que determine o direito aplicável ao caso, a qual, como arte que é, é constituída por uma parte especulativa – o conjunto dos conhecimentos necessários para que o juiz possa formular a decisão – e por outra parte prática – que consiste na orientação dialético-prudencial do julgador para a determinação da decisão (conforme se aprofundará no ponto 4.2).

Visando esta forma de arte a decisão do caso concreto – sendo este o seu «produto», aquilo que esta arte visa produzir, não está, como se verá no ponto 4.1, em causa a produção de algo novo que altere a realidade, pelo que a arte judiciária é uma arte apenas em sentido impróprio, como também nesse ponto se verá –, tal decisão consiste, adotando-se a concepção do realismo clássico, na determinação do justo particular *in casu*, caracterizado no ponto anterior: «*ars qua cognoscitur quid sit justum*» (ST, II-II, 57, 1, ad. 1). A fundamentação da verdade desta última afirmação – ou seja, de que a finalidade das decisões dos tribunais é a determinação do justo particular –, central para o objetivo da presente dissertação, será efetuada no ponto 3.4. Como aí se verá, o justo particular do caso concreto constitui, ele próprio, uma forma de conhecimento especulativo, no sentido em que se trata de determinar o conhecimento de uma realidade-ideal, uma realidade não efetiva mas latente e que se procurará efetivar apenas após a decisão judicial. Neste âmbito está em causa a finalidade do direito.

Já na questão da arte judiciária reside o enquadramento adequado para compreender o problema da metodologia jurídica, sendo que esta problemática apenas poderá ser devidamente compreendida se antes se analisar e fundamentar devidamente a questão do objetivo¹⁰⁶, da finalidade de tal arte, o justo particular *in casu*. Daí que apenas no ponto seguinte a essa análise finalística (ponto 4) se tratará de abordar a questão metodológica, apresentando-se a metodologia jurídica resultante do entendimento da função jurisdicional como uma forma de arte como uma metodologia especialmente indicada para a prossecução do justo particular. Assim, da análise do método seguido pelos tribunais resultará também outro argumento em favor da verdade de tal objetivo.

¹⁰⁶ Efetivamente, qualquer concepção acerca da metodologia jurídica tem pressuposta, independentemente de tal ser ou não ser assumido expressamente, alguma concepção acerca do sentido e da finalidade do direito. Neste sentido A. CORTÊS, «Para uma metodologia jurídica integral», pp. 79-81.

3. A natureza do conhecimento jurídico

3.1. Introdução

Acabou-se de referir que o funcionamento da arte judiciária visa o conhecimento de uma certa realidade-ideal, o justo particular. Tome-se esta afirmação, por enquanto, como hipótese a fundamentar neste ponto 3. No entanto, como forma de iniciar o *iter* de tal fundamentação, julga-se adequado, por ser incontroverso, assumir que os tribunais visam, nas suas decisões, determinar o direito aplicável ao caso, sendo que por «direito» se entende algum tipo de conhecimento, ou seja, algum tipo de conjunto de ideias ou noções sobre determinado objeto, cuja índole, naturalmente, variará consoante a conceção de direito que se adote. Todavia, independentemente desta, designar-se-á tal conjunto de ideias ou noções por «conhecimento jurídico», como forma de denotar que está em causa um conhecimento especulativo ou teórico, um conhecimento de certo objeto, e não um saber-fazer. Note-se que aqui só está em causa a análise da natureza do direito e não a problemática da metodologia jurídica, a qual, como se referiu no ponto anterior, contempla, na nossa visão, uma parte especulativa e outra prática; aqui simplesmente se chama a atenção para o facto de o problema da natureza do direito ser um problema de caracterização de um conhecimento especulativo, daí que se adote a designação «conhecimento jurídico».

3.2. Breve elenco, não exaustivo, das propostas mais difundidas de caracterização da natureza do conhecimento jurídico

Começar-se-á por apresentar um breve elenco, naturalmente não exaustivo, das propostas mais difundidas de caracterização da natureza do conhecimento jurídico, adotando-se uma classificação de acordo com o tipo de conhecimento que cada uma de tais propostas defende estar em causa no conhecimento jurídico. O propósito desta abordagem é instrumental: permitirá, além de traçar um panorama genérico do estado da arte nesta matéria, contrastar estas propostas com a do realismo clássico, possibilitando, nos próximos pontos, a justificação da nossa adoção desta e rejeição daquelas. Procedese, portanto, a uma fundamentação da opção pelo realismo clássico enquanto hipótese explicativa da natureza do conhecimento jurídico.

3.2.1. O conhecimento jurídico como um conhecimento genericamente abstrato

3.2.1.1. *Conhecimento abstrato de natureza sistémica, baseado na conformidade com um sistema fechado e formal ou aberto e móvel*

Referimos já, no ponto 2.1.1, a importância da influência do nominalismo no ideário renascentista, enformado pelo ressurgimento, em vários AA deste período, das três escolas pós-aristotélicas, o estoicismo, o ceticismo e o epicurismo. Embora não seja possível traçar uma clara linha de continuidade entre os AA renascentistas influenciados por aquelas escolas e os AA do período moderno e contemporâneo que formularam as concepções predominantes sobre a natureza do conhecimento jurídico, é possível esboçar uma ligação entre uns e outros, com proveito para a compreensão dos últimos.

Assim, pretende-se, neste primeiro ponto, esboçar tal ligação relativamente às várias concepções contemporâneas sobre a natureza do conhecimento jurídico que o entendem como um conhecimento abstrato e de natureza sistémica.

Referimos já que o surgimento da concepção do direito na forma de sistema se dá no seguimento do reaparecimento do ideário estoico em AA como DONEAU ou GRÓCIO e teve continuidade nos AA da escola do jusnaturalismo racionalista, tais como LEIBNIZ ou PUFENDORF. O racionalismo tipicamente estoico, cujas implicações no direito já enunciámos, encontra, no século XVII, um forte impulso no âmbito do idealismo cartesiano, que acentua a necessidade de o conhecimento ser evidente e irrefutável, especialmente no que toca aos seus princípios fundamentais, sendo que deste se poderia avançar no conhecimento, sem perda de certeza, por meio de dedução.¹⁰⁷

Todavia, ao acentuar do papel da razão, veio juntar-se o entendimento que a ordem jurídica era fundamentada por um acordo de vontades. Trata-se da concepção contratualista inspirada pelo reavivamento do ideário epicurista, que também já abordámos e do qual destacamos a preocupação com a segurança, entendida como previsibilidade das imposições legais, e que podemos encontrar em AA como HOBBS ou LOCKE, cujos gérmenes já constavam da obra de SUÁREZ e remontam ao nominalismo¹⁰⁸. Racionalidade – na qual se inclui, como parte essencial, a referida preocupação com a previsibilidade -

¹⁰⁷ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 307-15.

¹⁰⁸ V. o que se referiu no ponto 2.1.1.

e voluntarismo conjugam-se para dar lugar às duas escolas de pensamento jurídico novecentistas que entenderam o direito como sistema.

Referimo-nos, em primeiro lugar, à escola da exegese¹⁰⁹ cuja manifestação mais significativa pode ser encontrada no movimento da codificação. Os códigos napoleónicos constituíam a tradução da vontade popular em sistemas de leis positivas que consistiam numa «espécie de positivação tanto da história como da razão» e que, devido a tal fundamento racional e democrático, pareciam constituir autênticos «monumentos legislativos de há muito desejados, cientificamente fundados, democraticamente legitimados e politicamente convenientes», dos quais poderia ser deduzido o enquadramento legal de quaisquer factos e perante os quais «não poderiam valer quaisquer outras fontes de direito»¹¹⁰.

Mas a conceção sistemática do direito viria a conhecer a sua forma mais marcante e influente no âmbito da jurisprudência dos conceitos ou Pandectística¹¹¹, escola de pensamento muito influente, na Europa e fora dela, que está na origem do CC alemão de 1900. Insere-se no âmbito da chamada escola histórica alemã que procura, em reação ao legalismo da escola da exegese, dar relevância jurídica ao chamado «espírito do povo» (*Volkgeist*), revalorizando o papel do costume e da doutrina, dado que, relativamente à última, esta escola defende que os estudiosos do direito têm um papel essencial na «revelação organizada e sistemática do espírito do povo»¹¹². Este, para a Pandectística, traduz-se na identificação doutrinal da «alma» das instituições jurídicas, ou seja, dos princípios ou conceitos estruturantes do ordenamento jurídico – exemplos: o princípio da vontade no domínio dos negócios jurídicos ou o da elasticidade, no âmbito da propriedade -, essenciais para a sua autossuficiência e coerência, condições da sua sistematicidade e racionalidade, sem descurar o voluntarismo que decorre da importância dada à fidelidade à cultura da Nação. Tais conceitos permitem que o direito seja encarado como um sistema conceitual dotado de vivacidade, pois eles viabilizam, pela sua abrangência e consequente elasticidade no âmbito do trabalho jurisprudencial construtivo, a subsunção nas normas em que os mesmos se encontram, explícita ou implicitamente, consagrados de quaisquer factos da vida («dogma da plenitude lógica do ordenamento»), gerando as soluções do

¹⁰⁹ V. A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 401-9.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 402.

¹¹¹ Sobre esta escola v. F. WIEACKER, *História do Direito*, p. 491-501 e A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 413-22. Teve como principais AA GEORG PUCHTA, HEINRICH DERNBURG e BERNHARD WINDSCHEID.

¹¹² A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, p. 412.

caso, dado que estas sempre se encontrariam contidas no sistema, ainda que de forma latente. De fora do raciocínio jurídico deveriam estar, portanto, considerações exteriores ao sistema, concretamente as de carácter ético, político ou económico¹¹³.

De notar que a sistematicidade advogada por esta escola de pensamento se insere claramente na linha do formalismo kantiano¹¹⁴, segundo o qual a adequação do conhecimento decorre essencialmente da coerência interna de determinado ramo do saber relativamente a conceitos gerais e estruturantes do mesmo. No que toca ao direito, este é encarado, na conceção kantiana, como consistindo um sistema cujo princípio gerador de sentido é a determinação das condutas humanas de modo a permitir «a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direitos»¹¹⁵, que, por sua vez, estabelece as condições necessárias à possibilidade da realização de ações moralmente boas. Direito e ética são, assim, totalmente distinguíveis.

É também nesta linha de pensamento que se insere¹¹⁶ a obra do A que, provavelmente, mais clara e fortemente defendeu o carácter sistemático do direito: HANS KELSEN. Também para este A o critério de validade das normas e, conseqüentemente, de adequação das soluções jurídicas deve ser encontrado no funcionamento interno do sistema normativo. Efetivamente, uma norma é jurídica, e, portanto, obrigatória, na medida em que se conformar com o disposto numa norma hierarquicamente superior. Trata-se de uma conceção sistemática em forma piramidal, que entende que cada norma jurídica está sempre numa relação de hierarquia com outra norma superior, exceto a norma cuja função é a de conferir juridicidade a todas as outras, a «norma fundamental» vértice da pirâmide, cujo conteúdo não passa de uma enunciação do próprio sistema proposto: toda a norma estabelecida de acordo com o previsto no sistema – nomeadamente com o disposto na Constituição - deve ser observada¹¹⁷. Esta conceção sistémica do direito está, embora não exclusivamente, ao serviço da conceção kelseniana da teoria política. Esta tem em vista criar as condições para a maior liberdade individual possível através de decisões tomadas pela regra da maioria que permitiriam que a vida em sociedade interferisse o menos possível em tal liberdade, pois cada pessoa sujeita

¹¹³ F. WIEACKER, *História do Direito*, p. 492.

¹¹⁴ V. A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 414 e 417 e, em especial, o prefácio de VILLEY à tradução francesa de E. KANT, *Métaphysique des moeurs*.

¹¹⁵ F. WIEACKER, *História do Direito*, p. 402.

¹¹⁶ Para uma descrição dos termos de tal inserção, v. J. LAMEGO, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana*, pp. 125-7.

¹¹⁷ H. KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, pp. 141-3.

àquelas decisões participaria também na tomada das mesmas.¹¹⁸ Ora, só seria possível garantir tal otimização da liberdade individual se as decisões tomadas por maioria se traduzissem num sistema legal autossuficiente e fechado a quaisquer perturbações extrasistemáticas, nomeadamente políticas ou sociais, de modo a que as obrigações dele decorrentes sejam previsíveis e circunscritas à vontade da maioria.¹¹⁹ Não é difícil, portanto, descortinar aqui que o ideário kelseniano relativo ao sentido do direito se inscreve tanto na linha da herança epicurista, tal como a podemos encontrar em HOBBS ou LOCKE, que vê na segurança e no respeito pela vontade geral os valores jurídicos essenciais¹²⁰, como na linha do reavivamento do ideário estoico, preocupado com a construção de um saber hierarquicamente ordenado e, porque racional, acessível a todos, de modo a que cada um pudesse aferir o âmbito da respetiva liberdade individual.

Aqui chegados, podemos afirmar que todos estes AA, naturalmente sem prejuízo das diferenças entre a abordagem de cada um, partilham a conceção do direito como um sistema fechado e formal. Fechado porque o direito é entendido como um sistema normativo, ou seja, um conjunto ordenado de normas reguladoras do comportamento humano caracterizado pela sua autossuficiência. Esta implica a ideia que o sistema de normas contém em si a solução adequada para todos os casos, ainda que para a encontrar seja necessário seguir algum procedimento por parte do aplicador do direito para desvendar a solução que lá já se encontra contida. Tal procedimento justifica, precisamente, a qualificação do sistema como formal: encontrar a solução adequada dentro do sistema é exclusivamente uma questão de seguir certo procedimento, sendo que este apenas leva em conta os dados do sistema e se traduz, por exemplo, em regras de interpretação de normas ou de preenchimento lacunas que, aparentemente, o sistema poderá apresentar.¹²¹

Este entendimento do direito foi alvo de várias críticas. Essencial no questionamento da compreensão do direito como sistema é a obra de THEODOR VIEHWEG *Tópica e Jurisprudência*, cuja primeira edição data de 1953. Nela VIEHWEG defende a inadequação do pensamento sistemático para compreender o funcionamento do direito, propondo como alternativa o pensamento de tipo problemático ou tópico, que se abordará no ponto 4.3. Trata-se, em suma, de uma posição que defende uma metodologia jurídica baseada

¹¹⁸ H. Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, pp. 15-28.

¹¹⁹ P. GÜMPLOVÁ, *Sovereignty and Constitutional Democracy*, pp. 83-92.

¹²⁰ S. BAUZON, *Le métier de juriste*, p. 38-42.

¹²¹ Cfr. A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 420-2.

na variedade de pontos de vista sobre as características do caso como forma de encontrar a solução adequada ao mesmo. A incompatibilidade desta posição com a referida hipótese sistemática é patente, pois nesta a procura pela solução do caso é exclusivamente centrada no sistema e não no caso, pelo que este apenas suscita a procura de solução a efetuar no sistema. Pode, aliás, afirmar-se que o pensamento sistemático se opõe ao pensamento tópico ou problemático.

A defesa, por VIEHWEG, do método tópico provocou, em especial na doutrina alemã, uma importante reflexão sobre os termos da possibilidade e da adequação do pensamento sistemático à metodologia jurídica¹²². Esta reflexão originou o surgimento de uma nova conceção do direito como sistema¹²³, sendo, neste particular, de realçar o contributo da obra de CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. CANARIS reconhece que o sistema, concebido de maneira a que se pense dele poder, por via de um raciocínio lógico-dedutivo, inferir a solução adequada ao caso é inadequado para descrever a metodologia jurídica, pois considera que «os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal»¹²⁴, devendo tais pensamentos ser enquadrados no âmbito de uma «unidade interna de sentido»¹²⁵ de natureza valorativa ou axiológica. Assim é, considera este A, porque o encontro da solução adequada de cada caso implica a consideração dos valores que é necessário assegurar com tal solução, sendo que tal não decorre do raciocínio lógico, podendo mesmo ser contrária a este: «não é de modo algum lógico que (...) na aquisição *a non domino* pelo adquirente de boa fé o (outrora) não-titular deva adquirir o direito, em detrimento do (outrora) verdadeiro titular»¹²⁶, devendo para tal decisão relevar a análise dos valores envolvidos. Mesmo no âmbito dos processos da chamada lógica informal que se consideram relevantes no direito, como a analogia, o argumento *a contrario* ou *a fortiori*, é sempre decisiva a consideração valorativa, sendo especialmente relevante nessa tarefa os princípios jurídicos.

Contudo, estas considerações não levam CANARIS a abandonar a ideia de sistema para caracterizar o direito, considerando que tal ideia continua a ter toda a relevância se entendida de modo adequado às particularidades do direito. Para compreender esta

¹²² V., entre outros, K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 201-204 e C.-W. CANARIS, *Pensamento Sistemático*, p. 5-7.

¹²³ Cfr. K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 230-4.

¹²⁴ C.-W. CANARIS, *Pensamento Sistemático*, p. 32.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 30.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 34.

afirmação é necessário considerar, em primeiro lugar, que as características distintivas do sistema, presentes independentemente da forma concreta que o mesmo assuma, são a ordem, que visa «exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade», e a unidade, que se caracteriza por «não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais»¹²⁷. Ora, estas características estão presentes no sistema do direito uma vez que ao se considerar que, pelas razões indicadas, é essencial, para a determinação da solução adequada a cada caso, ter em conta os valores envolvidos no mesmo, então não só é possível encontrar, principalmente na lei e no costume, mas também «nos princípios gerais de Direito» - que CANARIS considera emanações da ideia de direito e de que é exemplo o «princípio da confiança»¹²⁸ -, um conjunto determinado de valores em que se deve centrar a discussão jurídica – sendo tais valores a realidade relevante para a característica da ordem – e que delimitam essa mesma discussão (unidade). Além disso, deixando o plano da possibilidade e entrando no da idoneidade da ideia de sistema no campo do direito, a ordem e a unidade caracterizadoras do direito são, para CANARIS, as «mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito»¹²⁹, uma vez que são condições da realização do «postulado da justiça» que implica o tratamento igual do que é igual e diverso do que é diverso, pois permitiriam «retomar “consequentemente” os valores encontrados, “pensando-os até ao fim”». Para este A é, portanto, indispensável para assegurar o respeito pelo princípio da igualdade que a solução do caso se alcance por referência ao conjunto de valores integrantes do sistema, evitando-se assim a dispersão valorativa em cada decisão e garantindo-se, assim, o «valor supremo»¹³⁰ da segurança jurídica.

Todavia – e este aspeto é fundamental para entender a originalidade do contributo de CANARIS – este A reconhece que, sendo a lei (e o costume) – da qual resulta, em primeira linha, os valores essenciais que baseiam a conceção sistemática, embora estes possam também resultar dos aludidos «princípios gerais de Direito»¹³¹ – um «fenómeno colocado no processo da História e, como tal, mutável»¹³², os referidos valores essenciais são também, paralelamente, mutáveis, afirmando mesmo que em tal característica pode

¹²⁷ Ibid., p. 12-13.

¹²⁸ Ibid., p. 122.

¹²⁹ Ibid., p. 18.

¹³⁰ Ibid., p. 22.

¹³¹ Ibid., p. 120-2.

¹³² Ibid., p. 110.

residir «uma especificidade da Ciência do Direito» relativamente a outras ciências. Daqui não retira CANARIS qualquer óbice ao entendimento do direito como sistema, antes vê a justificação de uma característica particular: o direito deve ser entendido como um sistema aberto¹³³. Tal abertura deve ser entendida como a possibilidade permanente de mutabilidade dos referidos valores apesar de, em cada momento, o sistema conservar as suas características distintivas da ordem e unidade.

Além da abertura, este A refere que, na lei, podemos encontrar critérios de valoração dos casos concretos enumerados de forma fixa, em que a decisão do caso deve ser determinada exclusivamente segundo os critérios definidos na lei – é o que ocorre sempre que se esteja perante uma «previsão normativa rígida»¹³⁴. Mas podemos também encontrar na lei outros casos onde os critérios de valoração não estão definidos de forma fixa mas antes móvel, ou seja, tais critérios são, em maior ou menor medida, deixados na discricionariedade do julgador, ainda que sem prescindir de algum balizamento. É o que ocorrerá, por exemplo, sempre que a determinação do montante de uma indemnização dependa da consideração das circunstâncias relevantes do caso¹³⁵ ou no caso das cláusulas gerais (ainda que quanto a estas CANARIS afirme uma diferença de grau relativamente ao sistema móvel no que toca à segurança jurídica¹³⁶). Nestes casos é possível ao julgador considerar «vários factores entre si, podendo um substituir o outro e sem que exista entre eles qualquer hierarquia rígida»¹³⁷, pelo que há mobilidade na relevância concreta dos mesmos. No entanto, os tais fatores que podem ser considerados pelo julgador são apenas aqueles em que se pode considerar existir «igualdade de categoria», ou seja, aqueles que a lei indica tal suscetibilidade – como ocorrerá, por exemplo, sempre a lei faça depender a aplicação de uma norma da verificação de certo estado de coisas (nomeadamente definido numa cláusula geral) e apresente uma enumeração não taxativa de casos em que se manifeste esse estado - ou que razoavelmente se possa considerar como relevantes para o caso¹³⁸, estando excluída a possibilidade de o julgador considerar quaisquer outros fatores. Por esta razão entende CANARIS que também nestes casos não há qualquer óbice ao entendimento do direito como sistema pois não se exclui a possibilidade de uma ordenação dos valores relevantes, «mesmo quando não se deva desconhecer que se trata

¹³³ Ibid., p. 109-12.

¹³⁴ Ibid., p. 143.

¹³⁵ Ibid., p. 135.

¹³⁶ Ibid., p. 143.

¹³⁷ Ibid., p. 135.

¹³⁸ Ibid., p. 135-8.

aqui de um caso limite»¹³⁹, devendo-se, portanto, admitir a possibilidade do direito como um sistema móvel.¹⁴⁰

Por fim, resta referir que CANARIS, apesar de se esforçar claramente por defender a relevância da ideia de sistema na caracterização do direito, não deixa de reconhecer que tal ideia não é suscetível de caracterizar todo o direito. É o que ocorre, nomeadamente, nos casos das chamadas «lacunas de valores»¹⁴¹, pois nestes casos não é possível encontrar no sistema quaisquer valores que permitam regulá-los adequadamente. Nestes, CANARIS admite que a sua regulação terá de ser encontrada segundo o método da tópica.

Procurando fazer uma análise de conjunto da proposta de CANARIS, continua a ser possível enquadrá-la tanto na linha do reavivamento do ideário estoico, que explica a necessidade de um saber racional caracterizado pela «ordem» e pela «unidade», como na linha das teorias contratualistas, que acentuam a necessidade de o direito ser determinado essencialmente em função do disposto na lei, garantindo-se assim a segurança enquanto previsibilidade do enquadramento legal dos casos, bem como o respeito pela intenção subjacente ao disposto na mesma. Efetivamente, até as características da abertura e da mobilidade apontam nesse sentido: a primeira resulta essencialmente de alterações legislativas e a segunda de opções legislativas no sentido da mobilidade do sistema.

Todas estas perspetivas acerca da natureza do direito partilham, além da filiação aos ideários estoico e contratualista em que temos vindo a insistir, outra importante característica, que enunciámos no título do presente ponto: o carácter abstrato do conhecimento jurídico. De facto, considerando que se está, neste ponto 3, a analisar o conhecimento jurídico, conhecimento especulativo de determinado objeto, as perspetivas que acabámos de abordar partilham a conceção de que tal objeto é constituído por uma abstração: as normas ou os valores que constituem o sistema. O conhecimento destes elementos é fundamental pois é neles que se encontra a solução dos problemas jurídicos concretos; conhecendo-os poder-se-á encontrar a distribuição de direitos e de deveres que decorre do sistema para o caso *sub judice*, sendo, portanto, possível determinar, em abstrato e por uma análise intra-sistemática, quais os direitos subjetivos de cada pessoa, com os correspondentes deveres, que cada uma podia exercer em cada caso consoante a sua

¹³⁹ Ibid., p. 134.

¹⁴⁰ Sobre a noção de sistema móvel v. o texto fundador de WALTER WILBURG «Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito» (cuja tradução portuguesa se encontra inserida no artigo de R. GUICHARD, «A ideia de um sistema móvel»), no qual CANARIS baseia a sua análise desta matéria.

¹⁴¹ C.-W. CANARIS, *Pensamento Sistemático*, p. 239-41.

vontade, numa perspetiva individualista de herança nominalista. O caso apenas detém um papel secundário, orientando a busca da solução no âmbito do sistema.

Dada esta característica do objeto do conhecimento jurídico, qualificamo-lo, de acordo as perspetivas abordadas, como um conhecimento abstrato, no sentido em que se trata de um conhecimento de um objeto abstrato. A mesma característica pode ser encontrada no entendimento acerca da natureza do direito que iremos abordar no próximo ponto.

3.2.1.2. Conhecimento abstrato de natureza material, baseado na conformidade com um conjunto de princípios essencialmente imutáveis

O entendimento do direito enquanto conhecimento abstrato, no sentido que acabámos de indicar, é também aquele que pode resultar da conceção do direito enquanto um conjunto de valores indisponíveis que se visa garantir, sendo esta perspetiva sobre o entendimento do conhecimento jurídico aquela que mais comumente se associa ao jusnaturalismo¹⁴². Tais valores são entendidos como sendo, no seu núcleo, perenes e universalmente válidos, por serem inerentes à condição humana; esta importância fundamenta a sua proteção por meio de uma ordem normativa acompanhada de poder de coação dirigido à proteção de tais valores: o direito. Este é, portanto e na sua essência, constituído pelo conhecimento de tais valores já que deles se afirma ser possível fazer derivar soluções válidas para casos concretos, razão pela qual falamos de um conhecimento abstrato de natureza material. Instrumento essencial para garantir o respeito por tais valores é a formulação de elencos de direitos subjetivos que permitiriam a cada pessoa exigir as condições para a efetivação de tais valores, sendo que, em função do carácter essencialmente perene e universal, esses direitos são entendidos como direitos humanos.

Na época contemporânea é possível identificar duas vagas do renascimento desta conceção do direito, integrantes do chamado movimento de «renascimento do direito natural»¹⁴³. Uma primeira que data do início do século XX com AA como STAMMLER¹⁴⁴,

¹⁴² V., entre outros, M. ATIENZA, *O Direito como Argumentação*, p. 51-3.

¹⁴³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 226-7.

¹⁴⁴ R. STAMMLER, *The Theory of Justice*, pp. 17-39.

GÉNY¹⁴⁵, REINACH¹⁴⁶ ou DEL VECCHIO¹⁴⁷. Outra que data do período seguinte à II Guerra Mundial e que inclui nomes como HELMUT COING¹⁴⁸, JACQUES MARITAIN¹⁴⁹ e JOHN FINNIS¹⁵⁰. Além destes mas em sentido muito próximo, é também possível integrar nesta visão acerca do conhecimento jurídico a posição que, no ponto 2.2, designamos como vertente subjetiva do realismo clássico, remetendo-se para os AA que aí identificámos como defendendo esta vertente. Efetivamente, esta procura defender que o direito visa essencialmente o justo geral, centrado na criação de condições sociais que permitam a realização das tendências naturais presentes e verificáveis em cada ser humano (lei natural), conforme explicámos naquele ponto. É precisamente esta posição que os AA referidos no início deste parágrafo também partilham, embora não se considerem expressamente como partidários do realismo clássico. Efetivamente, todos eles, naturalmente com as suas especificidades, procuram defender a ideia de que o Direito visa assegurar ou criar as condições da realização de um conjunto de valores ou de proposições jurídicas de validade perene, as quais constituem a razão-de-ser daquele, e funcionam como critérios de validade das normas positivas e das soluções jurídicas concretas. Eis o elenco de tais valores que se pode colher na obra de FINNIS: vida, conhecimento, recreação, experiência estética, sociabilidade (amizade), razoabilidade prática e religião.¹⁵¹

Esta posição relativamente à natureza do conhecimento jurídico é, tal como a anterior e apesar das diferenças entre cada uma, passível de ser entendida como partilhando do reavivamento herança estoica, com antecedentes no nominalismo, que influenciou vários AA desde o período do renascimento e a que já fizemos referência no ponto 2.1.1. Efetivamente, vimos já que o estoicismo proposto por CÍCERO e que tanto influenciou os AA do humanismo renascentista e do jusnaturalismo racionalista propugnava por um direito que assegurasse as condições para que se pudessem seguir as tendências naturais da pessoa humana. A tais tendências comuns e constantes deveriam corresponder, no direito, um conjunto de axiomas fixos que permitem assegurar as referidas condições pois deles seria possível fazer derivar soluções particulares que lograriam tal objetivo. Tal conjunto de axiomas fundamentais corresponde precisamente ao conjunto de valores

¹⁴⁵ F. GENY, *Science et Technique en droit privé positif*, pp. 393-99.

¹⁴⁶ A. REINACH, «The Apriori Foundations of the Civil Law», pp. 51-98.

¹⁴⁷ G. DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, pp. 331-54 e 558-89.

¹⁴⁸ H. COING, «O Sentido do Direito», em especial as pp. 247-50

¹⁴⁹ J. MARITAIN, *Man and the State*, pp. 80-107.

¹⁵⁰ J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, pp. 81-97, 198-225 e 351-66.

¹⁵¹ *Ibid.* pp. 86-90.

inerentes à condição humana partilhados pela perspetiva do direito como um conhecimento abstrato de natureza material e, na realidade, pode afirmar-se que constituem um «sistema valorativo» que confere sentido às soluções particulares – ainda que os AA que defendem esta conceção não adotem tal formulação. A herança estoica e nominalista é também claramente patente na defesa dos direitos humanos típica desta posição: tal como também já referimos, o conceito de direito subjetivo foi muito caro aos AA da jurisprudência humanista, que se preocuparam em elaborar catálogos e classificações de direitos subjetivos, antecedentes dos modernos direitos humanos.

Além da referida origem estoica, é ainda possível compreender a conceção do direito como um conhecimento abstrato de natureza material na linha dos AA da contrarreforma católica, nomeadamente aqueles que mencionámos como tendo sido especialmente influentes no domínio do direito: VITÓRIA e SUÁREZ. Efetivamente e recuperando algo que também já abordámos, foi com estes AA que a influência nominalista desembocou na formulação da ideia de que existe um conjunto de princípios jurídicos de validade universal e com potencial para deles fazer derivar preceitos jurídicos que orientem os comportamentos. Daí que, apesar da herança estoica, muitos dos AA que partilham esta conceção do direito lhe confirmam um fundamento baseado na doutrina cristã acerca da lei natural, sendo esta herança muito mais explicitamente enunciada do que aquela nas obras de tais AA.¹⁵²

3.2.2. O conhecimento jurídico como um conhecimento concreto e factual

3.2.2.1. *Conhecimento concreto assente no reconhecimento social das prescrições normativas*

A natureza do conhecimento jurídico foi e é entendida também como um tipo de conhecimento de um objeto concreto e factual, ou seja, um conhecimento de um objeto que pode ser localizado no tempo e no espaço. Uma das possibilidades de tal entendimento é aquela que afirma que o conhecimento jurídico é, na sua essência, conhecimento da forma como as normas orientadoras dos comportamentos são reconhecidas por determinados setores da sociedade.

¹⁵² Cfr., entre outros, A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 544-7. Exemplos do que se refere no texto pode ser encontrado em J. MARITAIN, *Man and the State*, pp. 84-5 e J. FINNIS, *Natural law and natural rights*, pp. 205-10.

Tal como nas concepções anteriormente abordadas, também nesta é útil, para a sua compreensão, analisá-la à luz de uma das heranças ideológicas a que já nos referimos: o ceticismo. Este, recorde-se, defende que, face a um forte relativismo moral, também o justo não pode ser definido de forma independente das circunstâncias de tempo e lugar, variando com estas e, por isso, deve ser exclusivamente determinado pela constatação do que, em certo lugar e tempo, se considera justo. O ceticismo conduz, portanto, a uma postura empirista extrema, de clara filiação nominalista, cujo representante mais destacado é HUME, visto que, no seu *Tratado da Natureza Humana*, «concebeu o direito como uma forma de linguagem»¹⁵³, reduzindo-o a um conjunto de sinais – de que é exemplo a qualidade de proprietário – aos quais corresponde, por simples convenção, certo significado. A eficácia ou o valor que deveria ser reconhecido a tais sinais seria totalmente dependente da existência e dos termos da aceitação social relativamente à convenção que determinou o significado dos mesmos, sendo as leis entendidas como uma instância particularmente relevante de tal determinação convencional.¹⁵⁴ Como tal, o valor das leis não decorre da forma como as mesmas foram aprovadas mas antes da forma como elas vão sendo entendidas e aplicadas, ou seja, da forma como a sua vigência se processa na prática, sendo, portanto, essencial adotar uma postura empirista para determinar o seu conteúdo. Assim se concebe o direito numa perspectiva pragmática e nihilista, cuja função é a resolução dos litígios impondo a solução que oferece maior aceitação.¹⁵⁵

É possível identificar, em várias posições ideológicas da modernidade e pós-modernidade, a inspiração vinda de tal concepção cético-empirista. É o caso, em primeiro lugar, do marxismo clássico que afirma ser o direito exclusivamente um instrumento das opções políticas dominantes, excluindo a possibilidade de visar qualquer finalidade própria e diluindo-o na política. Efetivamente, o direito é exclusivamente visto como um meio para implementar as opções políticas dominantes – o capitalismo – e que lhes permite conferir maior grau de implementação e resistência à mudança. O direito é, assim, um «obstáculo para a mudança social»¹⁵⁶, cuja determinabilidade depende da análise empírica da ideologia política que dele se serve e da forma como esta o aplica na

¹⁵³ A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p. 168.

¹⁵⁴ D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, pp. 553-67. V. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 437-43.

¹⁵⁵ D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, pp. 567-9.

¹⁵⁶ Conforme defendido no livro com tal título de E. NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*.

prática.¹⁵⁷ Quando ao serviço da ideologia socialista, o direito deveria, portanto, estar frontalmente instrumentalizado relativamente à mesma, evitando «qualquer formalização jurídica genérica» e preferindo «uma regulação casuísta e decisionista, baseada em directivas concretas, pontuais, provenientes da ponderação política de cada situação individual»¹⁵⁸, que melhor permitiriam tal instrumentalização.

Todavia, as correntes marxistas foram evoluindo no sentido do abandono da ideia da total e inevitável instrumentalização do direito aos projetos políticos, reconhecendo que o discurso jurídico, com os seus conceitos e teorias, segue uma «lógica própria» que se autonomiza e cria um «campo de variação» das soluções possíveis, podendo conter algumas que são distintas e mesmo contrárias aos interesses políticos e criando a possibilidade de um «uso alternativo do direito, um uso do direito que contrariasse os interesses socialmente dominantes»¹⁵⁹, ficando este movimento conhecido, precisamente como o movimento do direito alternativo ou do uso alternativo do direito. Mas, como se pode compreender, tal evolução apenas vem sublinhar – algo que já o marxismo clássico afirmava expressamente – a relação de subserviência do direito relativamente à ideologia política, com a especialidade que a ideologia que determinaria o direito já não seria a socialmente dominante mas antes aquela de que partilhava a pessoa encarregada de dizer o direito em cada caso, no âmbito do «campo de variação» disponível.

Esta diluição do direito na política, a afirmação de que o direito não é um saber imparcial e independente das convicções dos atores jurídicos e que não existem soluções formalmente corretas, sendo antes estas dependentes daquelas convicções, é precisamente o que afirma a o movimento dos *critical legal studies*, que pode, portanto, ser entendido como um movimento norte-americano paralelo ao movimento do uso alternativo do direito, originário da Europa¹⁶⁰.

Estes dois movimentos defendem, portanto, que a determinação do direito, o *quid juris*, depende essencialmente da discussão dos objetivos políticos pretendidos com determinada solução jurídica, discussão essa que deve ser explicitamente efetuada, evitando que seja mascarada com argumentos dogmáticos supostamente politicamente

¹⁵⁷ V. M. ATIENZA, *O Direito como Argumentação*, p. 62-3.

¹⁵⁸ A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 278.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 279-81. Sobre esta evolução das correntes marxistas v. A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 494-510 e J. DE O. ASCENSÃO, *O Direito*, p. 484-88.

¹⁶⁰ A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 291. Para maiores desenvolvimentos relativamente ao *critical legal studies* v. A.M.S. GAUDÊNCIO, *Entre o Centro e Periferia*, R.M. UNGER, *The Critical Legal Studies Movement* e E. CHRISTODOULIDIS, R. DUKES, E M. GOLDONI, *Research Handbook on Critical Legal Theory*.

neutros. Tal exige que os juristas estejam equipados com conhecimentos diversos, nomeadamente de questões sociais e económicas, e não apenas com os conhecimentos jurídico-dogmáticos.

Daqui resulta – procurando adotar uma perspetiva «externa» – que estes movimentos – neste aspeto não se diferenciando do marxismo clássico – excluem a possibilidade de o conhecimento jurídico visar alguma finalidade própria, limitando-se à discussão dos argumentos políticos que maior aceitação demonstrem em cada local e tempo. Continuamos, portanto, perante uma posição claramente filiável na herança cético-empirista, de cunho relativista e niilista.

Outro influente contributo na discussão contemporânea relativa à natureza do conhecimento jurídico e que também se pode enquadrar claramente na referida herança cético-empirista é aquele que podemos encontrar nas chamadas posições realistas, nomeadamente os realismos norte-americano¹⁶¹ e nórdico¹⁶². Estas partilham a noção, juntamente com as conceções anteriores, que o direito não visa nenhuma finalidade objetivamente determinável, sendo que é possível verificar que os juristas recorrem aos argumentos próprios da sua cultura simplesmente com fins persuasivos. Sem prejuízo das diferenças entre cada um dos realismos indicados e mesmo entre os vários AA de cada corrente¹⁶³, é possível destacar, como características essencialmente comuns, a importância conferida à análise das decisões judiciais com o objetivo de poder compreender, *a posteriori*, os processos que os julgadores utilizam para decidir de certa maneira, procurando assim compreendê-las e tentando prevê-las; a insistência no carácter assistemático e irreduzível dos argumentos lógicos dos raciocínios jurídicos; a abertura da discussão jurídica a aspetos como o sentimento de justiça ou as práticas da comunidade jurídica local; a noção de que as decisões sobre problemas jurídicos implicam uma valoração e decisão por parte do julgador dependente dos seus sentimentos, da sua experiência e das suas convicções.

Resulta do exposto que estes realismos se inserem também na linha do ceticismo-empirismo, precisamente pelas mesmas razões das conceções anteriores: à falta de qualquer finalidade própria do direito, resta a análise empírica, de herança nominalista,

¹⁶¹ Emblemáticas desta corrente são, por exemplo, as obras de J. FRANK, *Law and the Modern Mind* e de K. LLEWELLYN, *The bramble bush: on our law and its study*.

¹⁶² Emblemáticas desta corrente são, por exemplo, as obras de A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the nature of law and morals*, de A. ROSS, *On Law and Justice* e de K. OLIVECRONA, *Law as Fact*.

¹⁶³ Relativamente aos realismos nórdicos e às duas correntes que neles se podem descortinar, o realismo nórdico propriamente dito (dinamarco-norueguês) e o realismo filosófico-jurídico escandinavo (sueco), v. A. SERPE, «Dos Realismos Escandinavos», p. 239-45.

agora baseada essencialmente nos processos que levam à produção das soluções jurídicas. A análise é, portanto, limitada a uma observação causa-efeito, descurando-se a importância que a finalidade que se visa com a solução de cada caso deve ter na determinação e na justificação de tal solução¹⁶⁴.

Por fim, a discussão sobre a natureza do conhecimento jurídico no século XX foi ainda largamente marcada pelas contribuições de HART. Na sua influente obra *O Conceito de Direito* procura construir uma teoria «descritiva»¹⁶⁵ do conhecimento jurídico, no sentido em que o seu objetivo é expressamente limitado à descrição, resultante da observação empírica do fenómeno jurídico, daquilo que, numa observação tangível feita de modo adequado, se pode entender como sendo aquilo que na sociedade é entendido como constituindo direito, sem nunca procurar formular qualquer juízo de valor sobre os resultados encontrados.

Trata-se, portanto, de uma perspectiva externa, a qual não parte de qualquer consideração sobre valores ou ideias que orientem a decisão dos casos mas antes se baseia nos critérios decisórios anteriormente adotados e aplicados e que gozam de carácter obrigatório. Critério fulcral na determinação do que pode ser observável como sendo direito é a distinção entre normas primárias ou normas de comportamento, que estabelecem imposições, proibições e permissões válidas, e as normas secundárias ou normas de reconhecimento¹⁶⁶, que são os critérios de aferição das primeiras. Várias podem ser as normas de reconhecimento: uma lei que goze de reconhecida autoridade, o costume, declarações de entidades com reconhecido valor, como as entidades administrativas públicas, decisões judiciais de reconhecida influência, entre outras. Uma norma de reconhecimento não pode, portanto, ser a simples constatação da observância de certas normas, sendo sempre exigida a existência, na sociedade, da consciência da obrigatoriedade dos preceitos jurídicos, algo que HART refere como sendo traduzível em

¹⁶⁴ Exceção feita tanto a uma corrente particular do realismo nórdico, o realismo nórdico propriamente dito aludido na nota anterior, que defendia que a «ciência jurídica (...) deve ser dirigida a considerações práticas de utilidade social» (v. *Ibid.*, p. 240), como a alguns representantes do realismo norte-americano, nomeadamente OLIVER HOLMES e ROSCOE POUND (O.W. HOLMES, «The Path of Law» e R. POUND, *Interpretations of Legal History*; uma brevíssima mas incisiva descrição das posições deste AA pode ser encontrada em M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 138), que defendiam também uma visão utilitarista do direito, centrada na procura dos interesses humanos relevantes (procura do maior bem com o menor sofrimento) e no desincentivo de soluções que, na sociedade, prejudiquem tais interesses (v. W.L. GROSSMAN, «The Legal Philosophy of Roscoe Pound», p. 608-11). Estas posições serão, portanto, melhor entendidas como defendendo uma hipótese de compreensão do conhecimento jurídico de natureza mista: realista, na linha cético-empirista, e utilitarista, entendendo-o também como um conhecimento concreto assente na análise dos efeitos práticos das soluções jurídicas, que abordaremos no próximo ponto (3.2.2.2).

¹⁶⁵ H. HART, *O Conceito de Direito*, p. 300-1.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 89-121.

expressões como «“eu (tu) tenho (tens) de fazer isso”, “isso está bem”, “isso está mal”»¹⁶⁷. Em consonância com esta conceção, não pode deixar de ser conferido «um estatuto de autoridade especial»¹⁶⁸ aos tribunais, visto que eles constituem a última instância de reconhecimento das normas primárias¹⁶⁹.

Ora, tendo os tribunais uma importância fulcral na teoria de HART, este formula, relativamente à atividade judicial, uma importante consideração: a ideia de que, sempre que não for possível encontrar o direito aplicável a algum caso - ou seja, sempre que nenhuma norma de reconhecimento apontar para a existência de normas primárias -, este é essencialmente discricionário. Daí resulta que o direito é, nesses casos, indeterminado enquanto não for criado pelas instâncias de reconhecimento sociais, particularmente pelos tribunais.¹⁷⁰ Aqui chegados, torna-se essencial, para compreender a proposta de HART, procurar na sua obra quais os critérios de que o juiz pode lançar mão para criar direito em tais casos. Todavia, HART não é nada claro a este respeito, limitando-se a referir que «não deve [o juiz] fazer isso [criar direito] de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores.»¹⁷¹. Nesta passagem HART parece apontar para a existência de «razões», «crenças» e «valores» relevantes na criação do direito, aparentemente recusando a ideia de discricionariedade. Mas o próprio HART, numa passagem pouco após a anteriormente citada, nega que tal afaste a discricionariedade e necessidade de criação do direito: «embora este último processo [a referida necessidade de não sucumbir à arbitrariedade na criação do direito], seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito»¹⁷². Na realidade, afirmar outra coisa que não a discricionariedade judicial nos casos acima referidos poria em causa o pressuposto de toda a conceção de HART sobre o conhecimento jurídico: a noção de que é possível compreendê-lo numa perspectiva exclusivamente descritiva, segundo um método empírico.

¹⁶⁷ Ibid., p. 66.

¹⁶⁸ Ibid., p. 113.

¹⁶⁹ Ibid., p. 155-61. Neste sentido A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 130-1.

¹⁷⁰ Esta tese da *judicial discretion* foi mantida por HART mesmo após as críticas contra ela feitas por DWORKIN, conforme se pode confirmar no *postscriptum* da obra de HART: H. HART, *O Conceito de Direito*, p. 335-9.

¹⁷¹ Ibid., p. 336. Qualificando tais «razões gerais» como limitadas e não jurídicas v. M. ATIENZA, *O Direito como Argumentação*, p. 42.

¹⁷² H. HART, *O Conceito de Direito*, p. 338. Sobre esta questão cfr. R.A. SHINER, «Hart on Judicial Discretion», p. 356.

A abordagem de HART sobre o conhecimento jurídico é, portanto, muito claramente qualificável como cético-empirista, sendo uma das mais elaboradas desta linha de pensamento. A identificação de traços nominalistas na mesma é também muito clara: direito é aquilo que é como tal reconhecido segundo os critérios das normas de reconhecimento, em cada tempo e lugar. O relativismo e niilismo desta conceção são igualmente claros, tal como decorre do que referimos no parágrafo anterior, concretamente da afirmação do carácter discricionário do direito mesmo quando se reconhece a necessidade de criá-lo recorrendo a «crenças» e «valores».

3.2.2.2. Conhecimento concreto assente na análise dos efeitos práticos das soluções jurídicas

Outra hipótese de compreensão da natureza do conhecimento jurídico é aquela que entende que este consiste essencialmente na análise dos efeitos que as soluções jurídicas produzem na sociedade, pois de tal análise resulta a determinação e justificação de tais soluções, pressupondo-se, portanto, que o direito visa produzir certos efeitos sociais promotores das necessidades dos membros da sociedade.

Novamente diremos que a compreensão desta perspetiva sai beneficiada se for vista à luz de uma das heranças ideológicas que mais influenciaram o pensamento moderno e contemporâneo: o epicurismo. Referimos já que traços desta herança podem ser encontrados no âmbito da conceção sistemática do direito. Aí (3.2.1.1) referimos que tal herança se reconhecia essencialmente pela necessidade de assegurar a ordem e a previsibilidade das prescrições normativas, aspetos necessários para garantir o espaço de liberdade individual necessário à procura do bem-estar de cada um, visando o direito não impedir o outro de procurar o seu bem-estar (vertente negativa). No entanto, na conceção que agora analisamos, está em causa a forma como a vertente positiva da doutrina epicurista pode ser recognoscível no direito: este visa, através de prescrições normativas, promover ativamente o bem-estar social e não apenas criar o espaço de liberdade necessário para tal. Trata-se essencialmente de entender o direito como um conjunto de regras comportamentais orientadas para a maximização do bem-estar da sociedade, sendo na análise de tal efeito prático que reside o critério que confere sentido às soluções jurídicas. A análise do bem-estar da sociedade é feita globalmente e de modo quantitativo, mas sempre recorrendo ao somatório do resultado da análise custo-benefício de certa

solução jurídica em cada indivíduo, ainda que inclua mecanismos de compensação de grupos minoritários.

JEREMY BENTHAM foi o precursor da filosofia moderna que fundamenta tal concepção sobre o direito: o utilitarismo. Eis a máxima descritiva de tal filosofia: «é a maior felicidade do maior número que constitui a medida do bem e do mal»¹⁷³, entendendo por felicidade uma prevalência do bem-estar sobre o sofrimento. Mais tarde, BENTHAM procurou aperfeiçoar esta máxima explicitando que as situações em se perde algo que se tivera obtido causam maior redução de felicidade, do que o aumento da mesma que resulta das situações em que se ganha algo que não se tinha anteriormente¹⁷⁴. Por isso, para este A, o direito deve desincentivar as situações de perda de direitos adquiridos, algo que se traduz, por exemplo, na proteção do direito de propriedade e das expectativas legitimamente criadas. Outro importante campo de influência desta concepção utilitarista reside no direito penal¹⁷⁵, o qual deveria visar, essencial mas não exclusivamente, a finalidade da prevenção, de forma a minimizar as situações de infelicidade decorrentes dos crimes. Ademais, a pena deverá ser sempre proporcional ao mal provocado (e não à culpa) de modo a minimizar os sofrimentos impostos. Semelhantes posições poderão ser encontradas na obra de STUART MILL¹⁷⁶.

Note-se que estes AA, embora se referissem frequentemente ao direito, tinham essencialmente em vista a realização de reformas legislativas orientadas pelas suas ideias utilitaristas. O grosso da sua obra não visa, portanto, a procura de critérios decisórios de casos concretos mas antes a formulação de orientações, de carácter utilitarista, para a elaboração de códigos¹⁷⁷, sendo, portanto, de cariz político. Todavia, estes ideais utilitaristas podem ser reconhecidos numa influentíssima posição acerca da teoria e metodologia propriamente jurídicas: a jurisprudência dos interesses¹⁷⁸. De facto, como

¹⁷³ J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, p. 93.

¹⁷⁴ Especialmente clara em relação a este aspeto é a seguinte passagem do *article on utilitarianism*: «a primeira aplicação, ou emanção, do princípio da máxima felicidade é a prevenção da frustração, que melhor se pode referir sucintamente pelo princípio da não-frustração. É por este princípio que, nas ocasiões mais numerosas e sérias, é dado um sentido às soluções de que a lei reguladora da propriedade, no âmbito da qual, no seu sentido mais extenso, podem ser incluídos todos os objetos de desejo genérico, é composta» (J. BENTHAM, *Deontology together with a table of the springs of action and article on utilitarianism*, pp. 295-6).

¹⁷⁵ J. CRIMMINS, «Jeremy Bentham», ponto 7.

¹⁷⁶ J.S. MILL, *On Liberty*, pp. 69 e ss.

¹⁷⁷ BENTHAM, sendo embora oriundo na tradição da *common law*, advogou com veemência a adoção de códigos legais com o objetivo último de elaborar o *pannomion* utilitarista, ou seja, o corpo legislativo completo de base utilitarista. Sobre este seu projeto e as suas críticas à *common law* v. M. KAINO, «Bentham's Concept of Security in a Global Context», p. 3-14.

¹⁷⁸ Sobre esta, entre muitos outros, v. K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 63-77, F. WIEACKER, *História do Direito*, pp. 664-9 e A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 459-60.

reação ao concetualismo próprio da Pandectística, que já se abordou, a jurisprudência dos interesses advoga que o método jurídico deve consistir, primeiramente, na análise dos interesses em jogo em cada caso, entendendo-se por interesses, precisamente, as necessidades da vida das pessoas, aquilo que lhes confere bem-estar e que evita os sofrimentos. Depois, dever-se-ia procurar a ponderação dos interesses que a lei, explícita ou implicitamente, fornece para o caso, devendo proceder-se a uma «interpretação conforme aos interesses e não apenas literal ou lógica; integração [de lacunas] segundo o modelo de um legislador atento aos interesses concretos»¹⁷⁹, algo que, naturalmente, só poderá ocorrer após identificar os interesses em jogo. Decidir-se-ia, então, de acordo com a ponderação de interesses que esteve na origem histórica da elaboração dos preceitos legais, mesmo nos casos em que nenhum dos preceitos fosse diretamente aplicável: seria sempre necessário apontar para algum preceito onde se reconhecesse a importância do interesse relevante no caso e proceder então à ponderação de interesses geradora da solução. Essencial é sempre a análise dos interesses em jogo, pois na base desta posição está a apreciação das consequências que a decisão a tomar tem sobre a situação das partes, concretamente as consequências que a decisão tem no balanço entre sofrimento e bem-estar das mesmas.¹⁸⁰

Mais recentemente, as posições utilitaristas de matriz epicurista podem ser encontradas no movimento da análise económica do direito, surgido nos anos sessenta nos Estados Unidos da América. Este movimento conheceu já várias correntes, sendo que nos concentraremos naquela seguida pelo A que, não sendo o pai do movimento, lhe conferiu maior notoriedade: RICHARD POSNER.¹⁸¹ A ideia basilar consiste em procurar aplicar ao domínio do direito uma análise caracteristicamente economicista, baseada no benefício decorrente da livre atuação do mercado. Assim, partindo do princípio que as escolhas tomadas no âmbito de um mercado livre são racionais e benéficas, nomeadamente para as partes que transacionam, o direito deveria ser entendido como um meio para fomentar a eficiência do mercado, maximizando o bem-estar da sociedade. Por um lado, deveriam ser evitadas as ineficiências que as normas poderiam provocar no

¹⁷⁹ A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 766.

¹⁸⁰ No sentido de haver entre o utilitarismo de BENTHAM e a *Interessenjurisprudenz* várias semelhanças embora também algumas diferenças, as quais não colocam em causa o referido no texto, v. H. COING, «Bentham's Importance in the Development of *Interessenjurisprudenz* and General Jurisprudence», p. 300-302.

¹⁸¹ V. A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 232-6 e, para uma visão crítica muito desenvolvida deste movimento no que toca à adaptação ao direito de uma análise custo-benefício v. J.M.A. LINHARES, «A unidade dos problemas da jurisdição». Para uma descrição genérica de POSNER sobre a análise económica do direito v. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, pp. 23-8.

funcionamento do mercado e, por outro, as normas deveriam corrigir aquelas que resultariam do seu livre funcionamento, promovendo a sua eficiência. Daqui resulta a justificação de várias opções legislativas tais como, respetivamente, por um lado, a eliminação tendencial de subsídios à produção, a baixa tendencial de impostos, a privatização de empresas públicas ou o *outsourcing* de funções tradicionalmente atribuídas ao Estado Social como a educação ou a saúde e, por outro, a proibição de situações de cartel e de limite injustificado à concorrência bem como a regulação da propriedade de modo a incentivar a sua detenção por quem dela faça um uso mais produtivo.¹⁸²

Além disso, da perspectiva de cada pessoa, entendida como agente do mercado, o próprio cumprimento dos preceitos legais e contratuais está sujeito a uma análise custo-benefício, pois pressupõe-se que cada pessoa visa sempre maximizar o seu bem-estar. Tal análise pode, portanto, justificar a decisão de incumprir um contrato ou mesmo de desobedecer a uma norma penal, se daí resultar mais benefícios do que custos (exclusivamente para quem toma tal decisão). Esta assunção da forma como as pessoas se comportam deve ser tida em conta por parte do legislador para que as normas prevejam os incentivos necessários de modo a que, da referida análise custo-benefício individual, resulte uma solução coerente com a função do direito: a promoção da eficiência e a maximização do bem-estar da sociedade.¹⁸³

Outra importante dimensão da análise económica do direito consiste na adoção da mesma perspectiva de promoção da eficiência como critério para determinar a solução a dar ao caso pelo julgador, nomeadamente quando a decisão implica a escolha de um, entre vários, precedentes judiciais vinculativos, optando-se por aquele que determina a decisão que maximiza a eficiência do mercado.¹⁸⁴

Neste movimento é, portanto, possível encontrar uma claríssima manifestação do ideário epicurista-utilitarista. Assim é porque se concentra exclusivamente na análise das previsíveis consequências práticas que as soluções jurídicas podem apresentar, reduzindo o âmbito de tal análise a um único aspeto: o cálculo custo-benefício expectável, para o conjunto da sociedade, de certa solução, optando pela solução que produz maior bem-estar para a maioria dos indivíduos. Apesar de tal referência ao conjunto da sociedade, o

¹⁸² A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, p. 237-8.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 238-45.

¹⁸⁴ Cfr. L. KORNHAUSER, «The Economic Analysis of Law», ponto 5 e v. R.A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, p. 130-48.

caráter individualista desta posição epicurista-utilitarista mantém-se claramente: o critério para determinar a solução mais eficiente é o resultado da soma do efeito que a mesma produz em cada membro da sociedade, ainda que tal cálculo seja efetuado de forma aproximada. Trata-se, portanto, de um critério que visa adotar a solução favorável aos interesses próprios do maior número de indivíduos. De fora fica, portanto, a situação daqueles que não são abrangidos pela solução mais eficiente, algo que apenas uma análise qualitativa pode incluir.

3.3. Razão de ordem: determinação do critério adequado para definir a natureza do conhecimento jurídico

Vistas algumas das mais difundidas perspectivas de entendimento do direito enquanto saber especulativo, às quais se deve, naturalmente, acrescentar a perspectiva do realismo clássico que se expôs nos pontos 2.1.2, 2.2 e 2.3, coloca-se a questão de procurar determinar, justificadamente, qual delas é adequada. Tal implica fundamentar qual o critério ajustado para determinar a natureza do conhecimento jurídico, pois é da aplicação de tal critério às aludidas perspectivas que dependerá a resposta à referida pergunta.

3.3.1. A análise do objeto de conhecimento como critério determinante da natureza do conhecimento

Começemos por abordar quais as hipóteses de natureza do conhecimento (saber especulativo) que, numa perspectiva genérica, se podem considerar. Sendo o conhecimento especulativo um conhecimento de certo objeto, depende da análise de tal objeto, das suas características essenciais, a possibilidade de aferir qual o tipo, a natureza do conhecimento que se pode ter do mesmo. Esta afirmação deve, por enquanto, ser tomada como pressuposto da análise que se seguirá, sendo que a sua fundamentação, ilustrada, naturalmente, com o exemplo do conhecimento jurídico, surgirá apenas no ponto 3.5. O objeto de conhecimento deve aqui ser entendido como o conjunto das entidades estudadas por certa área de conhecimento e não como uma instância particular dessas entidades. Assim, a título de exemplos, o objeto de conhecimento da astronomia é os corpos e os fenómenos celestes e não este ou aquele corpo ou fenómeno em particular;

o objeto de estudo da biologia é os organismos vivos e não este ou aquele organismo em particular.

Entendendo desta forma o objeto do saber especulativo, poderemos avançar, em termos hipotéticos, com duas distintas formas de entender esse objeto, que serão abordadas nos próximos pontos.

3.3.1.1. *Objeto constituído por uma realidade ordenada e estática ou por uma realidade desordenada e dinâmica*

Referimo-nos já ao nominalismo e ao seu papel crucial no desenvolvimento do que viria a ser a cultura moderna e contemporânea. Uma das implicações do nominalismo reside precisamente numa suposta verdade basilar de tais culturas: a distinção entre ser e dever-ser, entre ontologia e deontologia, entre matéria e espírito. Na ausência de uma ordem inerente às coisas, de quaisquer finalidades para as quais a existência tende, os fenómenos apenas podem ser entendidos como entidades singulares, criações únicas de Deus desligadas de qualquer lógica que os supere e na qual se insiram. Se não há fins objetivos pertencentes à realidade, os únicos fins possíveis são subjetivos, as vontades de cada um, em cada momento. Do ser não se poderia, portanto, retirar o dever-ser, domínio da vontade ou do espírito. Recordemos novamente as palavras sugestivas de VILLEY: «A ontologia dos modernos é dicotómica. Descartes dividiu o mundo em duas categorias de “substâncias”: a matéria inerte e o espírito. Outro corte que daí deriva: a separação kantiana entre os fenómenos estudados pelas ciências teóricas e o *dever-ser*, o ideal que mora no espírito, que procede da nossa Razão. Kelsen afirma desde o início da sua doutrina sobre o direito, como se fosse algo evidente, a oposição do ser ao dever ser (do “*Sein*” ao “*Sollen*”)»¹⁸⁵. A tais binómios poderíamos acrescentar, por exemplo, a possibilidade de distinção entre as *Natur* e as *Geisteswissenschaften*.

Tal distinção tão fundamental e influente, pertencente à ossatura da cultura moderna e contemporânea, teve implicações no campo moral, científico, político e, naturalmente, jurídico. Como se verá, da doutrina nominalista decorre tanto a noção de que o objeto do conhecimento jurídico é uma realidade caracterizada pela ordem e pela estaticidade, como que se trata de uma realidade caracterizada pela desordem e pelo dinamismo. Ordem

¹⁸⁵ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 217.

apresenta aqui o significado de alguma lógica interna, algum critério que confira apreensibilidade de conjunto à realidade em causa. Já por estaticidade/dinamismo entende-se o caráter essencialmente mutável ou imutável não de toda a realidade, mas dos elementos essenciais da realidade objeto do conhecimento jurídico.

Assim, num primeiro momento, procurou-se defender que os problemas morais e jurídicos (que, nesta perspectiva, praticamente não se distinguem) pertenciam ao âmbito do dever-ser, do idealismo baseado na obediência a certa vontade, o qual assumiu diferentes concretizações. É o caso, certamente, do entendimento nominalista de OCKHAM segundo o qual é devida obediência às regras constantes da Sagrada Escritura, simplesmente porque foram queridas por Deus, a que já fizemos referência (2.1.1). No mesmo ponto referimos ainda que a vontade divina é também, direta ou indiretamente, o fundamento de formas de compreender o direito como as que podemos encontrar nos AA da Reforma Protestante e da Contrarreforma Católica, naturalmente com argumentos diferentes entre si. Todas estas concepções partilham uma importante característica: o entendimento que direito pode ser encontrado ou definido e determinado por referência a um conjunto de regras de comportamento precisas e previsíveis: é o caso dos preceitos contidos na Sagrada Escritura, especialmente nos Evangelhos, ou das leis emanadas das autoridades temporais, cuja autoridade emanava de Deus, conforme também já referimos. Assim, a realidade estática objeto do conhecimento jurídico eram as próprias Escrituras ou a atividade legislativa daquelas autoridades pois, ainda que as leis temporais pudessem ser objeto de mudança, o relevante para encontrar a solução é a lei vigente em certo momento (entidade singular, única que o nominalismo capta). Em tal realidade seria possível encontrar regras precisas e previsíveis para regular o caso, ou seja, a partir das quais seria possível dizer o direito.

Depois, tal vontade divina acabou por se secularizar.¹⁸⁶ A noção, de origem nominalista, de que cada criação de Deus é única e deve ser individualmente considerada levou à constatação de que cada pessoa é dotada de uma vontade livre, a qual é naturalmente orientada para a prossecução do interesse individual, resultando num estado de anarquia. Consequentemente, as vontades de cada indivíduo deveriam ser associadas na atribuição do poder político ao soberano, essencial para garantir a segurança e a paz através da obediência às leis, entendidas como preceitos que impõem comportamentos, dele emanadas. Surge, portanto, o ideário contratualista em AA como HOBBS – que,

¹⁸⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 221.

muito sugestivamente, chama ao soberano o «deus mortal»¹⁸⁷ - ou LOCKE, no âmbito da matriz epicurista, que já abordámos. Um expoente deste ideário pode ser encontrado na escola da exegese. Também nestas concepções pode ser encontrada a ideia da obediência às leis positivas, precisas e previsíveis, bem como a de que o objeto do conhecimento jurídico consiste no conjunto das leis positivas, nos mesmos termos da concepção anterior, embora com diferente fundamento, sendo que da aplicação de tais leis a cada caso seria possível determinar o direito, a solução do caso.

Como forma de referir de forma sugestiva todas estas concepções, diremos que estas constituem um idealismo voluntarista, pois o critério definidor do direito é a adesão a alguma vontade, manifestada na forma de leis prescritivas. Está, por tudo o que se referiu, aqui em causa uma concepção do direito que entende o objeto do conhecimento jurídico como uma realidade, o conjunto das leis positivas que, por um lado, é desordenada, no sentido em que não existe necessariamente qualquer ideia ou princípio orientador desse conjunto, já que a autoridade das leis se baseia simplesmente na imposição de uma vontade plasmada numa lei comum que, como tal, freia os naturais interesses individualistas (contratualismo) e visa um interesse comum, o qual não é definido materialmente mas apenas sob a perspectiva formal de ser comum; por outro lado, é dinâmica já, estando dependente da vontade que a concretiza, varia conforme varie essa vontade.

De seguida, outra concepção que entende que os problemas morais e jurídicos pertencem ao âmbito do dever-ser reside numa diferente possibilidade de compreensão do processo de secularização da vontade divina. Recordemos o conceito de lei natural, referido no ponto 2.2. Trata-se do conjunto das tendências naturais, presentes e verificáveis em cada ser humano, inicialmente entendido como fazendo parte do plano de Deus para os homens. Os AA da segunda escolástica, especialmente SUÁREZ, insistiram bastante na possibilidade de deduzir de tais preceitos da lei natural, de cariz moral, soluções jurídicas, conforme se referiu no ponto 2.1.1. Mas, posteriormente, o progressivo movimento de secularização da sociedade implicou também a secularização dos preceitos da lei natural, que passaram a ser entendidos como princípios inerentes à natureza humana, decorrentes da razão. É neste âmbito que se inserem os AA do jusnaturalismo racionalista, os quais, ao formularem preceitos morais – que, portanto, prescrevem um comportamento – semelhantes aos da lei natural de origem divina,

¹⁸⁷ T. HOBBS, *Leviathan*, p. 227.

também de tais preceitos pretendem deduzir soluções jurídicas pretensamente imutáveis e universais.¹⁸⁸ A tais AA e às suas doutrinas já nos referimos, também no ponto 2.1.1, aquando da enumeração dos ideários de matriz estoica: GRÓCIO, LEIBNIZ, PUFENDORF, entre outros. Efetivamente, a referência a fontes estoicas, concretamente a CÍCERO, concorreu para este processo de secularização, pois a doutrina estoica de tal A relativa à necessidade de respeitar as normas impostas pelo direito como forma de assegurar os dois deveres jurídicos fundamentais – o respeito pelo que é do outro e o cumprimento das promessas feitas, tendo em vista a promoção da tranquilidade e segurança sociais, valores essenciais à *apatheia* estoica, a proposta de felicidade humana segundo esta filosofia – muito se presta para dar forma à secularização da lei natural. Ora, as normas jurídicas, segundo os AA do jusnaturalismo racionalista, constituem, portanto, o objeto do conhecimento jurídico pois delas se podem subsumir soluções prescritivas para casos concretos – de tal objeto se pode retirar o conhecimento –, sendo que, em função da instrumentalização das normas àqueles dois deveres fundamentais, elas são caracterizadas por uma elevada estabilidade e suscetibilidade de ordenação sistemática.

Refira-se, ainda, que, embora o movimento positivista surgido no século XIX - que se abordará já de seguida - tenha feito submergir esta forma de conceber o objeto do conhecimento jurídico, ela renasceu no século XX, conforme se abordou no ponto 3.2.1.2, na forma de um «renascimento do direito natural» que marcou vários AA que, de variadíssimas abordagens, defenderam a importância do respeito a determinado elenco de valores fundamentais e a possibilidade de neles fundamentar soluções jurídicas.

Por tudo o que se referiu, como forma de aludir de forma sugestiva a esta conceção, dir-se-á que defende um idealismo axiológico, dado que o critério definidor do direito é a adesão a um conjunto de valores ou deveres fundamentais. Trata-se, como já ficou sugerido, de uma conceção que defende que o objeto do conhecimento jurídico consiste numa realidade que, inversamente ao idealismo voluntarista, se caracteriza, tanto pela sua ordenação, resultado da possibilidade última de compreensão das normas por referência a um conjunto de valores ou deveres fundamentais, como pela sua estaticidade, já que, exatamente pelo mesmo motivo, a fixação das finalidades normativas implica que a variação das normas seja reduzida, sendo o trabalho de adaptação às circunstâncias do caso essencialmente resultante da atividade de aplicação das normas (aspeto que se pode

¹⁸⁸ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 224-6.

comprovar no, já mencionado, «dogma da plenitude lógica» do ordenamento, caracterizador, precisamente das concepções sistemáticas do direito, inseríveis, precisamente, na linha do ideário estoico).

Já num segundo momento verificou-se uma enorme acentuação do papel do ser no entendimento dos problemas sociais, das questões morais e, naturalmente, das jurídicas também. Tal mudança radical de fundamento ocorreu na sequência do grande sucesso da doutrina do positivismo científico¹⁸⁹, tal como se pode encontrar formulada de forma sistemática em AUGUSTO COMTE¹⁹⁰, apesar de muitos dos filósofos da época moderna já terem sido cultores das ciências naturais (alguns exemplos: DESCARTES publicou uma obra de física: *Traité du monde et de la lumière*, obra alvo de várias publicações, tendo sido integralmente publicada, já postumamente, em 1677; LEIBNIZ também publicou vários escritos científicos em várias áreas, incluindo a física, sendo, nesta, o mais significativo o *Specimen Dynamicum* de 1695; o mesmo se passou com HOBBS, tendo os seus escritos científicos sido publicados conjuntamente na obra *Cogitata physico-mathematica* de 1644). Na sua famosa lei dos três estados, COMTE defendeu que a humanidade, após ter atravessado o estado teológico – em que se recorria a explicações de cariz divino para compreender os fenómenos naturais e sociais – e metafísico – em que a explicação de tais fenómenos residiria em ideias abstratas, como a razão ou a natureza com as suas essências inatas e perenes; exemplo prototípico: a ideia de contrato social para explicar a organização social e política – teria chegado à fase de maior maturidade: o positivismo.

Esta possibilidade de entendimento da realidade, típica da idade moderna e contemporânea, pode ser entendida como uma manifestação posterior da compreensão do mundo que se pode encontrar *in ovo* na doutrina nominalista de OCKHAM: ao se vincar o carácter único de cada criação, a análise da realidade passa a incidir essencialmente sobre cada fenómeno individualmente considerado, bem como nas relações observáveis de causa-efeito entre vários fenómenos¹⁹¹, centrando-se o conhecimento nas causas materiais e eficientes¹⁹². Trata-se do entendimento positivista do conhecimento, considerado por COMTE como o modelo prototípico do conhecimento, o único verdadeiro conhecimento. Nasce assim o conceito moderno de ciência, centrado na análise de tais

¹⁸⁹ Ibid., p. 230-2.

¹⁹⁰ Nomeadamente na sua obra *Cours de Philosophie Positive*, publicado em seis volumes (1830-42).

¹⁹¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 101 e 231.

¹⁹² Recorre-se aqui, como forma de explicar a abordagem positivista, à categorização aristotélica das causas, exposta na *Física* e na *Metafísica*. Sobre esta questão v. A. FALCON, «Aristotle on Causality» ponto 2.

relações, na formulação de leis-gerais induzidas daquelas. A título de exemplo refira-se a lei da gravidade geral formulada por NEWTON em resultado da observação continuada de vários fenómenos. Tais leis passam a centrar-se quase exclusivamente nos aspetos quantificáveis da realidade – a análise das causas materiais e eficientes assim o permitia – e a ter uma suposta aplicabilidade universal. O seu sucesso foi tal que a compreensão da realidade passou tendencialmente a centrar-se na aplicação de tais leis-gerais, num movimento idealista que foi perdendo progressivamente o contacto com a realidade, baseando-se em raciocínios abstratos de aplicação e derivação lógica de tais leis. Esta forma de compreensão reduzida da realidade, centrada nas relações causa-efeito e na possibilidade de quantificação dos fenómenos, apresentou, contudo, a inegável vantagem de possibilitar cálculos exatos, permitindo um grande controlo sobre a realidade e, consequentemente, dando lugar ao grande desenvolvimento da técnica.¹⁹³

O método positivista foi o método por excelência das ciências modernas, sendo essencialmente utilizado no âmbito das ciências naturais. Contudo, na sequência da sua grande exaltação que encontramos na obra de COMTE, o positivismo «conquistou novos domínios»¹⁹⁴, abarcando algumas áreas de conhecimento até então integradas na filosofia: surgem as ciências humanas, tentativa de aplicar o método positivista, protótipo do método científico, ao estudo do homem, nomeadamente através da sociologia, que para aquele A unificaria o estudo da história, da psicologia e da economia¹⁹⁵. Perante este panorama, uma consequência afigura-se como praticamente inevitável: a aplicação do método positivista ao direito.

Foi, precisamente, após o advento do ideário comtiano que a aplicação do método positivista ao direito iniciou a sua fase de maior intensidade, ainda no decorrer do século XIX.

Primeiramente, a pandectística, a que nos referimos no ponto 3.2.1.1, adota uma atitude positivista, em dois sentidos. Um deles prende-se com o facto de esta escola de pensamento se inserir na chamada Escola Histórica Alemã, a qual, ao partir da noção básica de «espírito do povo», adota uma atitude «científica» relativamente aos elementos sociais (soluções tradicionais, costumes) que fundamentariam o direito, já que estes seriam encarados como elementos de um mesmo «órgão» dotado de uma lógica própria e que se prestaria a uma sistematização, a uma compreensão por princípios gerais, à

¹⁹³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 102.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 231.

¹⁹⁵ A. COMTE, *Cours de Philosophie Positive - Tome Sixième et Dernier*, pp. 645 e ss.

semelhança do que supostamente ocorreria nas ciências naturais¹⁹⁶. O outro, mais significativo, encontra nas leis positivas a realidade estática que o direito visa conhecer, as quais, com a preciosa ajuda de conceitos, são tratadas como «factos»¹⁹⁷ - realidade que, nesta conceção, é o objeto do conhecimento jurídico - que, à semelhança dos fenómenos naturais abertos à observação científica objetiva, são alvo de interpretação «objetivista», ou seja, de uma interpretação que tinha por referência a recondução à lógica do sistema – e não a qualquer intenção subjetiva. Ainda que tal regime interpretativo envolva a consideração de uma teleologia, trata-se sempre de assegurar uma finalidade integrante do sistema concetual e não de qualquer finalidade inerente à realidade social à qual as normas são aplicadas. Por isso, o sistema contém toda a matéria necessária à determinação do direito aplicável aos factos – constituindo, portanto, a causa material –, determinação essa cujo processo se pauta por um método subsuntivo – que constitui, a causa eficiente –, cuja aplicabilidade depende, em grande medida, do recurso a conceitos, noções que, pela sua abrangência e conseqüente elasticidade, supostamente permitem a subsunção nas normas em que os mesmos se encontram, explícita ou implicitamente, consagrados de quaisquer factos da vida. Nesta mesma linha de pensamento se inserem, naturalmente com diferentes graus de intensidade, as conceções do conhecimento jurídico como sistema fechado e formal e como sistema aberto e móvel, de que se deu conta no ponto 3.2.1.1.

Esta particular conceção positivista do direito pode justificadamente filiar-se na linha da também particular conceção estoica de matriz nominalista que, conforme se explica *supra*, no ponto 2.1.1, se designa por concetualismo. Tal como nessa conceção os conceitos ou ideias apresentam a particular função de serem capazes de captar e traduzir as semelhanças entre os fenómenos individuais, possibilitando a fixação de categorias capazes de facilitar a compreensão da realidade, também aqui a mesma conceção nominalista de conceito tem uma importância fulcral. Efetivamente, aqui, sendo a realidade relevante o conjunto legislativo, os conceitos que se podem deduzir das leis (ou mesmo aqueles que nelas estão consagrados) são essenciais para perceber a totalidade do «alcance» dessa realidade-objeto, dando azo a que de tal conhecimento se consiga determinar o direito, o conhecimento jurídico, em cada caso, que toma aqui a forma de um preceito prescritivo, a norma do caso concreto que permite realizar alguma finalidade integrante do sistema concetual.

¹⁹⁶ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, p. 416.

¹⁹⁷ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 236.

Por tudo isto, esta conceção sistemática do direito assume um tipo de conhecimento especulativo que tem por objeto uma realidade estática, concretamente a realidade por que é tido o sistema com os seus conceitos, cujo conhecimento permite a formulação de preceitos prescritivos. Além disso, está também em causa uma realidade caracterizada pela unidade, em virtude de, subjacente ao sistema e conferindo-lhe harmonia, estar um conjunto de princípios ou valores essenciais, tal como se referiu *supra* a propósito da conceção sistemática de CANARIS ou, regressando às origens desta conceção, tal como resulta dos aludidos dois fins essenciais do direito na conceção estoica de CÍCERO (cumprir as promessas feitas e respeitar o que pertence ao outro: v. ponto 2.1.1).

Como forma sugestiva de aludir a esta conceção poderá utilizar-se a expressão «positivismo concetualista», pelo papel fundamental dos conceitos na sua construção.

Ademais, e ainda com maior intensidade, pode afirmar-se que a doutrina positivista influenciou a forma como o direito é entendido e realizado no âmbito das conceções de matriz célica e epicurista, que abordámos nos pontos 3.2.2.1 e 3.2.2.2, respetivamente.

Tal influência verificou-se em várias instâncias. Em primeiro lugar, mesmo antes das referidas contribuições de COMTE, vários AA procuraram aplicar o método positivista usado nas ciências naturais ao direito¹⁹⁸. Já os abordámos anteriormente. Trata-se, sem preocupação de exaustividade, de AA como HUME (remete-se aqui para as referências constantes do ponto 3.2.2.1) que, ao entender as prescrições jurídicas como um conjunto de sinais cujo significado é dependente da visão que deles têm os seus destinatários habituais em certo momento e lugar – realidade objeto do conhecimento jurídico, que é, portanto, dinâmica, variável no tempo e no espaço –, excluindo, no seu ceticismo, qualquer possibilidade de recurso a alguma ideia ou conceito juridicamente relevante de validade perene, defende uma posição de cariz positivista – por isso, a realidade objeto do conhecimento jurídico é essencialmente desordenada, desprovida de qualquer ideia ou finalidade inerente que lhe confira sentido. Assim é, pois faz assentar a determinação do direito vigente numa análise factual individualística, baseada na forma como cada preceito é entendido na sociedade, numa atitude «mecânica» e centrada exclusivamente na causa eficiente de cada solução jurídica. Outro exemplo é BENTHAM (remete-se aqui para as referências contantes do ponto 3.2.2.2) cujas posições utilitaristas não se centram, como as de HUME, na análise da forma como os preceitos jurídicos são percebidos mas

¹⁹⁸ Ibid., p. 231-4.

antes nos efeitos que dos mesmos se podem esperar – aqui residindo a realidade dinâmica que o direito visa conhecer e da qual deve derivar as regras jurídicas –, concretamente no que toca à maximização do bem estar (*felicific calculus*), implicando, nomeadamente, a prevenção de situações de perda de direitos adquiridos ou a prevenção da ocorrência de crimes – além de dinâmica, e apesar da referência à ideia de maximização do bem estar, a realidade em causa é também essencialmente desordenada, visto que assentar na prossecução da manutenção do *status quo*, seja ele qual for. Esta abordagem «calculista» apresenta um inegável cunho positivista.

Já após o advento do ideário comtiano, a influência das ideias positivistas nas concepções de matriz céptica e epicurista reforçou-se.

No que às primeiras que diz respeito, é de realçar o nascimento e a importância crescente das ciências sociais, centradas na análise positivista, fixada em certo ponto espaço-temporal, dos fenómenos sociais, os quais constituem a sua causa material. Correntes como a doutrina jurídica do marxismo clássico, o uso alternativo do direito, o *critical legal studies* ou os realismos escandinavo e norte-americano encaram, naturalmente com diferentes contornos, o direito como um fenómeno social: seja como um instrumento à mercê dos interesses políticos dos governantes ou das tendências ideológicas dos decisores, seja como constatação empírica dos processos que explicam as decisões dos julgadores, com as suas idiossincrasias. Na análise positivista de tais realidades – causa eficiente –, consiste a possibilidade de determinar o direito aplicável, concretamente na forma de prescrições comportamentais necessárias para ir realizando as mudanças necessárias relativamente às quais o direito está instrumentalizado ou as idiossincrasias pessoais de cada julgador. Em função da análise positivista da realidade social que estas concepções propõem pode-se justificar a adequação da designação «positivismos-realistas» como forma de aludir às mesmas.

Já relativamente às segundas, o cariz positivista assume um formato diferente, mas de não menor intensidade. Uma análise de natureza utilitarista, centrada nos interesses em conflito – causa material – no caso ou no conjunto da sociedade, e que tem por objetivo a maximização do bem-estar do maior número (análise económica do direito) – causas eficientes –, implica necessariamente uma fixação em determinada circunstância de tempo e lugar com referência à qual se irá processar a identificação dos interesses em jogo. Em função do cariz utilitarista destas concepções, poder-se-á adotar a designação de «positivismos-utilitaristas» para as mesmas.

Não é difícil identificar que, nas concepções de matriz cética, a realidade objeto do conhecimento jurídico é uma realidade, por um lado, dinâmica, visto que visto que as suas características, que são objeto de análise, se vão alterando no tempo e no espaço, e, por outro, uma realidade desordenada, uma vez que nenhuma ideia ou princípio é encarado como fator distintivo – e, portanto, inerente – dessa realidade, podendo variar conforme variem as tendências políticas ou ideológicas dos governantes ou dos julgadores. O mesmo se diga a respeito dos positivismos-utilitaristas, pois, por um lado, os interesses em jogo naturalmente variam de situação em situação, conferindo dinamismo à realidade objeto do conhecimento jurídico e, por outro, tal realidade, a configuração dos interesses em cada caso, é desordenada, pois eles variam de forma imprevisível e aleatória, ainda que, nesta concepção, o direito – que, na realidade e como se referiu, se confunde com a política, por estar centrada numa perspectiva de elaboração legislativa – vise a imposição de uma «ordem» nessa realidade, promovendo as soluções maximizadoras do bem-estar.

Como forma de apresentar uma adequada visão de conjunto, elencando as diferentes concepções conjuntamente com as diversas combinações relativas às respetivas compreensões a respeito do tipo de realidade cujo conhecimento é relevante em cada concepção, apresenta-se o seguinte quadro:

Concepção	Realidade
Idealismo voluntarista	Desordenada e dinâmica
Idealismo axiológico	Ordenada e estática
Positivismo concetualista	Ordenada e estática
Positivismo realista	Desordenada e dinâmica
Positivismo utilitarista	Desordenada e dinâmica

3.3.1.2. Objeto constituído por uma realidade ordenada e dinâmica

Em contraste com a possibilidade de entender o objeto do conhecimento especulativo descrita no ponto anterior, uma outra visão, de maior abrangência, sobre o conhecimento

do mundo é desvendada quando se procura uma abordagem ao referido tipo de conhecimento isenta das posturas positivista e idealista e das suas raízes nominalistas.

Tal abordagem pode ser encontrada na tradição aristotélico-tomista sobre a natureza das coisas, que pressupõe uma visão mais abrangente e integrada sobre os fenómenos do mundo, designada, devido à ênfase que coloca na análise da realidade e à sua origem no período clássico, por realismo clássico.

Compreendê-lo implica abordar a conceção aristotélica da física e da metafísica. Nestas, um conceito básico é o de substância¹⁹⁹ (*ousia*; cfr. *Met.* 1028a30 e ss.): qualquer ser que seja individualizável e suscetível de ser identificado sem referência a qualquer outro ser (exemplos: o António, a flor x, a sentença y, o Miguel). Esta é a noção estrita de substância, razão pela qual se designa por substância primária, sendo também designada por «particulares». Mas como a compreensão global da realidade implica também a consideração de entidades não individualizáveis e só identificáveis por referência a outras, que as caracterizam ou predicam de uma de três formas – através da referência a um género (ou tipo), a uma propriedade ou a uma relação –, estas são também consideradas como integrando a realidade e chamadas, em virtude da sua natureza dependente, substâncias secundárias (exemplos: o homem António – género –, a beleza da flor x – propriedade –, a justiça da sentença y – propriedade –, o pai Miguel – relação). Em virtude da natureza predicativa destas últimas, e, portanto, extensível a inúmeros objetos (substâncias primárias), elas são também conhecidas por «universais». Determinar o estatuto dos universais constitui uma das discussões mais profundas da metafísica, conhecida como o problema dos universais²⁰⁰. Três grandes hipóteses de resposta têm sido apresentadas: 1) o idealismo platónico (*universalia ante res*); 2) o realismo aristotélico-tomista (*universalia in rebus*); 3) o anti-realismo (*universalia post res*).²⁰¹

O primeiro assenta na consideração de que os universais são entidades com uma existência própria e independente de qualquer forma de perceção dos mesmos. São, por isso, entidades absolutas que existem num mundo idílico, onde constituem simplesmente formas abstratas desprovidas de tangibilidade.

¹⁹⁹ J. BARNES, «Metaphysics», p. 90-2 e 100-1.

²⁰⁰ V. M. DE WULF, «Nominalism, Realism, Conceptualism», p. 90-3 e M. MACLEOD E E. RUBENSTEIN, «Universals».

²⁰¹ Os sugestivos termos em latim colheram-se em H.H. PRICE, *Thinking and Experience*, p. 7-13.

O terceiro, numa posição oposta ao primeiro, defende que os universais não têm qualquer tipo de existência autónoma, uma vez que não passam de construções linguísticas (nominais) usadas para descrever de forma unificada as percepções que os predicados deixam em cada indivíduo. Os «universais», nesta conceção, não designam nada de objetivamente universal pois cada entidade é única e dotada de características próprias. Trata-se, como facilmente se percebe, da conceção nominalista a que se foi frequentemente fazendo referência.

Já o segundo, que constitui a posição atribuível originariamente a ARISTÓTELES, sustenta que os universais existem sem autonomia, mas antes através de uma existência dependente das substâncias primeiras, de tal maneira que a sua existência, embora concetualmente distinguível, corresponde à respetiva instanciação naquelas. Além disso, as substâncias primeiras também não existem sem serem caracterizadas pelos universais. De facto, os particulares de ocorrência natural, existentes espontaneamente na natureza (*phusis*) – por oposição às coisas que são obra humana, designadas por artefactos, *poiésis* (v. *Met.*, 1032a-1033a e *EN*, 1140a) – tais como uma pessoa, um animal ou uma planta, são concebidos por ARISTÓTELES como um composto de matéria (*hyle*) – aquilo de que cada particular é constituído (exemplos: o António é constituído por um corpo, a flor x é constituída por raízes, caule, folhas e pétalas) – e de forma (*morphé*) – que constitui a configuração da matéria que lhe confere a sua existência enquanto substância primária e secundária (exemplos: o corpo de António configurado pela alma – entendida como princípio-vital do ser humano, o conjunto das suas capacidades biopsicológicas – de António forma o homem António; as raízes, caule, folhas e pétalas configurados pela forma da flor x formam a flor x) –, formando uma entidade de natureza compósita, pelo que esta forma de conceber a realidade se designa por hilomorfismo. Ora, a configuração da matéria pela forma é feita precisamente através da participação da forma dos particulares nos universais (os exemplos anteriores demonstram-no: é a participação da alma de António no género humano – universal – que faz com que esta configure o seu corpo, formando o homem António; é a participação da forma da flor x no género de que essa flor faz parte, por exemplo uma rosa, – universal – que faz com que tal forma configure as raízes, caule, folhas e pétalas, formando a flor x). Essa participação, contudo, não é total nem imediata, dado que as características próprias e definitórias de cada universal, chamadas essências ou propriedades essenciais (*to ti esti*), podem coexistir, em cada particular, com características incidentais e, por vezes, mesmo contrárias àquelas.

Tal deve-se precisamente à natureza compósita dos particulares, concretamente ao facto de a matéria apresentar maior ou menor resistência a ser configurada pela forma²⁰², num processo dinâmico que explica a razão pela qual a maneira como os universais se revelam aos sentidos – através da matéria – não reflete necessariamente, de modo fiel, a forma configurada pelo universal, podendo aproximar-se mais ou menos de tal forma. Assim, se explica porque uma flor, *rectius* a matéria de uma flor, pode ser muito fiel ao universal que configura a forma respetiva – o género de uma rosa ou a propriedade de ter pétalas vermelhas –, nascendo, crescendo (assumindo a forma típica de uma rosa), reproduzindo-se e morrendo – assumindo as possíveis características essenciais desse género de substância –, como pode não ser fiel a esse universal, por exemplo não chegando a reproduzir-se em resultado de uma doença já presente na própria matéria estando, portanto, num estado de privação (*steresis*) relativamente a uma característica própria ou essencial sua (a capacidade reprodutiva). A configuração da forma pelo universal é, portanto, uma possibilidade que pode ser mais ou menos realizada na matéria, em cada particular. A realização (*energeia*), na matéria, dos universais correspondentes a cada particular é, assim, uma potencialidade inscrita na natureza das coisas, um plano ou ordem a ela inerente que permite compreender a mutabilidade das substâncias naturais (*kinesis*) – inexistente nos artefactos (v. *Física*, 192b e ss.) –, sendo que esta mutabilidade é orientada por um fim (*telos*): a referida realização. É, portanto, pela identificação de tal fim que se pode compreender o sentido de tal mutabilidade, mesmo que esse fim não seja perceptível na matéria de maneira totalmente realizada, mas apenas parcialmente, como uma tendência. Ao se identificar tal fim, identifica-se, por acréscimo, a existência de um plano ou ordem inerente à realidade das coisas, latente nas mesmas, presente essencialmente na forma de uma potencialidade (*dunamus*) que orienta a mutação das substâncias naturais através de um ímpeto (*genesis*) inexplicável por quaisquer causas externas.

Retomando o exemplo da rosa: a respetiva semente tem em si inscrito um plano, uma potencialidade que, se – entre outros requisitos – as condições externas (tais como a exposição solar, temperatura, humidade) forem as adequadas, se concretizará no crescimento e na constituição da mesma. Repare-se que tais condições externas não são a causa essencial do crescimento e da constituição de tal planta, são apenas fatores externos que permitem esse crescimento, não apenas de certa rosa, mas de qualquer

²⁰² R.J. HANKINSON, «Philosophy of Science», p. 116.

planta. O facto de determinada rosa crescer e chegar à fase adulta, fase de seu maior desenvolvimento, com determinadas características próprias de tamanho e forma, se reproduzir em certo momento e morrer num momento posterior, é algo que está inscrito na natureza das coisas, é o resultado de uma «força interna»²⁰³ já inscrita na semente. Este movimento é, portanto, caracterizado por uma série de mudanças de cariz qualitativo orientadas por uma - ou várias - teleologia, explicadora da razão de ser (*dioiti*) de tal movimento: no caso da rosa, tal finalidade pode ser, por exemplo, a reprodução ou a continuação dessa espécie, pois esta explica muitas das instâncias de tais movimentos.

Não se pense que esta perspetiva se trata de uma visão antiquada ou desadequada da forma de entender a realidade. Pelo contrário, alguns avanços científicos recentes corroboram a sua verosimilhança. Enumeremos dois.

O primeiro pode ser encontrado em considerações científicas relativamente recentes, assente em dados retirados essencialmente do âmbito da física, da química e da cosmologia, que se têm designado por coincidências ou propriedades antrópicas (*fine-tuned universe*).²⁰⁴ Sem que se queira aprofundar esta questão, mas também sem deixar de dar conta de que se trata de uma matéria muitíssimo discutida e bastante controversa, refira-se que, em termos básicos, está em causa a observação de várias leis da física, da química e de várias regularidades cosmológicas, as quais apresentam valores muito circunscritos, constituindo condições necessárias, embora não suficientes, para a existência de vida, inclusivamente de vida inteligente. Alguns exemplos: se o albedo do planeta Terra fosse maior do que é, a Terra seria insuportavelmente fria; se fosse menor seria intoleravelmente quente; se a Terra estivesse mais próxima do Sol, seria demasiado quente para que nela existisse vida; se estivesse mais longe, seria demasiado fria; se o nosso sistema solar estivesse mais próximo do centro da via láctea, seria devastado pela radiação cósmica; o mesmo aconteceria se estivesse demasiado longe do centro pois nos seus confins limítrofes existem braços espirais que emitem também tal radiação; se a cor do sol fosse mais próxima de um dos limites do espectro de luz visível, ou seja, se fosse mais avermelhada ou mais azulada, seria impossível a realização da fotossíntese, processo essencial para a existência de vida. Estes alinhamentos harmónicos de diferentes realidades naturais não têm atualmente nenhuma explicação científica, estando em aberto várias possibilidades (Deus, coincidência – esta quase não tem seguidores –, hipótese do

²⁰³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 251.

²⁰⁴ Sobre esta matéria v., entre muitos outros, F. HOYLE, *The Intelligent Universe* pp. 219 e ss e S. FRIEDERICH, «Fine-Tuning».

multiverso), mas não é objeto de dissenso a constatação de que aqueles apurados das leis naturais (características ou propriedades das substâncias naturais) convergem para possibilitar a existência de vida, pelo que se pode falar de um fim objetivo, de uma teleologia implícita em tais substâncias naturais. Novamente se reforça que esse fim não é atingido de forma total ou imediata, mas gradual e tendencial, pois nem sempre aquelas características das substâncias naturais permitem a realização do fim em causa, dado que as condições necessárias à existência de vida na Terra não se verificam sempre e, quando se verificam, tal não ocorre sempre na mesma medida. Mas a existência da tendência é plausível, em especial tendo em conta que as explicações de caráter teleológico não limitam a sua aplicabilidade à questão da existência de vida na Terra, sendo antes um argumento aplicável no âmbito de outros domínios dedicados ao estudo da natureza, nomeadamente na biologia²⁰⁵, onde a teleologia é um argumento utilizado, ainda que não de forma consensual, para justificar vários aspetos da evolução dos seres vivos.

O segundo reside no conhecimento que a ciência atingiu no campo da genética, nomeadamente no que toca ao conhecimento do código genético (ADN). Este importante desenvolvimento científico, por um lado, corrobora, de forma bastante clara, a referida existência de casos de privação ou ausência de características essenciais nas substâncias naturais, concretamente nos seres vivos, na forma de doenças genéticas: doenças que, estando inscritas na própria natureza do ser em causa e não sendo o resultado de quaisquer condições externas, o impedem de atingir plenamente o seu fim natural. Por outro lado, o código genético é também revelador de que existe um plano ou ordem inerente à natureza de cada ser vivo, dado que nele se podem identificar as instruções genéticas que determinam o respetivo funcionamento e desenvolvimento, incluindo aquelas que se propagam na descendência (características hereditárias).²⁰⁶

ARISTÓTELES, ao adotar esta perspetiva sobre a realidade, não se limita a formular um método para compreender o funcionamento da realidade, o seu propósito com a mesma é bem mais ambicioso. Ele procura defender que o fim (ou fins) das substâncias naturais é um fim bom e que a ordem do universo, da qual fazem parte todos esses fins, é o Bem (*agathon*). O argumento é simples: é a realização do fim próprio de cada ser natural, daquilo que é mais conforme e apropriado com a sua natureza específica, que faz com que esse ser seja plenamente aquilo que, segundo a ordem natural das coisas, ele está

²⁰⁵ V. S. FRIEDERICH, «Fine-Tuning», ponto 1.3.

²⁰⁶ Apontando o caso do ADN como um exemplo especialmente revelador da existência de uma ordem inerente às coisas M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 252.

ordenado a ser, permitindo-se assim que atinja o seu potencial, a sua plena realização, perfeição ou completude. (*Met* 983a).²⁰⁷ TOMÁS DE AQUINO, que adotou expressamente esta posição de ARISTÓTELES, foi muitíssimo claro ao afirmar que o bem se encontra na realização plena das potencialidades latentes na realidade, de tal maneira que afirma serem o mesmo o bom e o ser, pelo que tais termos se podem utilizar de forma intersubstituível: «In rebus autem unumquodque tantum habet de bono, quantum habet de esse, *bonum enim et ens convertuntur*» (*ST*, I-II, 18, 1, co.; destaque nosso); «*bonum est in re*» (*ST*, I, 16, 1, co.).²⁰⁸

Desta forma de compreender a realidade retira-se duas importantes implicações metodológicas, no que diz respeito ao método para conhecer a realidade. Primeiramente, nela encontramos o fundamento da metodologia realista como única forma de captar adequadamente a realidade entendida desta forma abrangente: a conceção hilomorfista das substâncias primárias (particulares) implica que só pela observação das mesmas se possa conhecer a respetiva forma e, nela, se conhece outro importantíssimo âmbito da realidade, as substâncias secundárias (universais). Recuperando o exemplo das coincidências antrópicas: só observando e analisando vários fenómenos da cosmologia, da física e da química é que se torna possível descobrir o respetivo *telos*, a criação de condições para a existência de vida na terra, sendo essa a forma que conforma a respetiva matéria – «as *coisas* naturais têm um fim para o qual tendem. Esse fim é uma *forma, morphé*»²⁰⁹ – e também o universal presente em tais fenómenos particulares, concretamente uma relação com outros particulares: os seres vivos. A formulação de tal universal poderia, portanto, ser: «capacidade de gerar condições para que outra substância tenha vida».

Depois, não conhecendo de antemão em que consiste o estado de privação e o estado de realização de certa substância natural, uma vez que o respetivo *telos* é desconhecido à partida, numa análise limitada à respetiva constatação momentânea, torna-se necessário adotar uma atitude de observação contínua de todo o seu processo de mutabilidade, do seu «ciclo de vida», e de observar vários exemplares do mesmo ser, comparando-os,

²⁰⁷ Afirmando a possibilidade e a adequação deste entendimento aristotélico da ética baseada na realidade para o mundo atual v. M. HAUSKELLER, «Telos: The Revival of an Aristotelian Concept» e A. MACINTYRE, *After Virtue*, pp. 226 e ss.

²⁰⁸ A este respeito v. a excelente síntese de M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 253-4. V. também *ST*, I, 5, 1, co.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 253.

dividindo os seus elementos em partes de modo a observar o que há neles de comum, de diverso e de único, para que se possa identificar os desenvolvimentos que tendem para a realização das suas finalidades naturais e, nestas, reconhecer as características próprias dos universais que enformam a mutação da respetiva matéria, bem como, de seguida, os casos em que tais características não se verificam. Exemplo: para que se identifiquem as características próprias do género «árvore» é necessário analisar e comparar vários exemplares de árvores uma vez que nestes particulares existe tamanha variedade de formas e tamanhos (compare-se uma palmeira com um embondeiro) que a análise de poucos exemplares seria completamente insuficiente para que se pudesse identificar corretamente o respetivo universal, nomeadamente as suas características essenciais. O mesmo aconteceria caso os exemplares que se analisassem fossem, por exemplo, todos oriundos de um local onde alguma doença afetasse o seu desenvolvimento. Eis as sugestivíssimas palavras de VILLEY a este respeito: «Nós não “compreendemos” o individual a não ser através de “razões” mais ou menos comuns, pela intervenção do caso concreto, daquilo que o individual comporta, em si mesmo, de geral»²¹⁰. Daqui decorre também a insuficiência de uma metodologia de matriz nominalista-positivista, que se resume à análise de cada fenómeno individualmente e de forma localizada no espaço e no tempo, bem como das relações de causa-efeito entre os fenómenos entendidos dessa maneira. Só tendo analisado uma amostra significativa, e o mais variada possível, de exemplares se estará em condições de compreender a realidade de forma a perceber um, ou os vários universais, que enformam o processo de mutabilidade das substâncias naturais. Só então, formulado corretamente certo universal, se estará em condições de o usar como critério para compreender a realidade de cada substância natural, para tentar prever aproximadamente o seu desenvolvimento e, até, intervir ativamente na realidade de modo a orientá-la para o bem, ou seja, para a realização do potencial inerente à mesma, contribuindo para a realização das finalidades naturais, para a mais frequente conformação da matéria aos universais.

Esta possibilidade de conceber o conhecimento especulativo como tendo por objeto uma realidade dinâmica, caracterizada por tendências teleologicamente orientadas, não se confina à compreensão dos fenómenos estudados pelas ciências naturais, estendendo-se também às realidades dependentes da ação humana, nas quais se revestem de especial

²¹⁰ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 164.

interesse para o direito as realidades sociais, concretamente as relações interpessoais, que se podem considerar também como naturais, no sentido em que são uma característica essencial do género humano (universal), revelada, por exemplo no facto de o ser humano ser o único ser vivo capaz de comunicação avançada. De facto, a superação da ideia de total estagnação entre ser e dever-ser, de que na realidade tangível não é possível encontrar elementos que, ainda que implicitamente, apontam para a existência de finalidades objetivas passíveis de orientar a organização das sociedades humanas só é verdadeiramente possível se a análise da realidade, segundo o entendimento que da mesma se tem apresentado neste ponto, incidir precisamente sobre as realidades sociais.

Na base de tal possibilidade está a ideia de que o ser humano é uma parte da natureza, não apenas no que toca à sua existência corporal, embora seja, como se referiu, neste âmbito da «matéria» que se manifestam as características essenciais do respetivo género. Sem excluir que muitas das dimensões da vida humana são o resultado de escolhas individuais – artefactos – com as mais diversas motivações, é também possível encontrar outras dimensões da vida humana que revelam tendências objetivamente verificáveis no âmbito das relações interpessoais. Vejamos dois exemplos avançados por VILLEY²¹¹, recuperados de ARISTÓTELES (*Pol.* 1252a e ss.). Um é o caso da formação de comunidades de vida em comum, as famílias, sendo que cada família, adotando a terminologia aristotélica, se pode considerar como um particular cuja matéria, «aquilo» de que é constituída, é os seus membros. Sem prejuízo das muitas configurações que as famílias apresentaram ao longo dos tempos, e apresentam hoje também, não parece ser possível questionar que se trata de uma tendência das relações interpessoais humanas que tem como possíveis finalidades a educação dos filhos ou a vivência partilhada da vida, sendo esses os possíveis *telos* que orientam o desenvolvimento, a mutabilidade natural das famílias (por exemplo em resultado do crescimento dos filhos), pelo que, procurando entender o universal que enforma a família (o género «família»), este terá tais características essenciais. Outro exemplo é o da formação de comunidades sociais dotadas de organização política. Novamente, não se coloca em causa as variadíssimas configurações que as sociedades organizadas politicamente foram assumindo ao longo do tempo e do espaço. Mas a existência de alguma forma de organização política, de alguma estrutura que implique a tomada e a implementação de decisões que afetem toda a comunidade, apresenta-se como uma tendência inerente à condição, ao género humano

²¹¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 248.

que visa o bem comum – o qual se traduz em finalidades como a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, a manutenção da segurança ou da saúde públicas, que orientam o desenvolvimento das mesmas –, e que cria «relações naturais»²¹² entre os membros da sociedade, sendo de afastar a historicidade de alguma instância em que uma sociedade humana tenha vivido em «estado de natureza», pois a natureza humana é precisamente no sentido tendencial da organização política, ainda que numa forma básica. Sublinhe-se, todavia e novamente, que estão sempre apenas em causa tendências, pelo que é também possível encontrar casos particulares em que elas não são seguidas: pessoas que vivem isoladamente ou sociedades anárquicas desprovidas de qualquer organização política. TOMÁS DE AQUINO foi muito claro ao afirmar a sujeição da natureza humana ao normal devir das substâncias naturais no que toca à sua mutabilidade orientada pela tendencial realização dos fins naturais: «*Natura autem hominis est mutabilis*» (ST, II-II, 57, 2, ad. 1; destaque nosso; cfr. também ST, I-II, 94, 4, *co., in medium*).

Assim, pode afirmar-se que, embora a concretização circunstancial de tais tendências verificáveis nas relações sociais interpessoais seja variável em função da mutabilidade da natureza humana, se verifica, segundo uma observação prolongada no tempo e abarcante de várias instâncias realizadoras das tendências em causa, que estas integram a natureza das coisas do âmbito relações sociais interpessoais. Estão, portanto, além de meras escolhas pessoais ou coletivas, e visam determinadas finalidades, as quais se apresentam, precisamente nessa medida, como objetivas, no sentido de inerentes à natureza das coisas, concretamente à natureza humana. Tais finalidades são também boas, no aludido sentido aristotélico, dado que a respetiva realização tendencial maximiza as capacidades inerentes às formas de organização da sociedade, contribuindo assim para a realização dos seus membros.

Em face do exposto, torna-se, portanto, clara a possibilidade e a adequabilidade de conceber as relações sociais interpessoais (objeto do conhecimento) como uma realidade caracterizada, tanto pelo dinamismo, resultante da referida mutabilidade da natureza humana, como pela ordem, resultante das finalidades inerentes a essa mesma natureza. As duas características estão, aliás, intimamente ligadas: é no âmbito da mutabilidade da realidade que se pode identificar as finalidades inerentes à mesma, as quais revelam a existência de um plano ou ordem.

²¹² Ibid., p. 248.

Tal como já se antecipou, sem fundamentar, no ponto 2.1.2, entendemos que esta possibilidade de entender o mundo, e concretamente as relações sociais interpessoais, de forma abrangente no tempo e no espaço de modo a captar as suas variações (mutabilidade), tendo em vista a identificação de finalidades naturais reveladas pelos acontecimentos observáveis (ordem), cuja ocorrência concorre com acontecimentos alheios a essas tendências, é a forma adequada para compreender a realidade que constitui o objeto de conhecimento próprio do conhecimento jurídico, dado que o direito se pode determinar pela observação daquelas relações. Fundamentar esta afirmação é o objetivo dos pontos 3.4 e 3.5.

3.4. Determinação do objeto do conhecimento jurídico

3.4.1. Razão de ordem

Nos dois pontos anteriores, enunciaram-se três formas distintas de conceber o conhecimento especulativo, que qualificámos em duas diferentes classes.

Primeiramente, abordou-se o conhecimento especulativo como um conhecimento relativo a um objeto constituído por uma realidade ordenada e estática ou desordenada e dinâmica, conforme se explica no ponto 3.3.1.1. Trata-se do tipo de conhecimento especulativo predominante nas épocas moderna e contemporânea, em que se reconhece a influência do nominalismo e da respetiva forma de captar a realidade. A realidade objeto desta forma de conhecimento da realidade foi compreendida de duas maneiras distintas: ora como constituindo um idealismo ou abstração, o âmbito do dever-ser traduzível em prescrições comportamentais definidas em abstrato, que se subdivide nas vertentes voluntarista – a realidade é constituída por certa forma de compreender a vontade da qual decorrem aquelas prescrições – e axiológica – a realidade é constituída por um conjunto de valores dos quais decorrem as mesmas prescrições; ora como constituindo a realidade tangível observada de forma positivista, que, além de ter tido um importante papel nos domínios da ciência e da técnica, se concretizou em várias formas de entender a política, a moral e o direito, desde a pandectística (positivismo-concetualista), às correntes baseadas na análise dos fenómenos sociais (positivismo-realista) ou às correntes utilitaristas (positivismo-utilitarista).

A natureza do conhecimento jurídico

Depois, abordou-se o conhecimento especulativo como um conhecimento relativo a um objeto constituído por uma realidade ordenada e dinâmica, que varia de um estado de privação para um estado de tendencial realização das finalidades latentes na realidade, que convive com casos em que tal realização falha. A identificação de tendências na realidade permite identificar a existência de fins objetivos, de uma ordem inerente à natureza das coisas, sendo esta a perspectiva do realismo clássico.

Considera-se que todas estas formas de conceber o conhecimento especulativo são, em abstrato, válidas, sendo cada uma delas capaz de elucidar sobre certa parte, sobre certo objeto da realidade globalmente considerada.

Assim, adotando uma perspectiva objetiva e abstraindo das intenções que os respetivos proponentes tinham em relação ao respetivo âmbito de aplicação, constata-se que os idealismos voluntaristas parecem ser especialmente adequados à compreensão do domínio da política, visto que neste é relevante a formação de determinada vontade política tendo em vista o bem comum, ou seja, a fixação de certa forma de regular a distribuição de direitos e deveres entre os membros da sociedade, traduzida nas leis positivas do Estado com tal finalidade. Adiante abordar-se-á, segundo a conceção defendida, o papel destas no âmbito do direito (ponto 4.4.2.2).

Já os idealismos axiológicos apresentam-se como uma perspectiva relevante no campo da moral, embora não seja, naturalmente, a única perspectiva que se pode adotar nesse campo. Todavia, é clara a possibilidade de se poder formar uma moral, ou seja, um conjunto de valores que se podem determinar como sendo definitórios da natureza humana e que funcionam como «princípios» que permitem, posteriormente, formular prescrições comportamentais gerais e abstratas (exemplos: não matar, não violar a integridade física, não roubar), que visam regular os comportamentos futuros.

Por sua vez, uma abordagem positivista é especialmente apropriada para os domínios da realidade cuja compreensão dependa especialmente da perceção exata dos termos em que ocorrem as relações de causa-efeito entre os fenómenos, concretamente através de uma análise quantitativa que fornece a possibilidade de controlo da realidade. É, portanto, o domínio próprio da técnica baseada nas ciências naturais, particularmente a química e a física, que tanto desenvolvimento conheceu nos últimos anos.

Note-se que, de acordo com o entendimento atual da natureza do conhecimento científico, excluimos que para a obtenção deste seja adequada uma abordagem positivista. De facto, apesar de, na sua origem, o positivismo ser, como já referimos a propósito das contribuições de COMTE, especialmente dirigido ao plano científico, tal entendimento está

atualmente ultrapassado em virtude do reconhecimento de que o conhecimento científico não é um conhecimento definitivo nem, contrariamente ao defendido pelo conceito moderno-positivista de ciência, exprimível na forma de leis absolutas e universais induzidas a partir da observação de relações de causa-efeito entre fenómenos individuais – o que não impede a identificação, pelas ciências, de tendências (normalmente chamadas leis) na natureza, mas sempre desprovidas de tal carácter absoluto –, mas antes um conhecimento da realidade que é sempre parcial – o único que a comprovação empírica pode revelar, por ser, por natureza, uma comprovação circunstancial, limitada pelos instrumentos usados, pelas condições externas, entre outros aspetos – e, enquanto tal, suscetível de evoluções nem sempre totalmente conciliáveis com as conceções anteriormente defendidas: pense-se na já referida lei da gravidade universal de NEWTON que foi ultrapassada pela teoria da relatividade de EINSTEIN – que nega a alegada universalidade daquela – e esta é atualmente posta em causa pela teoria quântica. Todavia, as conclusões científicas, apesar de tal carácter contextual, são muito úteis no domínio da técnica, que se basta com tal conhecimento parcial da realidade para que dele se possa desenvolver algum processo de obtenção de certo resultado.

Não se poderá, *brevitatis causa*, desenvolver esta questão²¹³, mas não se deve deixar de remeter para a obra de AA tão influentes no âmbito da filosofia da ciência como PAUL FEYERABEND ou CARL SAGAN. O primeiro, na sua conhecida obra *Against Method*²¹⁴, defende a inexistência de um método científico constituído por um único procedimento científico adequado (recusa do monismo metodológico) e apresenta o progresso científico como sendo dependente da abertura ao uso de métodos científicos inéditos. O segundo, na sua obra referencial *The Demon-Haunted World*²¹⁵, defende uma postura de ceticismo científico (que não se confunde com o ceticismo filosófico, que já se abordou), segundo a qual o progresso científico deve visar uma compreensão objetiva do universo conseguida através de um questionamento sucessivo, diverso e imaginativo de cada hipótese como forma de testar a sua veracidade, ou seja, a sua capacidade de explicar a realidade. Além disso, este A afirma que a cognoscibilidade do funcionamento do mundo, pela identificação de regularidades num universo tão vasto, não deve deixar de suscitar

²¹³ Sobre esta questão v. a síntese de P.F. DA CUNHA, «Metodología del Derecho Natural», p. 224-6.

²¹⁴ P. FEYERABEND, *Against Method*, pp. 24 e ss.

²¹⁵ C. SAGAN, *The Demon-Haunted World*, em especial as pp. 277 e ss. e 300 e ss.

sentimentos de admiração e reverência²¹⁶, afastando-se, portanto a visão mecanicista própria da postura positivista.

Embora se trate de uma questão ainda largamente por estudar, parece que as anteriores considerações relativas ao objeto do conhecimento científico apontam no sentido de este se apresentar como um domínio do conhecimento especulativo especialmente apropriado para ser captado pela conceção do mesmo que nos é dada pela proposta do realismo clássico. De facto, elas parecem apontar para a necessidade de uma análise mais abrangente da realidade, longe do mecanicismo positivista, que inclui o reconhecimento de regularidades de enorme alcance que não têm uma explicação científica. Daí ao reconhecimento de fins inerentes à natureza, como de resto afirmam já os vários cientistas que reconhecem a abordada questão das coincidências antrópicas, é um pequeno passo. Todavia, talvez o mais claro sinal da adequação do realismo clássico ao conhecimento científico esteja contido nos desenvolvimentos relativos à física quântica – especialmente relevante por conter uma descrição da natureza nas suas menores escalas –, particularmente no que diz respeito à (im)possibilidade de prever acontecimentos ao nível quântico. Eis as sugestivas palavras de HEISENBERG: «a função de onda [descrição matemática que permite aferir o valor de cada medida possível dentro de um sistema quântico] (...) significou uma tendência para algo. Era uma versão quantitativa do antigo conceito de “*potentia*” na filosofia aristotélica.»²¹⁷; «as experiências sobre eventos atômicos, relacionam-se com coisas e factos, com fenómenos que são tão reais como quaisquer fenómenos da vida quotidiana. Mas os átomos ou as partículas elementares, em si, não são assim tão reais; eles formam um mundo de potencialidades ou possibilidades, em vez de um [mundo] de coisas ou factos.»²¹⁸.

Tal como se referiu nos dois pontos anteriores, o conhecimento jurídico foi sendo entendido como um tipo de conhecimento especulativo que pode assumir, consoante o entendimento adotado sobre a natureza do mesmo, todas as formas deste tipo de conhecimento que se acabaram de enunciar: idealismos voluntarista e axiológico, positivismos (concretualista, realista e utilitarista) e realismo. Coloca-se, portanto, a questão de saber qual delas melhor descreverá a natureza do conhecimento jurídico, sem, naturalmente, colocar em causa que cada uma delas se mostra adequada para os vários âmbitos da realidade que acabámos de enunciar. Para responder adequadamente a tal

²¹⁶ Ibid., p. 260.

²¹⁷ W. HEISENBERG, *Physics and Philosophy*, p. 11.

²¹⁸ Ibid. 128.

questão é necessário, primeiramente, determinar qual o objeto do conhecimento jurídico, de modo a determinar qual delas se mostra adequada a este âmbito, dado que, como acabámos de ver, as características do objeto indicam qual o tipo de conhecimento especulativo que dele se pode ter. É o que se fará nos próximos pontos.

3.4.2. O objeto do conhecimento jurídico: uma realidade social interpessoal relativa a operações de distribuição e de comutação

O conhecimento especulativo é um conhecimento de certo objeto, certa realidade, diferenciando-se de um saber-fazer. Ora, o conhecimento de certo objeto implica, necessária e primeiramente, a determinação do mesmo objeto. Qual o objeto do conhecimento jurídico? A resposta a esta pergunta implica primeiramente determinar qual(is) a(s) realidade(s) sobre a(s) qual(is) este conhecimento incide. Para tal, parece adequado olhar para as atividades que lidam com a determinação do direito aplicável a certo caso (a conceção que se adote acerca da natureza do direito é, para tal, irrelevante), concretamente aquela que visa propriamente essa determinação, a atividade jurisdicional, e aquela que consiste no juízo acerca das implicações que determinada conduta pode ter, baseando-se particularmente num juízo de prognose relativamente à opinião dos órgãos jurisdicionais sobre o caso: a atividade de aconselhamento jurídico. Na análise de tais atividades não interessa, para este efeito, estudar como se processam as mesmas, dado que aí está em causa um saber-fazer que resulta na produção da sentença e do ato de aconselhamento jurídico (ou seja, está em causa um conhecimento prático, do qual apenas se abordará o relativo à atividade jurisdicional, no ponto 4, quando se abordar a questão jurídico-metodológica), mas antes a análise das realidades, dos factos sobre os quais incidem essas atividades (conhecimento especulativo).

Que realidades são essas? Seguindo uma metodologia *bottom-up*, atente-se nalguns exemplos práticos de situações com que tais atividades lidam: o pagamento de um preço que alguém faz a outrem por transferência bancária, enganando-se no número que identifica a conta de destino, sendo o montante é creditado na conta de um terceiro que não o vendedor; a construção de um edifício que apresenta defeitos de construção; a atribuição de um subsídio destinado a incentivar a prática da agricultura biológica; a tributação acrescida de uma bebida motivada pela sua alta quantidade de açúcar. Considerando a diversidade destas situações pode parecer muito difícil encontrar uma

fórmula suficientemente abrangente para designar todas essas realidades. Contudo, ela pode ser encontrada procurando por um denominador comum, procurando uma categoria que unifique todas essas realidades.

Assim, constata-se que elas lidam, não com qualquer aspecto relativo à vida «interior» das pessoas, tal como as suas intenções ao praticar um ato, mas antes com «operações externas» («*operationes exteriores*»: *ST*, II-II, 61, 3, co.) através das quais os membros de uma sociedade se relacionam entre si ou a entidade que representa todos os membros, normalmente o Estado, se relaciona com eles: um pagamento indevido, uma agressão física, a construção de um edifício para outrem, a atribuição de um subsídio ou o pagamento um imposto. De facto, a externalidade destas operações reside na circunstância de estas terem por objeto algo que ultrapassa o âmbito próprio de cada uma das entidades envolvidas nessas operações, sendo tal objeto constituído por coisas, pessoas ou ações (*ST*, II-II, 61, 3, co., *prima pars*), no sentido em que tais operações atribuem vantagens, desvantagens ou encargos relativos a coisas, pessoas ou ações.

Retomem-se os mesmos exemplos: no pagamento por engano de um preço a um terceiro, a operação externa atribui, a esse terceiro, uma vantagem relativa a uma coisa; na agressão de alguém a outrem, a operação externa atribui uma desvantagem relativa a uma pessoa, mais propriamente a algo nessa pessoa, a um bem que lhe pertence, como a sua integridade física ou o seu bom nome; na construção de um edifício que apresenta defeitos de construção, a operação externa atribui uma desvantagem ao dono da obra, relativa a uma ação; a atribuição de um subsídio concede ao respetivo requerente uma vantagem relativa a uma coisa; o pagamento de um imposto com taxa acrescida atribui ao contribuinte uma desvantagem relativa a uma coisa.

Todavia, o esforço de categorização das realidades objeto do conhecimento jurídico pode ainda avançar para a identificação de mais duas categorias que, como se verá nos pontos seguintes, se revelam fulcrais para a compreensão do conhecimento jurídico. No funcionamento de qualquer sociedade dotada de organização política, é possível discernir a existência de um todo e de partes desse todo. O papel de representação dos interesses do todo, ou seja, da promoção do bem comum cabe, nas sociedades atuais, maioritariamente ao Estado, sendo que as partes ou membros, para este efeito, são constituídos por todas as células sociais às quais o todo (normalmente o Estado) reconhece a possibilidade de serem titulares de bens transacionáveis pelas referidas operações exteriores: a essas células tem a dogmática jurídica designado por pessoas, singulares e coletivas. Ora, é possível discernir dois tipos diversos das operações externas,

consoante tais operações atribuam vantagens, desvantagens ou encargos do todo para a parte ou de uma parte para outra parte (*ST*, II-II, 61, 3, co., *secunda pars*). No primeiro caso, as operações em causa são distributivas de vantagens, desvantagens ou encargos, uma vez que estes são determinados pelo todo, pelo Estado – porque visam o bem comum – e impostos às partes; no segundo, as operações são comutativas de vantagens, desvantagens ou encargos, uma vez que estes são realizados livremente entre as partes ou impostos por uma parte à outra. Vejamos um pouco mais aprofundadamente cada um destes tipos de operações externas.

As operações distributivas ocorrem na relação «do todo às partes» (*ST*, II-II, 61, 1, co.), ou seja, da entidade encarregada de zelar pelo bem comum da sociedade, normalmente o Estado em qualquer das suas instâncias, para os seus membros. Neste tipo de operações o Estado realiza operações externas de distribuição de vantagens, desvantagens ou encargos, impondo-as aos membros da sociedade. Tal determinação é muito frequentemente feita através de um diploma legal (embora possa também ser efetuada através de um ato administrativo, nomeadamente se a prática do mesmo envolver alguma discricionariedade do órgão que o pratica): adiante-se que essa é, precisamente, uma das possíveis funções da lei, assunto que se abordará no ponto 4.4.2.2. Sublinhe-se que está aqui sempre em causa uma imposição, ou seja, uma determinação de vantagens, desvantagens ou encargos do todo para as partes que, para ser aplicável, não depende da aceitação das partes, dos membros da sociedade a que se dirigem, nas situações para que estão previstas. Vejamos novamente alguns exemplos: a concessão ou não concessão de um subsídio, para os destinatários e nas situações para que está prevista, na lei, a sua concessão, não depende da aceitação ou não aceitação dos destinatários; o mesmo se diga no que toca à sujeição a determinado imposto, nas situações em que a lei o estabelece; e também o mesmo acontece quando está em causa, não a distribuição uma vantagem ou uma desvantagem relativamente a uma coisa, como nos exemplos anteriores, mas antes a distribuição de um encargo relativamente a uma ação (ou omissão), de que é exemplo a determinação, pela lei do Estado, no sentido de que os cidadãos devem conduzir os automóveis do lado direito da estrada ou que não se deve construir edifícios em certa zona com altura superior a determinado limite.

Já as operações comutativas ocorrem na «relação de uma pessoa privada a outra» (*ST*, II-II, 61, 1, co.), ou seja, nas relações que, em qualquer sociedade, se estabelecem entre as partes do todo social, os membros da sociedade, entre si. Note-se que o Estado pode também atuar como membro da sociedade e não como o «todo» da mesma (imagine-

se que o Estado vende um automóvel a um cidadão: neste caso o Estado não está a distribuir quaisquer vantagens, desvantagens ou encargos que visem o bem comum, mas apenas a transacionar uma vantagem relativa a uma coisa que apenas irá beneficiar um determinado membro da sociedade). Contrariamente às operações distributivas, que são sempre impostas do todo para as partes, ou seja, involuntárias para as partes, as comutativas podem ser involuntárias (*akousia*) ou voluntárias (*ekousia*) (*ST*, II-II, 61, 3, co., *secunda pars*; *EN*, 1131a – 1 a 9). Nas primeiras, o respetivo caráter involuntário é, tal como nas distributivas, relativo apenas a uma das pessoas envolvidas na atribuição, mas, enquanto naquelas tal caráter impositivo resulta da circunstância de estar em causa a necessidade de salvaguardar o bem comum, nas comutativas a imposição da operação a uma delas pode resultar de três aspetos: o segredo, a violência (*ST*, II-II, 61, 3, co.) ou a falta de cuidado (cfr. *ST*, II-II, 64, 8). Exemplos do primeiro caso: o furto (comutação de desvantagem relativa de uma coisa) ou o envenenamento (comutação de desvantagem relativa a uma pessoa, no sentido aludido). Exemplos do segundo: o roubo ou a violação (as comutações são as mesmas das anteriores, respetivamente). Exemplos do terceiro: o homicídio ou a especulação por negligência (as comutações são as mesmas das anteriores, respetivamente). Já no que diz respeito às comutações voluntárias, está em causa toda a variedade de situações em que os membros da sociedade envolvidos em comutações relativas a coisas, pessoas ou ações as realizam livremente. Exemplos: a venda ou a doação de um automóvel (comutação de uma vantagem relativa a uma coisa); a permissão que alguém confere a outrem para utilizar a sua imagem em anúncios publicitários (comutação de uma vantagem relativa a uma pessoa); a contratação de um corte de cabelo (comutação de um encargo relativo a uma ação).

Eis, portanto, uma formulação suficientemente abrangente, e simultaneamente precisa, que permite descrever e delimitar as realidades que constituem o objeto do conhecimento jurídico: as relações sociais interpessoais em que se opera a distribuição ou a comutação de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou ações.

- 3.4.3. O que se procura retirar do conhecimento dessa realidade: conhecimento jurídico como determinação do equilíbrio nas operações de comutação e distribuição

3.4.3.1. Introdução

Determinado o objeto, é agora necessário determinar em que consiste o conhecimento que se pretende retirar desse objeto, ou seja, em que consiste o conhecimento jurídico. Para tal, continuar-se-á simplesmente a olhar para a realidade das atividades que lidam com a determinação do direito aplicável a certo caso (a conceção que se adote acerca da natureza do direito continua a ser, para este efeito, irrelevante), concentrando-nos agora na atividade que visa propriamente essa determinação, a atividade jurisdicional. Acabámos de enunciar as realidades que os tribunais analisam para formular os seus julgamentos: as relações sociais interpessoais em que se opera a distribuição ou a comutação de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou ações. Mas qual o conhecimento que se procura encontrar nessa realidade? Naturalmente que, para exercer a sua atividade, os tribunais não se limitam a conhecer e a enunciar tal realidade, apesar de o conhecimento desta ser totalmente indispensável para aquela. Isto porque o conhecimento dessa realidade constitui o mais importante substrato para a determinação daquele conhecimento, ou seja, aquilo por que são essencialmente constituídas as decisões dos tribunais e que se adianta desde já: a determinação de quais as vantagens, desvantagens ou encargos que se revelam equilibrados em face das circunstâncias do caso, ou seja, em face das vantagens, desvantagens ou encargos efetivamente comutadas ou distribuídas. Nisso consiste o conhecimento do referido objeto que se pretende alcançar e que designámos de conhecimento jurídico.

É, todavia, essencial para que se perceba de que modo se passa do referido objeto para a formulação do conhecimento jurídico, saber exatamente aquilo que se procura descobrir em tal objeto. Antecipe-se desde já algo que se justificará nos próximos dois pontos: o que se procura descobrir em tal objeto, tal como já se deixou antevisto, é uma certa relação de equilíbrio ou igualdade, a qual pode ser entendida de dois modos diferentes consoante esteja em causa uma operação comutativa ou uma operação distributiva, no sentido aludido. É, aliás, para que se perceba o diferente tipo de relação de igualdade que está em causa em cada tipo de operação que antes se avançou com tal distinção entre os referidos dois tipos de operação. Vejam-se então os dois modos por que pode ser entendida a relação de igualdade que se deve discernir nas realidades objeto do conhecimento jurídico.

3.4.3.2. A procura da igualdade geométrica: as distribuições de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas e ações segundo a situação de cada pessoa

Nas realidades que constituem o objeto do conhecimento jurídico verifica-se, em primeiro lugar, que as operações de distribuição de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas e ações, ocorreram em todos os períodos e lugares da história em que o ser humano viveu no âmbito de uma sociedade com, pelo menos, um mínimo de organização política, no qual são maioritariamente efetuadas as distribuições. De facto, sempre se verificou a necessidade de proceder a operações de distribuição de salários, heranças, impostos ou subsídios (coisas), de cargos públicos, guarda de menores ou reconhecimento da capacidade de exercer certa profissão (pessoas) e dos mais variados comportamentos em certas situações da vida em sociedade, tais como a condução do lado direito ou esquerdo da estrada, a necessidade, ou desnecessidade, de respeitar a ordem nas filas ou cumprir, ou não, o serviço militar ou civil (ações).

Ora, na realização concreta de todas estas operações, que em si mesmas visam a promoção do bem comum (exemplos: a imposição de impostos para financiar as atividades do Estado; a atribuição de prestações sociais; a atribuição de cargos públicos a quem melhor qualificado for para os exercer; a condução em determinado lado da estrada como forma genérica de organizar o trânsito), procura-se que o modo como elas são efetuadas siga um certo tipo de igualdade.

Alguns exemplos simples poderão servir como ilustração idónea para que se possa compreender devidamente este tipo de igualdade. Como consideração genérica preliminar, é importante ter em conta que nas operações de distribuição, as vantagens, desvantagens ou encargos que se distribuem não são nunca distribuições universais, existindo sempre quem seja, e quem não seja, por elas contemplado, ou quem seja contemplado em maior, e quem o seja em menor, medida. A igualdade na distribuição é, assim, um tipo de relação de igualdade que indica uma diferenciação de tratamento das pessoas visadas pelas distribuições, uma diferenciação entre quem recebe e quem não recebe – ou entre quem recebe mais e quem recebe menos – as mesmas, fundada nas diferentes características ou situações em que se encontrem (*ST II-II, 61, 2, co. e II-II, 63,*

1, co. e II-II, 63, 1, ad. 1). Além disso, é essencial ter em conta que esta relação de igualdade é uma consideração logicamente posterior e só determinável em função do critério – normalmente definido na lei – que delimita quem deve ser o recipiente da distribuição (além de determinar também os montantes envolvidos). Os exemplos serão esclarecedores.

Começemos por um exemplo de distribuição de vantagens. É o caso da atribuição de um subsídio pelo Estado destinado a contribuir para as despesas das famílias com os filhos ou de um subsídio destinado a promover alguma atividade profissional especialmente amiga do ambiente, como a agricultura biológica. Em casos como estes a lei determina os critérios que justificam a atribuição dos subsídios: o número de filhos ou as características relativas às práticas agrícolas de cuja verificação depende a qualificação como agricultura biológica. Ora, a igualdade na distribuição dos subsídios afere-se em função da preponderância que apresenta, no âmbito do todo ao qual se podia dirigir a distribuição em causa, a parte a quem a mesma é dirigida, à luz do referido critério determinado na lei. Assim, no caso do subsídio atribuído às famílias com filhos (critério legal), quanto maior for o número de filhos, maior será a preponderância da família em causa (parte) no todo ao qual se poderia dirigir um subsídio em essa finalidade, ou seja, no conjunto de todas as famílias com filhos (note-se que a determinação deste todo é a correta, mesmo se o subsídio em causa não for atribuído a todas as famílias com filhos, mas apenas, por exemplo, àquelas com dois ou mais filhos, sendo esta questão determinada na lei); deste modo, a proporcionalidade da igualdade distributiva implica que quanto maior for o número de filhos, maior seja o subsídio atribuído, de tal maneira que se uma família com 2 filhos recebe 100 euros de subsídio e outra com 3 filhos recebe 200 euros de subsídio, ambas recebem um valor «igual», no sentido em que se trata de um valor proporcionalmente igual. O mesmo se passa no caso do subsídio destinado a quem pratique alguma atividade agrícola especialmente amiga do ambiente (agricultura biológica), estando esta definida na lei como aquela que reúne determinadas características que lhe conferem tal qualificação: quanto maior for a quantidade produzida segundo tais características por determinado agricultor (parte), maior será a preponderância de tal agricultor no todo ao qual se poderia dirigir um subsídio com a finalidade de promover a agricultura amiga do ambiente, ou seja, maior será o impacto da sua produção no conjunto de toda a produção agrícola de agricultura biológica, pelo que maior deve ser o montante recebido em comparação com um agricultor com menor

produção. Deste modo, também neste caso cada um dos agricultores recebe um subsídio «igual».

Veja-se agora um exemplo relativo a uma operação de distribuição de um encargo, sendo que neste caso, contrariamente aos anteriores, não está em causa a igualdade proporcional na distinção entre quem recebe mais e quem recebe menos, mas antes a igualdade entre as pessoas a quem é imposto certo encargo e a quem não é imposto o mesmo. Trata-se da distribuição relativa aos comportamentos a adotar na circulação rodoviária, concretamente um dos mais genéricos: conduzir de certo lado da estrada, por exemplo do lado direito, tomando o exemplo português. A lei determina que a generalidade dos condutores deve circular do lado direito, mas exclui deste encargo ou obrigação alguns tipos de veículos, concretamente aqueles que circulem «em serviço de urgência» (cfr. art. 64.º do Código da Estrada). O critério legal que subjaz a esta distribuição é simples de determinar: dar prioridade na utilização do espaço das vias aos veículos que, por desempenharem tarefas de carácter urgente (ambulâncias, veículos policiais ou de bombeiros), necessitem de circular da forma mais rápida possível, ainda que em prejuízo dos restantes utilizadores. Assim, também neste caso se pode afirmar que, em função de tal critério, tanto à generalidade dos utilizadores da via como àqueles que circulem «em serviço de urgência» é distribuída uma «igual» possibilidade de utilização das vias, pois tal igualdade é entendida novamente como uma igualdade proporcional à necessidade de utilização das vias de forma prioritária. Segundo tal critério, os veículos em serviço de urgência» são a parte que tem preponderância sobre o todo, o conjunto de todos os veículos que utilizam as vias rodoviárias.

Analisar-se-á finalmente um exemplo em que está em causa uma distribuição de uma desvantagem, concretamente um imposto. Pelo que já se referiu até agora, é claro o critério que permite aferir a igualdade nas distribuições: a preponderância da parte em análise no âmbito do todo relevante para a operação de distribuição que se estiver a analisar, avaliada em função do critério distributivo legalmente definido. Também neste exemplo se aplicará exatamente o mesmo raciocínio. No entanto, como esta exposição tem por objetivo identificar em que consiste o conhecimento jurídico através da análise da atividade jurisdicional, e como esta analisa casos em que, frequentemente, se coloca a questão da sua «patologia», enunciar-se-á de seguida, agora que já se abordou a forma como se afere a igualdade distributiva, um exemplo em que a igualdade distributiva, geométrica ou proporcional que se tem vindo a abordar não se verifica na realidade,

verificando-se antes a sua ausência: um caso de desigualdade distributiva que o tribunal foi chamado a julgar. Também por esta razão recorrer-se-á a um exemplo real.

Sendo, na realidade portuguesa, o IRS um imposto sobre o rendimento das pessoas singulares, está em causa uma operação distributiva de uma desvantagem, na forma de um imposto, que, portanto, a lei determina que deve ser efetuada segundo o critério do montante do rendimento de cada pessoa singular. Assim, a parte terá tanto maior preponderância no todo, no conjunto das pessoas singulares com rendimentos, quanto maiores forem os seus rendimentos, pelo que a essa maior preponderância deve corresponder uma maior incidência da desvantagem em causa, uma maior taxa de imposto aplicável (capacidade contributiva), assim se assegurando a igualdade proporcional na distribuição: quem tem rendimentos mais baixos é sujeito a uma taxa de imposto «igual» àquela que incide sobre quem tem rendimentos mais altos. Ora, para assegurar a igualdade distributiva em matéria de impostos, é necessário determinar o que constitui um rendimento: se a alguém for considerado como rendimento algum recebimento que não constitua realmente um ganho do património pessoal, não se verificará a igualdade proporcional na atribuição das taxas de imposto, pois a essa pessoa estaria a ser atribuída uma taxa mais elevada do que aquela que corresponderia ao seu rendimento real. É precisamente esta questão que o Tribunal Constitucional analisa no acórdão n.º 170/2003 de 28 de março (que tem por relator BRAVO SERRA). Nele está em causa determinar se deve ser considerado como rendimento tributável em sede de IRS (nomeadamente por força da alínea g) do n.º 1 do art.º 6.º do Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares) o montante recebido a título de juros moratórios cujo único objetivo é compensar a desvalorização da moeda que ocorreu entre o momento da ocorrência de um dano indemnizável e o momento em que a mesma indemnização é efetivamente paga. O referido tribunal, no acórdão citado, entende que «não se lobrigam razões que levem à tributação de um *quantum* atribuído a título de juros, mas destinado a compensar a desvalorização da moeda em face da não atempada reintegração do dano, e a não tributação dessa mesma reintegração que, dada a circunstância de o ser, não pode ser considerada como um rendimento».

Entende-se que, no que diz respeito à operação de distribuição de impostos, este raciocínio do tribunal apenas pode ser compreendido à luz da necessidade de assegurar a igualdade na distribuição do imposto em causa. Efetivamente, é inegável, sendo este

aspecto também referido na decisão em causa²¹⁹, que a tributação de um recebimento como o que está em causa, de natureza indemnizatória e não de ganho patrimonial, impede a realização da igualdade comutativa, que se abordará no próximo ponto. Mas no que toca à operação de distribuição, que agora se aborda, a «patologia» da tributação de juros de natureza indemnizatória em sede de IRS, um imposto destinado a tributar o rendimento, reside num aspecto diferente: quem recebe tais juros é tributado por eles e pelos seus rendimentos, enquanto que quem os não recebe é apenas tributado pelos seus rendimentos. Nessa situação quebra-se a proporcionalidade da igualdade distributiva: quem recebe tais juros paga um montante de imposto proporcionalmente superior a quem os não recebe, verificando-se uma situação de desigualdade proporcional ou geométrica. Sublinhe-se que, embora o critério genérico seja definido pela lei – *in casu*: maiores rendimentos implicam maior taxa de imposto –, da lei pode não resultar, em cada caso concreto, uma aplicação proporcional, conforme à igualdade distributiva, desse critério. Foi o que se verificou neste exemplo, cabendo então ao tribunal determinar, no caso, qual a distribuição do imposto conforme à igualdade nas distribuições.

Eis, portanto, aquilo a que um tribunal é chamado a determinar quando o caso *sub judice* envolve a análise de uma operação de distribuição: determinar se, no caso, a distribuição em causa respeita, ou não, a igualdade geométrica e, no caso negativo, estabelecer qual o modo pelo qual a operação de distribuição é realizada de maneira a respeitar este tipo de igualdade. Foi precisamente o que fez o tribunal no exemplo que se acabou de referir, ao decidir que aqueles juros não estão sujeitos a IRS.

Enuncie-se, então, a forma como, nas operações de distribuição, é possível passar da análise do objeto do conhecimento jurídico - das operações distributivas tal como se constata na realidade - para a formulação do conhecimento jurídico, aquilo que se visa nas decisões dos tribunais. É pela observação da realidade, concretamente da realidade relativa às circunstâncias em que se encontra a pessoa em análise em cada caso que se pode determinar se elas indicam se a distribuição de que a mesma é alvo é, ou não, segundo o critério legal, proporcional à distribuição de que são alvo outras pessoas envolvidas na mesma operação distributiva e que se encontrem em situação diferente da

²¹⁹ «A haver essa tributação, deparar-se-ia uma situação de discriminação e de injusta repartição dos rendimentos por parte de quem sofre um infortúnio, pois que, para além de ter sido objecto desse infortúnio, ainda teria de acartar com uma diminuição de uma parte do *quantum* indemnizatório (diminuição essa derivada da tributação), parte essa, precisamente, fixada em função da desvalorização monetária, sendo que os juros cujo pagamento foi determinado não tiveram por escopo compensar a falta de rendimento advinda de um capital cujo devido pagamento se protelou por causa imputável ao devedor.»

primeira. Recuperando o último exemplo referido: é pela comparação da situação em que se encontra quem é tributado em IRS tanto pelos seus rendimentos como pelos juros com função compensatória da desvalorização da moeda com a situação de quem apenas o é pelos seus rendimentos (objeto do conhecimento jurídico) que se determina que tal não constitui uma relação de igualdade proporcional. Perante esta constatação, o tribunal descobre e passa a formular o conhecimento jurídico aplicável a este caso ao decidir que os juros com função compensatória da desvalorização da moeda não são tributados em IRS. Note-se como, ao decidir assim, o tribunal não está a formular qualquer norma de comportamento, está apenas a descrever uma realidade, a realidade de que os juros em causa não são tributados em sede de IRS. Esta consideração é fundamental para que se perceba que o conhecimento jurídico é um verdadeiro conhecimento de uma realidade, um conhecimento especulativo, que não é um conhecimento de uma realidade-factual, efetiva, mas antes um conhecimento que, partindo desta, da observação da realidade factual, permite descobrir uma realidade-ideal, neste caso à luz da ideia da igualdade distributiva, proporcional ou geométrica.

Resta ainda fazer dois esclarecimentos finais.

O primeiro para clarificar que o que está em causa na determinação da igualdade distributiva, é a igualdade na distribuição e não a igualdade da distribuição de vantagens, desvantagens e encargos. A igualdade das operações de distribuição, ou seja, o problema de saber se estas operações se realizam segundo um critério adequado, não é o que aqui se aborda, sendo esta questão decidida segundo critérios políticos e plasmada no critério distributivo definido na lei. Não está em causa, portanto, avaliar a adequação, por exemplo, dos critérios que orientam a distribuição de impostos – tais como capacidade contributiva ou a penalização fiscal de atividades que prejudicam o ambiente – ou daqueles que determinam a distribuição de subsídios – como o mérito ou a necessidade – nem daqueles que podem estabelecer a distribuição de heranças – como o grau de parentesco ou a possibilidade dispor livremente dos bens *post mortem* – mas antes e apenas avaliar a proporcionalidade das distribuições segundo tais critérios, previamente definidos na lei: é disso que se trata quando se afere a igualdade nas distribuições, a igualdade na forma como tais operações, segundo os critérios legais, são realizadas.²²⁰

O segundo para explicar que o funcionamento da igualdade nas distribuições tem sido abordado, na discussão jusmetodológica contemporânea, no âmbito do princípio da

²²⁰ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 60.

igualdade, segundo o qual se deve tratar o igual de forma igual e o diferente de forma diferente. Trata-se, como se pode verificar, de um aspeto essencial ao conhecimento jurídico e não de um princípio entre tantos outros²²¹, além de que o mesmo, como resulta do que se acabou de referir e sem prejuízo da sua importância, vê a sua aplicação limitada às operações de distribuição, não sendo aplicável, como se verá no ponto seguinte, às de comutação²²².

Para o ilustrar retome-se o mesmo exemplo relativo à distribuição de um subsídio na forma de um desconto no preço da eletricidade. O referido diploma legal estabelece, como condição adicional para a atribuição do mesmo, que a potência contratada que alimenta a instalação de eletricidade dos utentes em causa seja inferior a determinado patamar (concretamente 6,9 kVA: art. 5.º, n.º1, al. c) do mesmo diploma), de forma a excluir que o subsídio seja atribuído a quem, tendo embora baixos rendimentos, habite numa casa dotada de muitos equipamentos elétricos, aspeto captado pela superior potência contratada. Ora, imagine-se que um utente com rendimentos suficientemente baixos para beneficiar do subsídio era excluído do mesmo pois tinha uma potencia contratada superior ao limite máximo. Todavia, esta circunstância era motivada exclusivamente pela necessidade que o mesmo tinha de utilizar uma máquina elétrica de elevação de cadeira de rodas em escadas, sem a qual não podia entrar em casa. Eis, portanto, a realidade-factual relativa a esta operação de distribuição de uma vantagem: o utente em causa não é beneficiário do subsídio. Ora, analisando o caso segundo o aludido juízo de igualdade proporcional, verifica-se que o utente em causa apresenta-se numa situação em que, claramente, lhe é devido o subsídio para que o preço que paga pela eletricidade seja (proporcionalmente) «igual» àquele que é pago por quem tem rendimentos mais elevados, dado que ele não só os tem mais baixos como até tem maiores despesas decorrentes de ter de se movimentar em cadeira de rodas (note-se como a razão que o exclui, factualmente, do benefício é mais uma razão para que o mesmo lhe fosse atribuído). Eis, portanto, a realidade-ideal relativa a esta operação de distribuição de uma vantagem: o utente em causa é beneficiário do subsídio. Veja-se como, perante a análise da realidade-factual, se infere uma – neste caso – diversa realidade-ideal, à luz da «ideia» da igualdade geométrica ou proporcional. É este o conhecimento jurídico de uma das duas realidades

²²¹ V., entre outros, A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, pp. 225-32.

²²² Sobre o princípio da igualdade e a sua relação com a conceção jurídico-metodológica que defendemos v. as considerações sobre este princípio expostas no ponto 5.4. Já a ideia de igualdade em geral e a sua relação com a justiça será abordada no ponto 3.5.1.

objeto de tal conhecimento especulativo, as operações de distribuição. Note-se, ainda, como é precisamente este tipo de juízo relativamente à realidade das operações de distribuição que os tribunais são chamados a realizar: retomando ainda o exemplo avançado, o utente de eletricidade que viu o seu subsídio recusado pela administração pública recorrerá ao tribunal pedindo que a atribuição do mesmo, não sendo improvável que o tribunal o atribuisse baseando-se na argumentação (mais comum na metodologia jurídica contemporânea) que o critério que impede a sua atribuição a quem tem uma potência contratada de eletricidade superior a determinado limite máximo viola o princípio da igualdade nos casos em que essa superior potência seja motivada exclusivamente por fatores associados à própria *ratio* do subsídio em causa, ou seja, a maior carência económica. O tribunal determinaria então o conhecimento jurídico constatando esta realidade-ideal de natureza especulativa: “o subsídio X pertence à pessoa Y”.

3.4.3.3. A procura da igualdade aritmética: as comutações entre membros da sociedade de vantagens, desvantagens ou encargos relativos coisas, pessoas e ações consoante o valor das mesmas

3.4.3.3.1. Introdução

Agora abordar-se-á o tipo de igualdade relevante nas realidades que, também constituindo objeto do conhecimento jurídico, se materializam em operações de comutação de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou ações. Está aqui em causa, como se verá, a maioria dos casos com que os tribunais são confrontados. Pode afirmar-se que este tipo de operações é também, como as anteriores, inerente à condição humana, sendo a sua ocorrência verificável em qualquer instância de convivência social interpessoal, mesmo naquelas que ocorrem em sociedades onde não se verifica qualquer tipo de organização política. Assim é porque, desde os primórdios da humanidade, sempre se verificou, entre membros da sociedade, trocas ou atribuições de vantagens, desvantagens e encargos relativos coisas, pessoas ou ações, tanto de forma livre – pense-se, desde logo, no comércio, que existiu mesmo antes da utilização do dinheiro – como de forma imposta – isto porque a vida social também sempre envolveu agressões entre membros da sociedade.

Ora, na realização concreta destas operações procura-se estabelecer um certo tipo de igualdade, concretamente uma «igualdade de valor entre duas prestações»²²³.

A procura de tal igualdade de valor incide sobre a análise de duas realidades diferentes. Em primeiro lugar, em todas as operações de comutação, tanto nas voluntárias – em que a transferência de vantagens, desvantagens e encargos sobre coisas, pessoas ou ações não é imposta por uma parte à outra – como nas involuntárias – em que a transferência de uma desvantagem sobre coisas, pessoas ou ações é imposta por uma parte à outra – se procura determinar uma certa igualdade na própria comutação entre membros da sociedade, definida com base na análise da realidade dos termos da operação comutativa de vantagens, desvantagens e encargos sobre coisas, pessoas e ações. Já nas involuntárias, procura-se, adicionalmente ao referido e sem o prejudicar, determinar uma outra igualdade – que não é, como se verá, entendida exatamente nos mesmos termos, embora parta do mesmo pressuposto de base, a referida igualdade de valor –, cuja determinação é realizada – embora esse não seja, como se verá, o único elemento relevante – com base na análise de uma realidade diferente: a gravidade do mal ou sofrimento que uma das partes na operação de comutação involuntária causa à outra, sendo que esse sofrimento é também, a par da transferência de coisas, pessoas ou ações, um efeito das operações comutativas involuntárias.

Por se aplicar a todas as operações comutativas, começar-se-á por analisar o primeiro caso, a igualdade comutativa na própria relação de comutação, o qual, em razão da sua maior abrangência, se designará por igualdade comutativa *simpliciter*. Depois, analisar-se-á o segundo caso, a igualdade comutativa incidente na análise do mal ou sofrimento provocado pela comutação involuntária, o qual, em razão do seu carácter mais restrito resultante da existência de uma qualidade adicional nestas operações comutativas – o mal ou sofrimento –, se designará por igualdade comutativa *secundum quid*.

3.4.3.3.2. A igualdade comutativa *simpliciter*

Para melhor compreensão da igualdade comutativa *simpliciter*, veja-se alguns exemplos que serão úteis para a identificação da dinâmica das operações de comutação, bem como os termos da respetiva distinção relativamente à igualdade distributiva.

²²³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 59.

Imagine-se simultaneamente duas situações: alguém contrata com outrem o aluguer de um automóvel durante 5 dias e alguém furta um automóvel, igual ao primeiro, a outrem durante 5 dias (furto de uso). Em ambos os casos parte-se de uma situação inicial, na qual os proprietários dos automóveis iguais detêm a sua posse, podendo gozar dos mesmos (adiante-se que a igualdade que aqui está em causa é a igualdade na operação de troca, nos termos a seguir descritos, e não a eventual igualdade referente a esta situação inicial). Perante tal situação, surge um elemento que vem alterar a relação de posse existente entre os proprietários e a coisa de que são donos: o contrato de aluguer ou o furto de uso. Este elemento implica uma troca ou transferência das vantagens associadas ao automóvel (coisa): a possibilidade de gozo do mesmo passa da esfera do proprietário para a do locatário ou de quem o furtou. Eis, portanto, que se gera uma situação de desequilíbrio relativamente à situação inicial: a falta de correspondência entre as vantagens normalmente associadas à propriedade do automóvel e aquelas que estão à disposição do proprietário, pois este não detém a possibilidade de gozo do mesmo, tendo essa vantagem sido transferida para o locatário ou para a pessoa que furtou.

Assim, reestabelecer o equilíbrio em causa passa por determinar o valor associado à vantagem cuja transferência de esferas gerou o desequilíbrio, ou seja, o valor associado ao uso do automóvel em causa durante 5 dias, valor esse que deve «fazer o percurso inverso», passando da esfera do locatário ou de quem furtou para a dos proprietários. É assim que, passados os referidos 5 dias e sendo os bens devolvidos aos proprietários respetivos, estar-se-á a concretizar uma igualdade de valor quando o locatário e quem furta efetuarem o pagamento aos proprietários do valor de mercado que se pode atribuir ao uso do automóvel em causa durante aquele intervalo – suponha-se, nesta primeira hipótese, que as partes do contrato de aluguer não estipularam qualquer preço, apesar de estar em causa um contrato oneroso. Note-se que esse valor, como o automóvel é igual, é exatamente o mesmo, sendo, para este efeito, totalmente irrelevante que, num caso, se esteja perante uma troca voluntária e, no outro, perante uma comutação involuntária. De facto, o que se procura nestes casos é simplesmente determinar qual a restituição à parte negativamente afetada pela operação de comutação que poderá equilibrar a relação entre as partes, desequilibrada pela comutação (repita-se que não se estão, ainda, a considerar as questões de método), pelo que, em ambas as situações, a decisão que os tribunais tomariam seria a mesma: é equilibrada a restituição, pelo locatário ou pelo autor do furto, ao proprietário do valor de mercado atribuível ao aluguer do automóvel durante 5 dias. Assim, está em causa, neste exemplo, a determinação de uma igualdade de valor entre

uma vantagem sobre uma coisa (o usufruto do automóvel por 5 dias) e certo montante de dinheiro (200€, por exemplo), uma vez que o dinheiro é não só o instrumento de medição do valor das coisas como também o meio de realizar a compensação que reequilibra a relação entre os membros da sociedade, dado ser muito frequente a impossibilidade de a mesma ser feita em espécie.

Veja-se outro exemplo. Na sequência de uma discussão alguém agride outrem, causando-lhe danos corporais. Destes resultaram danos patrimoniais com tratamentos médicos e incapacidade de trabalhar durante algum tempo, bem como não patrimoniais, por todo o mal-estar físico e psíquico provocado. Gera-se, portanto, uma situação de desequilíbrio, dado que a ação do agressor provocou o desaparecimento de um conjunto de bens relativos à pessoa do agredido (danos não-patrimoniais), bem como a perda de bens (coisas), com as despesas médicas e as perdas de rendimento (danos patrimoniais). Ora, perante um caso como este, no que diz respeito à determinação da igualdade comutativa *simpliciter*, qualquer tribunal teria de determinar qual o montante que permitiria reequilibrar a situação, de forma a compensar as referidas perdas, o qual seria, por hipótese, de 10.000€. E, novamente recorrendo ao dinheiro como instrumento de medida e de compensação, o tribunal decidiria ser adequado o pagamento de 10.000€ por parte do agressor ao agredido.

Um último exemplo, que se avança para deixar clara a diferença entre a igualdade comutativa e a distributiva. Imagine-se que uma lei estabelece que o montante do subsídio a atribuir a todas as famílias com filhos é de X € mensais por cada filho e que, por um erro no processamento do pagamento, a entidade administrativa encarregada de processar esse subsídio atribui a certa família um valor inferior. Ora, esta atribuição de um montante inferior ao determinado na lei provoca uma situação de desequilíbrio entre o montante que a lei atribui às famílias com filhos e o montante que é, na realidade, atribuído a uma família particular. Repare-se como aqui não está em causa o problema da igualdade na distribuição, ou seja, o problema de saber a quem deve ou não ser atribuído o subsídio em causa, pois não há dúvida que à família em causa deveria ser atribuído o subsídio no montante determinado na lei. O desequilíbrio que aqui está em causa é, na realidade, um desequilíbrio no âmbito de uma operação de comutação realizada entre o Estado e a família relevante: a atribuição de um montante inferior ao devido constitui um prejuízo provocado pelo Estado (que atua aqui como um membro da sociedade, destinatário da lei que determina o pagamento do subsídio) a outro membro da sociedade, pelo que é por causa deste ato – e não por causa da operação de distribuição – que se gera uma operação

comutativa: a operação pela qual o Estado «retira», pelo pagamento parcial, algo que pertence, pela distribuição, à família em causa (v. *ST II-II*, 62, 1, ad. 3). Esta operação comutativa é, naturalmente, primeiramente desequilibrada, dependendo o equilíbrio da mesma da atribuição do valor restante. Esse desequilíbrio é, aliás, total e não parcial: imaginando que o subsídio teria o valor total de 100 euros mensais, e que o Estado apenas paga 60 euros mensais, do prejuízo provocado de 40 euros mensais, nada foi pago. Pelo que a decisão que qualquer tribunal tomaria de atribuir os 40 euros adicionais aos 60 já pagos mensalmente implica a reparação da totalidade do prejuízo provocado. Note-se como esta situação é diferente daquela que se verificaria no caso de, num contrato de compra e venda, depois de entregue a coisa, o comprador apenas pagar parte do preço: o preço já pago constitui já parte da contrapartida devida pela entrega da coisa, havendo, portanto, um (des)equilíbrio parcial.

Perante estes exemplos estar-se-á em melhor posição para compreender em que consiste, e como se afere, a igualdade comutativa *simpliciter*. Existe igualdade ou equilíbrio nas operações de comutação sempre que alguém entrega a outrem algo em contrapartida por algo que dessa outra pessoa recebeu (voluntariamente) ou por algo que da mesma subtraiu, seja por subtração direta, seja por subtração indireta - ou seja, por meio de uma entrega de menor valor do que aquele que é devido a tal pessoa -, desde que se verifique uma igualdade de valor entre aquilo que se dá e aquilo que se recebe ou se subtraiu. Ora, tal acontece quando aquilo que se dá compensa, *i.e.*, apresenta um valor equivalente, aquilo que se recebe ou se subtraiu. Aferir a igualdade comutativa implica, portanto, uma avaliação do bem que se recebeu (voluntariamente) ou daquilo que se subtraiu (involuntariamente), para que aquilo que se dá seja uma contrapartida com um valor tal que compense aquilo que se recebeu ou se subtraiu, de forma a alcançar a igualdade entre as partes. E, desta forma, se alcança a igualdade comutativa. Os exemplos que se acabaram de enunciar o demonstram: o valor de mercado atribuível à utilização do automóvel durante 5 dias é o que permite que o mesmo seja a contrapartida adequada para compensar o tempo que o proprietário esteve privado do gozo do mesmo, estando em causa uma contrapartida por algo que se recebeu voluntariamente, no caso do contrato de locação (adiante se abordará o papel das declarações das partes envolvidas nas operações comutativas voluntárias, pressupondo-se, neste exemplo, que não existe qualquer especificação contratual do preço da locação), ou por algo que se subtraiu diretamente, no caso do furto de uso; o montante de 10.000€ é o que permite compensar os danos provocados pelas agressões físicas, estando em causa uma contrapartida por algo

que se subtraiu diretamente; a atribuição, à família a quem foi negada totalidade do subsídio, do valor do mesmo que está em falta relativamente ao montante pago é o que permite compensar (assumindo que não se produziram mais danos) o dano provocado pelo pagamento parcial, estando em causa uma contrapartida por algo que se subtraiu indiretamente. Esta compensação é, portanto, uma restituição que, ao ser efetuada, igualiza as partes no que toca àquilo que é transferido entre as respetivas esferas na operação comutativa, pois compensa, na medida adequada, a parte que, nessa operação, se viu, em primeiro lugar, de forma voluntária ou involuntária, privada de um bem seu, estando em situação de desequilíbrio (*ST*, II-II, 62, 1, co.). É, precisamente, a necessidade de corrigir este desequilíbrio e de, conseqüentemente, realizar a igualdade comutativa, que tem levado os tribunais, ao longo do tempo, perante os mais diversos enquadramentos legislativos e em variadas jurisdições a, em casos como os referidos, decidir de forma a restituir à parte afetada pelo desequilíbrio o suficiente para compensar o mesmo. Além disso, é também a necessidade de assegurar a igualdade comutativa, concretamente evitando as situações de desigualdade, que, nas trocas voluntárias, tem levado os tribunais de vários ordenamentos, tanto na *civil law*²²⁴ como na *common law*²²⁵, a respeitarem a *exceptio non adimpleti contractus*²²⁶.

Visto aquilo em que consiste a igualdade comutativa veja-se agora, melhor que antes, a forma como se afere a mesma. Referiu-se que a determinação da restituição que permite que compensar a parte afetada pelo desequilíbrio implica uma avaliação do valor daquilo que se recebeu (voluntariamente) ou daquilo que se subtraiu, para depois determinar a atribuição, à outra parte, da compensação. Mas como se efetua essa avaliação? O critério essencial é o mesmo do referido para as operações distributivas: o confronto com a realidade (lembre-se que ainda não se está, propriamente, a considerar as questões de método, apenas se efetua uma descrição genérica do que está em causa nesta avaliação). Nas operações distributivas verificou-se que a realidade relevante é a relativa à situação

²²⁴ Alguns exemplos: art. 428.º do Código Civil português, secção 320 do Código Civil alemão, art. 82.º do Código suíço das obrigações, art. 1460.º do Código Civil italiano e art. 1591.º do Código Civil do Quebec.

²²⁵ Nos ordenamentos da *common law* a *exceptio* não é reconhecida pelos tribunais com essa designação. Contudo, tal não impediu que os tribunais destes ordenamentos não encontrassem soluções praticamente equivalentes como forma de resolver os casos em que se coloca o problema do desequilíbrio provocado pela falta de cumprimento de uma das partes. A este respeito v. D. NYER, «Withholding Performance for Breach».

²²⁶ Especialmente explícito relativamente a este aspeto é INOCÊNCIO GALVÃO TELLES: «O contrato sinalagmático é, ou deve ser, expressão da *justiça comutativa*. Se, em caso de inexecução de uma das obrigações, o devedor pudesse, mesmo assim, ser compelido a cumpri-la, romper-se-ia o equilíbrio contratual e o contrato transformava-se de instrumento de justiça em factor de iniquidade» (I.G. TELLES, *Direito das Obrigações*, p. 451).

das pessoas envolvidas na operação de distribuição. Já nas comutativas, a realidade relevante, como já se antecipa, é a realidade do valor que se pode atribuir a duas coisas, ou, mais precisamente e recuperando a terminologia que se tem vindo a usar, a duas vantagens, desvantagens ou encargos relativos a coisas, pessoas ou ações: àquilo que se recebe ou se subtraiu e àquilo que se dá em contrapartida. A aferição da igualdade comutativa é independente da situação das pessoas envolvidas e depende, portanto, de uma comparação entre duas «coisas» (usa-se a expressão por facilidade de linguagem): entre o valor daquilo que se recebeu ou se subtraiu e o valor daquilo que se dá para compensar a receção ou a subtração. A forma de determinar concretamente o que se pode dar de forma a compensar o que se recebeu ou o que se subtraiu é já uma questão propriamente metodológica, que se abordará no ponto 4.

Todavia, a referida distinção entre a realidade relevante para aferir a igualdade distributiva e a igualdade comutativa parece esbater-se em algumas situações. Eis, como exemplo, uma delas: num automóvel seguem duas pessoas, um empresário abastado e o seu motorista, um homem pobre; imagine-se que um outro automóvel, conduzido por um terceiro embriagado, embate contra o primeiro, causando danos físicos tanto ao empresário como ao motorista que impedem ambos de continuar a exercer as suas profissões, causando-lhes, portanto, lucros cessantes com a ausência futura da remuneração pelo trabalho; ora, equilibrar a operação de comutação entre o terceiro que causou estes danos e cada um dos afetados é algo que implicará necessariamente ter em conta a realidade relativa à situação em que cada um deles se encontra: os lucros cessantes do empresário serão muito maiores do que os do seu motorista. Será então que, em casos como este, a realidade a considerar nas operações comutativas é a mesma que nas distributivas? Não se crê ser esta a perspetiva correta. De facto, ter-se-á de considerar a situação das pessoas em causa para determinar a compensação adequada, mas com uma diferença essencial: não se considera essa situação em si mesma, mas antes apenas na medida em que ela é a causa de uma certa realidade objetiva, *in casu*, o diferente dano causado (*ST*, II-II, 61, 2, ad. 3). De tal forma que o que realmente interessa é a avaliação desse dano para aferir a compensação adequada a essa realidade do dano. Diferentemente acontece no âmbito das operações de distribuição, pois aí tem-se em conta a diferente situação das pessoas «considerada em si mesma» (*ibid.*).

Resta ainda, antes de apresentar algumas conclusões sobre a igualdade comutativa *simpliciter*, abordar uma importante questão relativa à forma como se afere este tipo de igualdade. Trata-se de procurar compreender qual o papel que se pode atribuir às

declarações das partes envolvidas nas operações comutativas, naturalmente apenas voluntárias, na determinação deste tipo de igualdade. Estão aqui em causa realidades como os contratos, cuja realidade de base, aquilo em que consistem, é uma, ou várias, declarações das partes envolvidas na operação de comutação. Trata-se, por isso, de uma questão de grande importância prática.

A este respeito, deve-se, preliminarmente, estabelecer uma distinção acerca da realidade das declarações das partes envolvidas na operação de comutação. Concretamente, uma distinção entre declarações das quais resulta a exteriorização da consciência pessoal – que, como adiante se indica e explica, se pode designar por *animus* – relativa à realização de algum efeito jurídico comutativo, ou seja, relativa à comutação de alguma vantagem, desvantagem ou encargo relativo a coisas, pessoas ou ações, as quais se designarão por declarações de ânimo, e as declarações das quais resulta a determinação de alguns aspetos não essenciais mas apenas facilitadores da determinação da igualdade comutativa – adiante explicar-se-á melhor em que consistem estes aspetos –, as quais se designarão por declarações determinativas. Note-se que as primeiras tanto podem ser verbais como podem assumir a forma de comportamentos concludentes, ou seja, comportamentos dos quais resulte da externalização da referida consciência, enquanto que as segundas, pela sua natureza – como adiante se verá – apenas podem ser verbais.

Entrando na questão em causa, refira-se, primeiramente, que a existência de declarações relevantes nas operações de comutação voluntárias, tanto as de ânimo como as determinativas, não altera o essencial, que já se referiu, a propósito destas operações: continua a estar em causa a identificação de uma «equivalência de valor» entre algo que se recebe e algo que se dá em contrapartida, tanto nas operações voluntárias como nas involuntárias. Retome-se o exemplo já avançado que compara o caso em que um automóvel é furtado e devolvido ao proprietário com o caso em que o mesmo automóvel é alugado: em ambos os casos a igualdade comutativa depende do mesmo ato, o pagamento do mesmo valor²²⁷, sendo que apenas no segundo existem declarações de parte – por exemplo a declaração em que se acorda o período do aluguer – declaração essa que, adiante-se, é determinativa.

Existe, todavia, uma particularidade relevante das comutações voluntárias. Trata-se da enorme complexidade que pode caracterizar este tipo de comutações, bem como o

²²⁷ M. VILLEY, «Le Contrat», p. 241.

facto de as mesmas serem realizadas em grande número, a que acresce a necessidade de a prática comercial se reger por um elevado grau de certeza nas transações. Razões como estas, sem excluir outras, fazem com que seja conveniente que as partes definam aqueles aspetos que, nas operações comutativas, são, em abstrato, à luz da natureza destas operações, incertos, mas dos quais depende a determinação concreta dos termos da igualdade comutativa. Trata-se de aspetos que podem ser definidos como as circunstâncias associadas às prestações acordadas, o respetivo quanto, quando, como e onde. Exemplos: a definição do preço, na compra e venda ou na locação, o prazo para a devolução, no comodato, o prazo para a entrega da obra, na empreitada, ou o montante da remuneração, no contrato de trabalho. Todos estes aspetos têm associados certo grau de indefinição no que toca ao seu valor concreto: o preço, os prazos ou a remuneração pode ser mais ou menos elevada. Não que a sua definição pelas partes seja essencial, pois, se faltar essa determinação, ela pode ser efetuada pelo juiz, que pode ajuizar acerca do valor do preço, avaliando a coisa, da definição do prazo, por critérios de razoabilidade em função das circunstâncias do caso, ou do montante da remuneração, pelos mesmos critérios. Mas a sua definição pelas partes facilita muito, além de conferir previsibilidade, a determinação da igualdade comutativa em cada caso, pois prescinde-se da necessidade de avaliar as circunstâncias associadas àquilo que se dá, de modo que tal equilibre o que se recebeu, de acordo com o pré-estabelecido pelas partes. Refira-se também que, por vezes, é tão necessário, pelos motivos referidos, assegurar a fixação prévia destes elementos que, caso as partes não o tenham feito, o próprio legislador o faz: é precisamente essa a função da lei supletiva.

Porque esta abordagem não é comum na atualidade, não existe nenhuma designação definida que permita identificar simplesmente este conjunto de aspetos que, sem serem definitórios do essencial das operações comutativas, facilitam a decisão dos tribunais que incide sobre as mesmas, mas, como esta abordagem é, aparentemente, a que predominava no direito romano – trata-se de uma questão largamente por estudar²²⁸, embora pareça ser esta perspetiva a verdadeira – existe uma expressão latina que parece referir-se a esta realidade: *pacta adjuncta*. Esta pode, talvez, traduzir-se por «pactos acessórios» ou por «pactos complementares», sendo o seu carácter secundário estabelecido por referência ao

²²⁸ V. Ibid., pp. 244 e 246. Referências a esta matéria podem ser encontradas em V. GEORGESCO, *Essai d'une Théorie Générale des «Leges Privatae»*, pp. 2-3, 41-44 e 140 M. TALAMANCA, *Elementi di diritto privato romano*, p. 299, em M. KASER, *Direito Privado Romano*, pp. 201 e 249 e J. HADLEY, *Introduction to Roman Law*, p. 236.

que há de essencial na questão em análise, *i.e.*, a concreta operação de comutação e a igualdade que a deve caracterizar.

De facto, esta sua secundariedade não põe em causa o que há de essencial no que toca à atividade do juiz perante casos que envolvem operações comutativas, ou seja, a determinação da igualdade comutativa. Pense-se no seguinte exemplo: se duas pessoas celebram um contrato de arrendamento para habitação, ainda que acordem que o locador não tem qualquer responsabilidade no que toca a assegurar o gozo do locado para a finalidade acordada, esse acordo não seria reconhecido por um juiz que tivesse de decidir um caso em que o locatário pedisse contra o locador a condenação deste, por exemplo, à realização de obras no locado necessárias para que o mesmo possa ser usado para a finalidade contratada. Como forma de o comprovar, atente-se ao facto de, em vários ordenamentos jurídicos, a questão em causa estar regulada legislativamente, através de chamada «lei imperativa», ou seja, através de normas legais que se sobrepõem ao acordado pelas partes. É o que decorre, no caso português, do art. 1031.º, al. b) do CC, no ordenamento espanhol, do art. 21.º, n.º1 da Lei n.º 29/1994 de 24 de novembro, no ordenamento francês, do art. 1719.º, n.ºs 1 e 2 do *Code Civil*, no ordenamento alemão, do art. 535.º, n.º1 do *Bürgerlichen Gesetzbuches*, ou do ordenamento italiano, do art. 1575.º, n.º2 do *Codice Civile*. Efetivamente, celebrar um contrato de locação indicando que o locado se destina a determinada finalidade e simultaneamente estipular que o locador, parte na esfera de quem está o controlo das características do locado, não tem qualquer responsabilidade de assegurar que o mesmo é apropriado à finalidade contratada, significa estabelecer uma relação desequilibrada entre as partes, na qual o locatário supostamente paga um montante por algo que não recebe. E, note-se, esta questão é completamente independente do valor de renda acordado, sendo este um pacto acessório. Conclusão: estas declarações das partes não colocam em causa a igualdade comutativa, sendo a sua relevância restrita ao âmbito dos *pacta adjuncta*. Tais declarações das partes na operação comutativa, com esta relevância, são as declarações determinativas.

O exemplo que se acaba de mencionar funciona como uma boa referência para que se compreenda a forma como se afere a igualdade comutativa nas comutações voluntárias, bem como para mostrar que tal aferição é o que está em causa no julgamento judicial destas comutações. Assim, as partes celebram um contrato de locação. Para que tal ocorra, é, previamente, necessário que elas tenham consciência dos efeitos que produz a celebração de um acordo com determinado conteúdo, algo que se pode sugestivamente

designar por *animus*²²⁹. Para aferir da celebração do acordo bem como do seu conteúdo, apenas relevam as declarações que indiquem a celebração do acordo que se materializam na realidade «externa» e não aquelas que permanecem no foro interno das partes, as suas intenções subjetivas – foro esse que, naturalmente, escapa completamente ao âmbito de análise dos tribunais –, sendo estas declarações as que acima se designaram como declarações de ânimo. Mas, note-se, este requisito de «externalização» vale como uma forma de comprovar a celebração do acordo, mas não tem autonomia relativamente ao *animus*, sem o qual o acordo não se celebra, dado que para que haja uma declaração ou um comportamento com valor declarativo é necessário que o respetivo emitente tenha consciência dos efeitos que a mesma produz, caso contrário não existirá uma verdadeira declaração, ou seja, uma externalização de algo «interior», como ocorrerá por quem é incapaz ou se a declaração for emitida *jocandi causa*²³⁰.

Todavia, como se pode verificar por estes exemplos, também a aferição da existência de *animus* é efetuada pela análise de aspetos externos, como a incapacidade ou a falta de seriedade da declaração – aferida pelo contexto da mesma –, não implicando nenhuma incursão no foro interno das partes. Assim, existindo *animus* das partes no que toca à celebração de certo acordo, *in caso*, de um contrato de locação, a igualdade relativa à concreta operação de comutação que se estabelece entre as partes vai ser determinada em função do tipo de acordo celebrado, ou seja, funcionando o tipo de acordo como um critério para aferir a igualdade comutativa. Retomando o mesmo exemplo: só tendo em conta que as partes celebraram um contrato de locação para habitação (aspeto que decorre de declaração de ânimo, definidor do tipo de acordo celebrado) se poderá aferir se a pretensão de realização de obras no locado necessárias para que este cumpra tal finalidade constitui uma contrapartida equilibrada relativamente ao preço pago. De facto, analisando apenas as prestações trocadas, a possibilidade de gozo da coisa e o pagamento do preço, não se poderia proceder a tal aferição, desde logo porque daí não resulta a finalidade relevante, ou seja, a finalidade do locado que se deve considerar como contrapartida (equilibrada) do pagamento do preço. O tipo de acordo celebrado é, portanto, o critério para aferir em que consiste a igualdade comutativa em cada caso, aferição essa que depende da análise da realidade do caso: só analisando o estado do locado se poderá determinar para que finalidades está, ou não, apto a ser usado, sendo então possível determinar se é ou não equilibrada a realização de obras no locado para que o mesmo se

²²⁹ C. CHEHATA, «Le contrat en droit musulman», pp. 132-3.

²³⁰ V. *Ibid.*, pp. 130-1.

torne apto para a finalidade acordada. Em suma: determinar o equilíbrio nas comutações voluntárias implica analisar a realidade à luz do tipo de acordo celebrado.

Sendo o tipo de acordo celebrado o critério para aferir a igualdade comutativa, torna-se essencial dar resposta à situação em que, supostamente, o acordo celebrado não corresponde a qualquer tipo, como se poderia pensar que ocorre no caso dos chamados contratos atípicos. Trata-se de uma objeção que apenas o é aparentemente. De facto, nas operações comutativas, os efeitos que se podem conceber para as mesmas são, no que toca à sua delimitação genérica, reconduzíveis a um pequeno número²³¹, estando todos eles fixados ou na lei (tipo legal) ou no costume (tipo social). Não se afigura possível encontrar um exemplo em que tal não aconteça, sem prejuízo da possibilidade de existirem contratos em que se se verifique alguma combinação de mais de um tipo (contratos mistos). Nesse sentido aponta a necessidade, indicada por vários AA que abordaram este assunto, que a determinação do regime aplicável aos chamados contratos atípicos se faz por referência ao regime aplicável aos contratos típicos em função da analogia das situações, sendo mesmo possível encontrar quem afirme que a distinção entre contratos típicos e atípicos tende a esbater-se²³². De resto, sendo o *animus* necessário para que se celebre um contrato, as partes apenas podem ter *animus*, consciência, de algo que conhecem, de alguma categoria que consigam conceber e formular, o que implica a prévia existência de um tipo legal ou social.

Assim, estando sempre em causa algum tipo no âmbito das operações de comutação voluntárias, poder-se-á adotar uma visão mais abrangente e considerar que, tal como se referiu genericamente a respeito da igualdade comutativa *simpliciter*, também aqui se pode afirmar que a aferição da igualdade comutativa se resume à análise da realidade, dado que o tipo de acordo celebrado é também parte da realidade, constituindo um facto, no sentido próprio do termo: o facto, localizável no espaço e no tempo, da(s) declaração(ões) – ou comportamento(s) concludente(s) –, da(s) qual(is) resulta a celebração de certo acordo. Resta, portanto, apenas uma particularidade: as declarações que se designaram por declarações determinativas, que estabelecem os *pacta adjecta*. Se estas existirem – não são, como se viu, uma necessidade, mesmo no âmbito das comutações voluntárias – devem ser tidas em conta a determinação da igualdade comutativa, facilitando-se assim muito a tarefa de aferir os termos concretos de tal

²³¹ Tomando o exemplo do direito muçulmano da escola hanifita, v. *Ibid.*, p. 138, que indica que os AA desta escola normalmente identificam cerca de uma quinzena de tipos contratuais.

²³² *V.*, a respeito de todas estas questões, a excelente síntese de R.P. DUARTE, *Tipicidade*, pp. 134-44.

igualdade. Efetivamente, este elemento, que, pela sua natureza, implica uma declaração prévia à comutação que regule os seus termos, está necessariamente excluído das comutações involuntárias, que são, por natureza, insuscetíveis de regulação prévia (não é concebível a celebração de um acordo entre duas pessoas sem qualquer tipo de ligação prévia que estabeleça, por exemplo, o montante devido pelos danos de uma agressão física de uma das pessoas à outra).

Um último esclarecimento é necessário para clarificar o papel das declarações determinativas no âmbito da determinação da igualdade comutativa, o qual contribuirá também para esclarecer a sua natureza. Trata-se de esclarecer que os *pacta adjecta*, definidos por este tipo de declarações, não devem ser considerados de modo a que se avalie acerca do eventual equilíbrio entre o valor efetivo daquilo que se dá e daquilo que se recebe, no caso de estes *pacta* incidirem sobre aspetos como o preço ou a remuneração, ou que se avalie do eventual equilíbrio entre a aquilo que se dá ou recebe e as circunstâncias associadas à execução a tais prestações, no caso de os *pacta* incidirem sobre aspetos como o prazo. Está, assim, excluída a consideração dos pactos acessórios como meios para aferir, por exemplo, se o preço acordado reflete ou não o valor daquilo que se compra (preço justo), bem como para aferir se o prazo acordado é ou não adequado à realização da prestação contratada.

Efetivamente, tal como, no âmbito das operações de distribuição, em que a igualdade distributiva se deve aferir, conforme se explica *supra*, assumindo o critério distributivo definido segundo a discricionariedade política, também nas operações de comutação em que tenha sido fixado algum pacto acessório, a igualdade comutativa se afere assumindo o definido nesse pacto, definição essa que resulta do exercício da discricionariedade das partes. Se as partes acordam que a renda a pagar pela locação de um imóvel é de 500 euros mensais, é essa a contrapartida devida pelo gozo do locado, independentemente do facto de, por exemplo, o valor de mercado do mesmo ser de 800 ou de 300 euros mensais. O pagamento de 500 euros mensais é, portanto, a contraprestação devida pelo gozo do locado, com cuja execução se concretiza o equilíbrio na operação de comutação. De facto, a definição concreta do «valor» das circunstâncias associadas às prestações acordadas (pactos acessórios) é deixada à discricionariedade das partes pois elas estão a dispor de coisas, «pessoas» ou ações suas, de «bens» da sua «propriedade» sem que tal disposição ponha em causa a igualdade comutativa, aferida, como se referiu, em função do tipo contratual em causa: num contrato de arrendamento para habitação é devido o pagamento da renda em contrapartida pela disponibilização do locado em condições de ser usado

para essa finalidade, sendo que esta «estrutura» é suficiente para assegurar o equilíbrio desta operação de comutação. Para tal não é necessário a definição do *quantum* da renda. Naturalmente que só assim não será nos casos, relativamente raros, em que a definição concreta do «valor» das circunstâncias associadas a certa contraprestação acordada (pacto acessório) seja de tal modo extremado – exemplos: um preço simbólico, um prazo de cumprimento de mais de cem anos – que afete a própria existência de uma contraprestação, aspeto essencial para o equilíbrio de uma operação de troca que envolva uma contraprestação. É por esta razão que, nos ordenamentos da *common law*, se discute a questão de saber se se pode considerar como requisito de vinculatividade dos contratos a circunstância de a contraprestação não ser de valor nominal (problema da *nominal consideration* no âmbito da *doctrine of consideration*), indo nesse sentido a opinião de vária doutrina e jurisprudência²³³.

Enuncie-se agora algumas conclusões relativas à igualdade comutativa *simpliciter*, as quais não se pretende que sejam meramente ilativas, mas fecundas para a compreensão da mesma e para a compreensão dos termos da sua distinção relativamente à igualdade distributiva. Os exemplos que se foram apresentando atestam que, nas operações de comutação, os tribunais são chamados a analisar certa realidade social, concretamente as referidas relações sociais interpessoais de comutação, com o objetivo de, com base nessa análise, formular certa conclusão relativamente às vantagens, desvantagens ou encargos relativos a certa coisa, pessoa ou ação que, em função da comutação realizada, permite aferir a igualdade comutativa. Mas o processo envolvido na formulação desta conclusão não é tão simples como poderia parecer à primeira vista, sendo necessária uma análise mais esmiuçada.

Verifica-se, portanto, primeiramente, que, analisando apenas a realidade factual localizada no tempo e no espaço, aquela que é objeto de prova em juízo, constata-se a ocorrência de uma comutação, voluntária ou involuntária, de vantagens, desvantagens ou encargos relativos a certa coisa, pessoa ou ação. A lesão corporal provocada por uma agressão, o subsídio que não é pago na totalidade, a celebração de um contrato de aluguer de um automóvel durante 5 dias, cujo preço não foi pago. Perante esta realidade, constata-se um desequilíbrio, provocado pela operação de comutação, entre aquilo que pertence a alguém e aquilo com que essa pessoa ficou após a comutação: a certa pessoa pertencia

²³³ V., a este respeito, J. PERRILLO, *Calamari and Perrillo on Contracts*, pp. 184-5 e o *Second Restatement of Contracts*, § 71.

certa integridade física, a qual lhe foi retirada pela agressão; a certa pessoa pertence certo montante de subsídio, o qual não lhe foi concedido totalmente devido a um pagamento parcial; ao locador é devido o pagamento do montante correspondente ao valor de mercado pelo uso do automóvel durante 5 dias, o qual não foi pago pelo locatário. Em face destas realidades-factuais, os tribunais são chamados a «dar o seu a cada um», procurando encontrar certa atribuição de coisas, pessoas ou ações à parte prejudicada que compense o desequilíbrio, igualizando as partes: retirando à que tem a mais ou à que causou o desequilíbrio e atribuindo à que ficou prejudicada no que é seu. Esta atribuição chama-se, tal como já se referiu, restituição. O termo restituição é aqui utilizado tanto num sentido próprio como num sentido derivado (*ST II-II*, 62, 1, ad. 2). Num sentido próprio uma vez que, nalguns casos, aquilo que é subtraído (comutações involuntárias) ou que não é recebido (comutações voluntárias) pode ser restituído em espécie, como acontece se um automóvel for furtado ou emprestado, devendo, para estabelecer a igualdade comutativa, ser restituído ao seu proprietário; mas é mais frequente que o seu uso se faça num sentido derivado, dado que é muito comum, nas operações de comutação, que aquilo que é subtraído ou que não é recebido não possa ser restituído em espécie mas apenas através de um, já referido, equivalente em valor que reflita o dano da subtração ou da não receção, sendo que, muito frequentemente, esse equivalente se irá traduzir na estimação de uma quantia em dinheiro, que, como referido, constitui o instrumento de medição do valor, bem como meio de realizar esta restituição, visto possuir um valor genericamente reconhecido. Assim ocorrerá, por exemplo, com a estimação do montante de indemnização que opera a «restituição» à vítima de agressões físicas, com a determinação do montante do subsídio que ainda falta pagar ou com o valor do uso do automóvel que «restitui» ao proprietário a privação do seu uso por 5 dias. A estimação da restituição é aquilo em que consiste, propriamente, a decisão dos tribunais em casos que envolvam operações de troca; é essa a atribuição de vantagens, desvantagens ou encargos relativos a certa coisa, pessoa ou ação que permite aferir a igualdade comutativa em cada caso, reestabelecendo-a (reestabelecimento esse que nem sempre se traduz, como se viu, na restituição em espécie mas, frequentemente assume a forma de um equivalente).

O processo de estimar a restituição, nomeadamente o seu como e quanto, é o que há de mais distintivo na atividade jurisdicional incidente sobre operações de troca. Note-se, novamente, que não se pretende aqui analisar o modo como se desenrola este processo, sendo esta uma questão metodológica. Aqui interessa sublinhar que aferir a restituição é o processo que permite, precisamente, também no âmbito das operações de troca, aferir

A natureza do conhecimento jurídico

o conhecimento jurídico, aquilo que se visa conhecer nas decisões dos tribunais, o qual é um verdadeiro conhecimento de uma realidade, um conhecimento especulativo, não simplesmente um conhecimento de uma realidade-factual, dos factos objeto de prova em juízo, mas antes um conhecimento que, partindo desta, da observação da realidade-factual, permite descobrir uma realidade-ideal, neste caso à luz da ideia da igualdade comutativa, a qual, como se compreende pelo que se acabou de referir, pode também ser designada por igualdade de equivalência ou igualdade aritmética. Eis, portanto, o conhecimento de tal realidade em que consiste o conhecimento jurídico nos casos de comutações interpessoais: tendo em conta a lesão física infligida (realidade-factual), é adequado o montante de 10.000€ para compensar os danos que a mesma provocou (realidade-ideal); tendo em conta que o montante do subsídio devido é de 100€ mensais e que só foram pagos 50€ (realidade-factual), é adequado o pagamento dos 50€ em falta (realidade-ideal); tendo em conta que foi celebrado um contrato de aluguer do automóvel X por 5 dias e que o automóvel não foi devolvido após esse prazo (realidade-factual), é adequada a entrega do automóvel ao locador (realidade-ideal). Veja-se, portanto, como mais uma vez está em causa o conhecimento de certa realidade e não a imposição de qualquer norma de conduta. De facto, não seria adequada a consideração de que, por exemplo no último dos casos indicados, a sentença deveria terminar com a condenação do réu à entrega do automóvel, pois a formulação de uma norma de comportamento depende sempre da consideração da realidade-factual de cada momento, algo totalmente imprevisível e em constante mutação. Imagine-se, por exemplo, que o locador se encontra totalmente embriagado no momento da entrega do automóvel: nesse caso a entrega não será devida, pelo menos não naquele momento. Ou imagine-se que, no caso do subsídio, se vem a descobrir que o recipiendário do mesmo financia uma organização terrorista: também o montante em falta não deverá ser restituído. Todavia, note-se que se pressupõe aqui que estas situações apenas sejam conhecidas após o trânsito em julgado da sentença, concretamente no âmbito da execução da mesma, pelo que não implicam que esta não seja correta, precisamente porque ela visa apenas formular o conhecimento da referida realidade-ideal (cfr. *ST*, II-II, 57, 2, ad. 1). Já a forma adequada de lidar com situações como estas no caso de serem conhecidas e consideradas durante o processo jurisdicional será abordada no ponto 4.4.3.2 (a propósito da virtude da *gnome*).

Duas últimas considerações relativamente à igualdade comutativa, as quais podem ser alvo de um tratamento unitário. Primeira: aferir qual a atribuição de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou ações em que consiste, em cada

caso, a restituição implica determinar uma operação de compensação de «uma coisa com outra» coisa (*ST*, II-II, 62, 1, co.), concretamente uma operação de compensação daquilo que foi subtraído, ou que não foi recebido, com precisamente a mesma coisa – se a restituição em espécie for possível – ou com um equivalente – nos restantes casos. Esta primeira consideração sugere já a segunda: na aferição da igualdade comutativa através da restituição não está em causa a análise da situação das pessoas envolvidas na operação de troca, cingindo-se à análise do valor das coisas trocadas. Contrariamente ocorre, como se viu, com a igualdade distributiva, em que a análise da situação das pessoas é essencial para aferir esse tipo de igualdade.

3.4.3.3. A igualdade comutativa *secundum quid*

Abordada a igualdade comutativa *simpliciter*, ver-se-á agora as especificidades presentes na determinação do se que designou por igualdade comutativa *secundum quid*. Adiantou-se já que este tipo de igualdade apenas pode ser aferida no âmbito das comutações involuntárias. Mais especificamente, apenas pode ser aferida nas comutações involuntárias em que se pode imputar à atuação de uma das partes da operação de comutação a causa de certo sofrimento, de inflição de certo mal, à outra parte, o qual pode resultar da subtração de alguma coisa (exemplo: furto), da eliminação de algum bem relativo à sua pessoa (exemplo: agressão física, que elimina a integridade física), ou da imposição de alguma ação (exemplo: coação). A igualdade comutativa *secundum quid* é, como facilmente se pode inferir e como adiante melhor se pode compreender, o objeto do direito penal. Em face desta definição, impõem-se dois esclarecimentos preliminares.

Primeiramente, deve alertar-se para a circunstância de estar em causa a análise de uma realidade diferente daquela que se deve ter em conta para a aferição da igualdade comutativa *simpliciter*. Nesta está em causa a análise dos termos da própria operação externa de troca, ou seja, das coisas, «pessoas» ou ações realmente comutadas e dos termos em que tal ocorreu. Já para aferir a igualdade comutativa *secundum quid*, não está essencialmente em causa a análise de qualquer operação externa, apesar de, naturalmente, as operações externas estarem presentes na realidade relevante para a igualdade comutativa *secundum quid*, já que tanto esta como a *simpliciter* incidem sobre a mesma realidade de base. Todavia, naquela está em causa a análise de tal realidade segundo um aspeto particular que não consiste simplesmente na análise da operação externa, mas antes na análise da gravidade do sofrimento que o carácter involuntário da operação causa a uma

das partes, sofrimento que não é própria ou necessariamente uma dor, mas antes uma realidade mais objetiva, a imposição de um dano, algo que torna a vítima de um crime paciente de uma ação de outrem que lhe retira alguma coisa, algum bem relativo à sua pessoa, ou lhe impõe alguma ação, causando-lhe, portanto e neste sentido, um mal. Todavia, repita-se, não se trata aqui do dano, mas propriamente da sua imposição, do mal que decorre da mesma, mal esse que, repita-se, é imputável à ação de um agente. Está, portanto, em causa um julgamento relativo a uma pessoa, «*judicium de hominibus*», contrariamente ao que ocorre no âmbito da igualdade comutativa *simpliciter*, na qual o julgamento incide sobre a operação externa, um «*judicium de rebus*»²³⁴ (para maiores aprofundamentos sobre este aspeto v. n. 367).

Depois, deve sublinhar-se que também na análise deste tipo de igualdade comutativa continua a estar em causa a adoção de uma abordagem realista temporalmente abrangente, a qual se inicia com a própria razão da procura da mesma: a punição dos criminosos é um sentimento inerentemente humano, traduzido na ideia de que se deve «pagar pelo mal que se fez». Consequentemente, a tarefa de ajuizar se certa pessoa deve ou não ser punido por uma ação sua e em que modo e medida (tipo e medida concreta da pena) o deve ser é algo que, ao longo da história e nos mais variados ordenamentos, sempre se considerou como sendo da conta dos órgãos jurisdicionais. Dizer o direito é, também, dizer qual a pena aplicável a quem comete um crime, entendido enquanto operação comutativa involuntária na qual um agente provoca sofrimento a um paciente.

Passando agora, propriamente, à análise daquilo em que consiste e da forma como se afere a igualdade comutativa *secundum quid*, comece-se por procurar compreender a sua razão-de-ser enquanto subtipo da igualdade comutativa. Para tal recorrer-se-á, como se tem vindo a fazer, a um exemplo simples. Um ladrão furta um automóvel. Determinar nesse caso a igualdade comutativa *simpliciter* implica, como decorre do que se afirmou, a devolução do automóvel ao proprietário bem como a indemnização deste correspondente ao valor do uso do bem durante o período em que o proprietário esteve impedido de o fazer (assumindo que não se produziram mais danos). Atente-se então a tal situação, assumindo que o ladrão devolve o automóvel e paga esse valor: se nada mais ocorresse ele ganharia a possibilidade de usar o automóvel da pessoa a quem o furtou, pagando o valor desse uso. O ladrão ganharia, portanto, a possibilidade de impor ao proprietário a cedência, ainda que remunerada, do uso do seu automóvel, sendo a

²³⁴ Cfr. M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, pp. 126-7.

situação, como já referido, em tudo equivalente àquela que se verifica no caso em que é celebrado um contrato de aluguer. Repare-se, então, como em tal situação subsiste uma patente desigualdade na operação de comutação: o sofrimento ou mal imposto pelo ladrão ao proprietário, que se vê inesperadamente sem a possibilidade de dispor do automóvel, não teve qualquer equivalente na esfera do ladrão, o qual, pelo contrário, se vê com a vantagem de poder utilizar o mesmo. Esse sofrimento, esse dano provocado ao proprietário, não foi repostado, não foi compensado: o proprietário perdeu temporariamente a posse do automóvel e o ladrão ganhou-a ilicitamente, e essa situação não é alterada com o pagamento deste àquele do valor devido pelo uso do automóvel e de eventuais danos (igualdade comutativa *simpliciter*).

Note-se que, ao contrário do que à primeira vista poderia parecer, o dano e o ganho aqui em causa não são, propriamente, o dano do proprietário e o ganho do ladrão individualmente considerados, os quais são efetivamente compensados no âmbito da igualdade comutativa *simpliciter*. Ocorre que o dano que um provocou ao outro – neste caso com ganho do primeiro, mas muito frequentemente sem que isso aconteça, pois em vários crimes apenas se verifica a imposição de um dano (*EN* 1132a: «o termo "ganho" aplica-se geralmente a tais casos, embora não seja apropriado a alguns deles, como por exemplo, à pessoa que inflige um ferimento»²³⁵) – implica um dano mais abrangente, um dano ao próprio valor da igualdade comutativa (*v. ST*, II-II, 62, 3, co.), que foi violado pela execução do crime, valor esse que, por se constatar como sendo partilhado pelas mais diversas sociedades humanas, se assume como uma regularidade ou, melhor dizendo, uma ordem.

Como se poderá, então, proceder à compensação de um dano como esse? Aparentemente tal não é possível, uma vez que isso implicaria regressar ao passado e devolver ao proprietário a posse do automóvel no período em que o mesmo foi furtado, eliminando o sofrimento do furto e o ganho da posse ilícita. Mas a impossibilidade de restituição em espécie implica a necessidade de recorrer à restituição por um equivalente. Um equivalente que permita compensar a ofensa provocada à ordem da igualdade comutativa, que permita «pagar o mal feito», que permita compensar o sofrimento imposto a um membro da sociedade, por outro membro. Com efeito, violar uma ordem agindo de forma a impor um mal ou sofrimento que contraria a mesma, implica que esta se «imponha» através da aplicação do mesmo sofrimento a essa pessoa (*v. ST*, I-II, 87, 1,

²³⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, p. 102.

co.²³⁶). Em termos mais simples: se o criminoso não respeita a esfera do outro, impondo-lhe um sofrimento, – ação do agente contra a ordem – não se respeitará também a esfera do criminoso, impondo-se um sofrimento equivalente ao criminoso – ação da ordem contra o agente. Eis aqui a razão-de-ser da existência de penas – que não é a única, como se verá, nem daqui resulta, sublinhe-se, o critério para determinar a respetiva medida, contrariamente ao que poderia parecer –, ou seja, da imposição de sofrimentos equivalentes aos impostos pelo criminoso. Por esta via se afirma a ordem social que determina que as operações comutativas involuntárias são «patológicas», que as comutações entre membros da sociedade não devem ser impostas mas livres; se assim não fosse as comutações involuntárias teriam o mesmo tratamento das voluntárias, pois, como se verificou, aferir a igualdade comutativa *simpliciter* é algo que não difere quer esteja em causa uma comutação voluntária ou involuntária.

Neste ponto, estão reunidos os pressupostos para compreender a razão pela qual a igualdade comutativa *secundum quid* é um subtipo da igualdade comutativa, ou seja, para compreender de que maneira a sua aferição envolve a consideração da ideia da igualdade aferida através de uma compensação de «coisa com coisa». Quais os termos desta compensação? A resposta está já prefigurada no que se acaba de referir: trata-se de uma compensação do mal ou sofrimento que o criminoso impõe à vítima com um mal ou sofrimento equivalente imposto ao criminoso, compensação essa que se refere, como se mencionou, à ordem da igualdade comutativa, permitindo que a mesma se reestabeleça, se «recomponha». Ora, impor como pena um sofrimento equivalente ao sofrimento provocado implica, como facilmente se pode compreender, compensar a morte com a morte, a violência com uma violência equivalente, castigar «vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé» (Deuteronómio 20, 21). Trata-se, portanto, da lei de Talião.

A aplicação da ideia de igualdade comutativa ao âmbito penal resulta, como se vê, na lei de Talião. Será esta uma solução defensável? Na verdade, não é essa a realidade

²³⁶ TOMÁS DE AQUINO é bastante explícito neste ponto ao lançar mão de uma comparação do domínio das ciências naturais, como se verifica na passagem referenciada no texto, que, pela sua sugestividade, aqui se transcreve: «Passa das coisas naturais para as humanas que aquilo que se insurge contra algo, sofre dano por parte dele. Vemos na natureza que um contrário age com mais violência ao se encontrar com outro contrário. É por isso que a água esquentada congela mais, como está dito no livro I da *Meteorologia*. Na humanidade, encontra-se esta inclinação natural que faz com que cada um reprima o que se insurge contra ele. Está claro que tudo o que está contido em uma ordem é de algum modo uma só coisa em relação com o princípio desta ordem. Portanto, tudo o que se insurge contra uma ordem consequentemente será reprimido pela mesma ordem ou pelo que a preside [a tradução do latim é, nesta última parte, um pouco infeliz; melhor seria: ou por aquele que à mesma preside (*vel principe ordinis*)].».

que se pode constatar recorrendo à metodologia que se tem vindo a adotar, ou seja, recorrendo a uma análise espacial e temporalmente abrangente dos fenómenos. Isto porque se pode constatar que a lógica da *lex talionis* raramente foi seguida pelos tribunais ao longo dos tempos, nem mesmo nos tempos bíblicos nos quais ela era, supostamente, vigente²³⁷, e o mesmo aconteceu em épocas posteriores.

Efetivamente, a abordagem que se tem vindo a seguir levará à conclusão que as decisões dos tribunais a respeito da imposição de penas não se podem explicar apenas com base nesta ideia de que a finalidade das penas consiste na retribuição total do sofrimento provocado, pois as penas que os tribunais têm aplicado ao longo do tempo são, na sua esmagadora maioria, de uma gravidade muito menor do que a do crime *sub judice*. Mas tal também não significa que esta ideia seja completamente desprovida de realismo. De facto, a retribuição do mal provocado a outrem subsiste como uma primeira justificação para a aplicação de penas²³⁸, que não são devidas a não ser a quem praticou um crime (cfr. *ST*, I-II, 87, 4, co.). Note-se que não está aqui em causa qualquer relação entre gravidade da culpa e gravidade da pena – tarefa, aliás, impossibilitada pela incapacidade humana de medir a gravidade da culpa, pois «a Razão do homem [é] incapaz de julgar os móveis que formam a culpabilidade – aquilo que hoje chamamos responsabilidade – incapaz de desemaranhar o novelo das “causas do pecado”»²³⁹ (tradução nossa), sendo impossível saber até que ponto é censurável a intenção de alguém prejudicar outrem ou até que ponto tal intenção se deve também a fatores externos, à educação, ao ambiente familiar, ou mesmo a fatores genéticos (v. *ST*, I, 57, 4, co., *secunda pars*; *ST*, I-II, 73 e ss.) –, mas apenas um juízo de imputação objetivamente comprovável (de seguida se verá em que termos) dos danos ao agente. Rejeita-se, assim, a relevância judiciária da noção de culpa como juízo de censurabilidade.²⁴⁰

Como aferir essa coincidência entre quem praticou o crime e quem sofre a pena respetiva? Referiu-se que é como reação ao facto de alguém ter querido violar a ordem social assente na igualdade comutativa das relações sociais que se justifica a aplicação de uma pena, como forma de tal ordem se impor e reestabelecer. Ora, para que se possa aferir, na prática, se alguém desejou violar essa ordem é necessário diferenciar o grau de

²³⁷ V. A. BLOCH, *A Book of Jewish Ethical Concepts*, pp. 66-7.

²³⁸ M. VILLEY, «Responsabilité Pénale», pp. 256-8.

²³⁹ M. VILLEY, «Des Délits et Peines», p. 183.

²⁴⁰ Chamando a atenção – ainda que no domínio da responsabilidade civil mas em termos que nos parecem, pelo menos em parte, transponíveis para o direito penal – para a necessidade de rejeitar um conceito de culpa moral, baseado num juízo de censurabilidade, v. A. PRATA, «Responsabilidade Civil», pp. 309-11.

voluntariedade com que o agente quis fazê-lo. Note-se, portanto, que não se pretende, com isto, medir a culpa do agente, medição que, como se referiu, não é possível ser realizada, mas antes levar a cabo uma análise objetiva relativa ao grau de imputação do dano ao agente, ou seja, trata-se de aferir até que ponto se pode considerar que certo dano é imputável a certo agente, algo que é indispensável à aplicação da retribuição a esse mesmo agente, ou seja, da pena retributiva. Esta análise poder-se-á sugestivamente designar por gravidade da atuação danosa. Para que se possa proceder, na prática, a esta medição será útil distinguir quatro graus de gravidade da atuação (v. *ST*, I-II, 105, 2, ad. 9): 1.º - grau de fraca gravidade, que corresponde àqueles casos em que a gravidade da atuação será diminuída em razão da emotividade e imediatez da atuação (exemplo: art. 133.º do Código Penal); 2.º - grau de negligência, que corresponde àqueles casos em que o agente ignora que a sua atuação pode resultar na ocorrência do dano (exemplo: art. 137.º do Código Penal); 3.º - grau de gravidade comum, que corresponde àqueles casos em que o agente representa para si a ocorrência do dano como consequência da sua ação (exemplo: art. 131.º do Código Penal); 4.º - grau de gravidade elevada, que corresponde àqueles casos em que o agente não só representa para si a ocorrência do dano, como persiste na sua atuação de forma duradoura, mesmo após ter refletido na sua gravidade dos danos, atuando com calculismo (exemplo: art. 132.º, n.º 2, al. j) do Código Penal).

Nesta descrição encontra-se, como decorre dos quatro graus apresentados, o fundamento para a distinção entre os tipos de punibilidade privilegiada, negligente, comum e qualificada, respetivamente, devendo o legislador determinar prudencialmente diferentes medidas abstratas para todos ou só para alguns dos tipos de punibilidade, em cada tipo de crime (sobre esta questão v. n. 367). Apesar do referido quanto à noção de culpa, naturalmente que não se ignora que o sentido com que comumente é usado o termo culpa corresponde, precisamente, a estes graus de gravidade ou intensidade com o dano se pode considerar imputável ao agente, apesar de persistir, em nossa opinião erradamente, o seu entendimento como juízo de censurabilidade.

Ademais, a ideia de retribuição apresenta algumas vantagens em comparação com um entendimento dos fins das penas centrado na ideia de prevenção geral – que não se rejeita, como se verá de seguida –, alicerçado na noção, bastante difundida na atual dogmática penalista, de que as penas só devem ser aplicadas se previstas em lei vigente numa data anterior ao crime (princípio da legalidade no direito penal). São elas²⁴¹: a

²⁴¹ M. VILLEY, «Des Délits et Peines», pp. 178-9.

fundamentação da aplicação das penas num motivo materialmente válido, o que não ocorre com a noção de que as mesmas apenas devem ser aplicadas apenas se previstas em lei anterior – o que não significa que a lei não apresente um papel especialmente importante no direito penal, como se verá no ponto 4 (v., muito particularmente, a n. 367) –, argumento exclusivamente formal e, como tal, suscetível de ceder perante uma abordagem realista abrangente: quem duvida da adequação das condenações das chefias nazis pelo Tribunal de Nuremberga? Ora, nenhuma lei anterior previa essas condenações.²⁴² Outra vantagem reside na «proteção» que o entendimento do fim das penas como retributivas confere contra o perigo de que um inocente seja condenado: se o fim das penas incluir apenas a ideia de prevenção geral a condenação de um inocente não é descabida – o que não significa que a prevenção geral não seja um fim louvável, se não se prescindir da retribuição.²⁴³ Eis, portanto, que o entendimento da pena como retribuição, alicerçado na ideia de igualdade comutativa, se apresenta como um primeiro e imprescindível fundamento das penas.

Todavia, como decorre do que se referiu, a perspetiva realista sobre a questão das decisões jurisdicionais incidentes sobre a realidade relevante para a igualdade comutativa *secundum quid*, realidade constituída pelos crimes, ultrapassa a ideia de igualdade comutativa entre sofrimento provocado, a gravidade da atuação e a pena estabelecida, sendo possível constatar que os tribunais têm repetidamente desrespeitado essa igualdade, no sentido de atribuir penas de gravidade menor do que o sofrimento provocado. Se a ideia de retribuição é relevante para efeitos de determinar a quem punir (problema da imputação), o mesmo não se pode dizer da sua relevância para determinar a gravidade da pena.

²⁴² Além destes exemplos mais chocantes, o princípio da legalidade em direito penal levanta várias dificuldades aplicativas de cariz metodológico – que foram desenvolvidamente identificadas e problematizadas por A.C. NEVES, *Digesta - Volume 1.º*, concretamente no ponto dedicado ao princípio da legalidade criminal (pp. 349-473) –, decorrentes essencialmente da impossibilidade metodológica de concluir sobre a inclusão, ou não inclusão, da factualidade de certo caso concreto em certo tipo legalmente previsto de forma exclusivamente lógico-dedutiva, sem que nessa operação esteja envolvido um juízo acerca da punibilidade dos factos praticados. Ora esse juízo, para ser realizado, reclama necessariamente um critério material que o oriente e que defendemos assentar nas ideias de retribuição (que se acabou de referir no texto) e de prevenção (que de seguida se refere no texto). De resto, este tipo de dificuldades ou insuficiências metodológicas são típicas da conceção do direito como sistema, assunto que se abordará no ponto 5. Ora, como aí se irá analisar e concluir, verifica-se a necessidade de recorrer a um critério decisório material como forma de resolução de tais dificuldades, de suprir essas insuficiências.

²⁴³ Neste sentido parecem ir as considerações de SOUSA E BRITO ao referir que «a consideração da prevenção especial pode levar a uma pena que não corresponde à culpa. Pode assim acontecer que a defesa contra a perigosidade do agente, só por si, justificasse uma pena mais grave do que a abrangida pela culpa. E pode acontecer que uma pena inferior à da culpa já seja provavelmente suficiente para evitar futuros crimes do agente, como será o caso de criminosos ocasionais.» (J. DE S. E BRITO, «Os fins das Penas», p. 168).

Para compreender a razão desse desfasamento, e continuando com a metodologia realista que se tem vindo a aplicar, torna-se premente dar conta de uma nova constatação relativa à atribuição de penas pelos tribunais. Ela pode ser determinada por referência a uma passagem que é várias vezes repetida na *ST*: «*poenae praesentis vitae magis sunt medicinales quam retributivae*» (alguns exemplos: *ST* II-II, 66, 6, ad. 2; II-II, 68, 1, co.; II-II, 108, 3, ad. 2)²⁴⁴. «As penas da vida presente são mais medicinais do que retributivas.». Esta afirmação é verdadeiramente uma constatação, uma descrição de uma realidade que se pode verificar. De facto, é claro que as penas apresentam uma função que se pode sugestivamente designar por medicinal, no sentido em que contribui para a resolução de alguma «patologia», principalmente no que respeita ao criminoso – procurando reabilitá-lo e evitando que cometa novos crimes – mas também em relação a outros membros sociedade, potenciais criminosos – intimidando-os com a aplicação de uma pena. Esta realidade parte de um pressuposto de base: a noção de que as penas são aplicadas a pessoas que vivem e fazem parte de um mundo mutável, marcado pelo fator tempo (objeto do poder temporal). É a referida mutabilidade temporal que permite a possibilidade de uma «intervenção medicinal» no mundo, através da aplicação de penas: só constatando a possibilidade de reabilitação de quem comete um crime, de que as pessoas são capazes de mudar ao longo do tempo, se pode conceber que se possa reabilitar um criminoso (prevenção especial) ou evitar que alguém venha a cometer um crime (prevenção geral). E, de facto, constata-se que as penas, que a imposição de um certo sofrimento, uma certa disciplina, - que, naturalmente, pode assumir as mais variadas formas consoante as necessidades do caso, desde a imposição de frequência de uma formação à pena de prisão - se for bem orientada, pode ter esse efeito. Esta finalidade medicinal ou preventiva das penas visa, como facilmente se percebe, contribuir para um fim mais abrangente: a promoção da paz social.

Estas considerações permitem proceder a uma certa delimitação da realidade a que as penas determinadas pelos tribunais se aplicam: elas visam a paz social através da sua finalidade preventiva, pelo que são punidos os sofrimentos causados a outrem que põem em causa a paz social, por estar em causa a segurança de todos os membros da sociedade. Abordando a mesma questão pela negativa, se as penas apenas punem os crimes que

²⁴⁴ Estas referências a tal afirmação permitem colocar completamente de lado a ideia de que recorrer a AA medievais no que respeita à questão das penas implica recorrer a uma noção centrada na ideia de castigo e retribuição. Pelo menos a abordagem tomística revela uma claríssima consciência das implicações das penas na realidade social, afirmando sem quaisquer hesitações a prevalência da utilidade social das penas sobre a sua função justiceira.

atentam contra a paz social, fora no âmbito penal ficam todos os casos em que tal não acontece, tais como, por exemplo, os sofrimentos que cada um impõe a si mesmo ou as simples intenções de causar algum mal a outrem (*ST*, I-II, 96, 2, co.). Esta realidade torna-se, aliás, especialmente visível naqueles casos em que se pune de forma mais severa o mal provocado de uma forma que coloca, de maneira mais direta, em causa a paz social em comparação com uma forma de provocar o mesmo mal que não afeta de forma tão direta a paz social. Eis um exemplo: infligir uma agressão física a uma pessoa encarregada de promover a paz social ou o bem comum, como um polícia ou um bombeiro, é um ato normalmente punido de forma mais severa do que o mesmo ato de agressão quando dirigido a uma pessoa desprovida de tal encargo.

Mas, além deste efeito de delimitação dos atos puníveis e de orientação da punição para a referida utilidade social consistente no carácter medicinal das penas, este entendimento acerca do fim das penas apresenta também um importante efeito de moderação da gravidade das penas determinadas na lógica da igualdade comutativa, da lei de Talião. De facto, ao se visar a prevenção com a aplicação das penas, tal implicará necessariamente uma incompatibilidade com várias das penas cuja gravidade seria aferida segundo aquela lógica. Um exemplo sugestivo: se a um autor de homicídio se aplicasse a pena de morte, nele desapareceria qualquer oportunidade de reabilitação; e nem se replique argumentando que tal pena teria um forte efeito de prevenção geral, pois, mais uma vez recorrendo ao realismo, é possível constatar que a pena de morte, bem como outras penas muito graves, não tem um efeito correspondente à sua gravidade no que toca à dissuasão criminal.²⁴⁵

Eis, portanto, que se encontra na utilidade social das penas, no seu carácter medicinal, aquele que se pode considerar como o principal fim das penas. Devendo as penas ser aplicadas num mundo marcado pela mutabilidade, onde reina o fator tempo, a ideia de retribuição do mal provocado choca com a possibilidade de reabilitação dos criminosos e dos potenciais criminosos. Se existe a possibilidade de intervir positivamente na sociedade e nos seus membros, porque razão se deveria dar preferência à retribuição e desaproveitar essa possibilidade? Efetivamente, ao se ter em conta que alguém cometeu

²⁴⁵ Vários estudos apontam nesse sentido. *V.*, a este respeito, o seguinte artigo: M. RADELET E T. LACOCK, «Recent developments: do executions lower homicide rates?: the views of leading criminologists». Nele os AA apresentam uma visão bastante abrangente no que toca à consideração dos vários estudos empíricos realizados ao longo do tempo no âmbito da realidade americana, tendo também em consideração que nem todos os estudos realizados apontam no mesmo sentido. Ainda assim, é clara a conclusão de que o efeito dissuasor da pena de morte não é proporcional à sua gravidade.

um crime, e ao se aferir uma pena com finalidade medicinal, está-se a lidar com uma realidade substancialmente diferente daquela que está em causa na lógica da igualdade comutativa, seja na variante *simpliciter*, seja na *secundum quid* – a qual é, como se referiu, manifestada na finalidade retributiva. Nestas duas, a perspetiva incide sobre *o algo* que a pessoa fez; na determinação de uma pena medicinal, a perspetiva incide sobre *a pessoa* que fez algo. Além interessa a avaliação do valor uma «coisa» que se perdeu, do automóvel que se danificou, da lesão que se infligiu, do sofrimento que se provocou, ou seja, de uma realidade «estática», de abrangência delimitada no tempo e no espaço (sem prejuízo da continuidade no tempo das suas consequências) – de uma coisa, de um bem relativo a uma pessoa ou de uma ação, para usar a terminologia tomística que se adotou – para que se possa compensar a perda com algo do mesmo valor, incluindo a compensação de um sofrimento com outro. Já no que toca à determinação de uma pena medicinal a quem provocou certo mal ou sofrimento a outrem, está em causa uma realidade «dinâmica», uma pessoa que pode mudar pela aplicação de uma pena «medicinal», a qual pode também permitir uma mudança relativamente a potenciais criminosos. Ora, agir positivamente sobre pessoas deverá, naturalmente, prevalecer sobre a possibilidade de agir sobre «coisas».

Neste ponto, duas observações ganham pertinência. À luz do que se referiu, parece que as decisões judiciais relativas à aplicação de penas são motivadas por princípios contraditórios, ou, pelo menos, incompatíveis; além disso, parece que nenhuma das finalidades das penas que se abordaram é capaz de fornecer um critério idóneo para determinar a pena concreta que se revele apropriada a cada caso particular.

Efetivamente, por um lado, há a necessidade de retribuir o mal causado a outrem para impor a ordem da igualdade comutativa, por outro, a possibilidade de utilizar a pena como medicina para a sociedade e para os seus membros, que impõe certa mansidão das penas e a sua orientação para tal fim, completamente diverso da retribuição²⁴⁶. Como lidar com esta aparente contradição e vagueza? Na realidade, uma forma de lidar com tal contradição consiste na compreensão, que vale para a maioria dos casos, embora não todos, de que a finalidade retributiva, como acima se referiu, vale apenas como um fundamento primeiro para a aplicação de uma pena a alguém, garantindo que as penas só

²⁴⁶ Dando conta desta diversidade de motivações para a determinação judicial das penas, apresentando embora uma abordagem a tal diversidade não totalmente coincidente com aquela que se apresenta no texto, v. M. VILLEY, «Des Délits et Peines», pp. 184-5. Apresentando uma abordagem ainda mais distinta, mas que igualmente abarca a necessidade de ter em conta a mesma diversidade de motivações v. A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, pp. 237-41.

são aplicadas a quem cometeu um crime, para tal exigindo-se um elevado grau de certeza na prova dos factos que o demonstram, bem como a existência de certo grau de imputação, mais ou menos forte de acordo com os quatro graus identificados, do dano ao agente o que não é, porém, critério adequado para definir, em concreto, a pena a aplicar a cada crime, sem prejuízo da sua utilidade. Resta então a finalidade medicinal das penas. Pelo que se acabou de referir, deve ser, em princípio, dada uma prevalência a este critério, em função da sua função educativa da sociedade e dos seus membros, resultante da sua adaptabilidade ao carácter mutável de cada pessoa, promovendo-se assim a paz social.

Ora, decorrem da finalidade preventiva vários tópicos que orientam a determinação da medida concreta da pena, que tanto a podem reduzir como agravar (*ST*, I-II, 105, 2, ad. 9): 1.º - o carácter habitual, esporádico ou único com que o agente comete o crime em causa pode implicar, respetivamente, maior ou menor pena, por implicar, respetivamente, maior ou menor necessidade de reabilitação do agente; 2.º - a circunstância de o agente revelar um desejo de procura de prazer com a prática do crime, seja pelo comprazimento em causar sofrimento a outrem ou pela busca instintiva de prazer sexual (exemplo: art. 132.º, n.º2, al. e) do Código Penal), implica uma pena maior pela maior necessidade de reabilitação; 3.º - a circunstância de o crime poder ser cometido com facilidade, por exemplo porque o carácter involuntário da comutação se deve ao segredo e não à violência, ou cujo dano possa ser facilmente ocultado, implica também uma maior pena, tanto pela maior necessidade de reabilitação do agente, como também, e essencialmente, pela maior necessidade de prevenção geral em crimes com tais características.

Todavia, a vagueza de todos estes critérios para a definição das penas concretas subsiste, não só em função do carácter genérico de cada um deles como também em função da sua diversidade. Como saber se deve prevalecer a retribuição, ou a prevenção?²⁴⁷ E

²⁴⁷ Note-se que a estes dois fatores, retribuição e prevenção, deve ainda ser acrescentado um terceiro: a clemência. Efetivamente, considerar que alguém sofra uma pena faz despoletar um sentimento de identificação e empatia com a pessoa que sofre. Trata-se de um sentimento de compaixão, motivado por algum fator de proximidade ou de partilha com a pessoa *sub judice* (*ST*, II-II, 30, 2, co.), o qual existe sempre, em maior ou menor medida, nem que seja pela partilha da cidadania ou da própria humanidade. Daí resulta a noção de que todos poderíamos ter a mesma sorte daquele que está em julgamento, pois todos somos capazes de provocar o mesmo mal, surgindo então a compaixão pela miséria alheia, um sentimento de assunção como próprias de tais misérias, sentindo-as como se fossem próprias, a que se chama misericórdia (*ST*, II-II, 30, 1, co.), que significa literalmente ter o coração (*cor*) no miserável (*miser*), no desgraçado, no pobre – refira-se que é por essa razão que TOMÁS DE AQUINO afirma residir na tomada de consciência dos defeitos próprios a razão pela qual alguém é misericordioso com outrem (*ST*, II-II, 30, 2, co., *in fine*). Tal sentimento conduz invariavelmente à vontade de reduzir a aflição por que essa pessoa deve passar, o que, *in casu*, se traduz na vontade de reduzir a pena em causa, aliviando o seu sofrimento. E a esta particular aplicação da misericórdia traduz-se na capacidade de ser clemente com quem é justamente (de acordo com os outros dois fatores) punido, terminando antecipadamente a pena determinada (cfr. *ST*, II-II, 157, 4, ad. 3 e M. VILLEY, «Des Délits et Peines», pp. 179-81). De facto, à clemência «cabe, diretamente,

em que medida? E como se poderá, partindo destas considerações, determinar uma medida concreta da pena, bem como um tipo de pena?

Responder adequadamente a estas questões implica já entrar no problema jusmetodológico e recorrer ao método dialético-prudencial que se irá abordar adiante (ponto 4), pelo que se remete para aí (v., muito particularmente, a n. 367) a resposta (ou melhor, um princípio de resposta) a essas questões.

3.5. Conclusões sobre a natureza do conhecimento jurídico

3.5.1. A adequação do conhecimento jurídico como conhecimento naturalista, artístico-criativo e probabilístico relativo a uma realidade ordenada e dinâmica, de matriz clássico-realista

amenizar os castigos», permitindo «não afligir uma pena por demais severa» (*ST*, II-II, 157, 1, co. e II-II, 157, 1, ad. 2). Não se pense que esta abordagem está necessariamente vinculada à perspectiva cristã acerca da forma como lidar com quem viola algum preceito moral, pois a ideia de humanização da pena, nomeadamente o conceito de clemência são muito anteriores ao cristianismo, tendo sido tratados por AA pagãos do período romano, sendo, talvez, o exemplo mais significativo a obra de SÉNECA *De Clementia*. Tais AA são, aliás, abundantemente citados na *ST* (v., por exemplo, *ST*, II-II, 30 e II-II, 157). Perante estas considerações, uma objeção surge com pertinência: a clemência, o perdão parcial das penas, não vem colocar em causa o que acima se referiu acerca da necessidade de assegurar a igualdade comutativa *secundum quid*, de fazer pagar um sofrimento com um sofrimento equivalente? De facto, ao se mitigar a pena, tal equivalência fica necessariamente comprometida. Além disso, pode também comprometer-se a finalidade preventiva. Este problema é, aliás, muito mais abrangente do que aqui se poderá, *brevitatis causa*, dar conta, mas não se deixará de referir que, na realidade, embora a clemência na aplicação das penas seja contrária à igualdade comutativa e à finalidade preventiva, não contraria a ideia, mais abrangente, de igualdade. Por uma razão simples: o perdão de uma pena consiste numa «doação» da comunidade que, após a condenação do criminoso, perdoa-o parcialmente, uma liberalidade da comunidade relativamente a um dos seus membros. Já se referiu anteriormente em que consiste este tipo de igualdade: trata-se de um processo de regresso, de «acesso à [igualdade] distributiva» (M. VILLEY, «Des Délits et Peines», p. 180), a qual, na sua liberalidade do todo para a parte, não contraria a ideia de igualdade comutativa, não por ser propriamente compatível com ela mas por a superar sem a contrariar. A comunidade, «tem o direito» de condenar o criminoso, mas escolhe não o exercer totalmente, escolhe perdoar essa dívida em parte. Ora, perdoar uma dívida não contraria a igualdade comutativa, antes consiste no exercício de uma faculdade do credor (cfr. *ST*, I, 21, 3, ad. 2). É, aliás, precisamente por essa razão que não incluímos o critério da clemência juntamente com a retribuição e a prevenção enquanto critérios que o juiz deve ter em conta na determinação da pena: a clemência, pela razão referida, não deve ser decidida pelo juiz mas apenas por quem esteja mandatado para decidir em nome de toda a comunidade estas questões e apenas após o juiz ter determinado a pena de acordo com aqueles dois critérios. É o que ocorre, no caso português, com a figura do Presidente da República cujas funções incluem a concessão de indultos, perdões de penas já decididas por um juiz e cuja justificação reside, precisamente, na clemência. Eis as claras e significativas palavras de TOMÁS DE AQUINO a este respeito que, inclusivamente, indica as condições a que deve estar sujeita a concessão de indultos: «há uma diferença entre os juizes inferiores e o juiz supremo, o príncipe, investido da plenitude do poder público. Pois o juiz inferior não tem o poder de absolver da pena o réu, indo de encontro às leis a ele impostas pelo superior. (...) O príncipe, porém, investido dos plenos poderes no Estado, pode licitamente absolver o réu, contando que a vítima da injustiça queira perdoar e ele julgue que daí não resultará qualquer dano para a utilidade pública» (*ST*, II-II, 67, 4, co.).

Decorre dos pontos 2.1 e 3.2 que as várias hipóteses de compreensão da natureza do conhecimento jurídico são fundamentadas, na sua estrutura mais básica, por duas diferentes formas de entender toda a realidade, de entender a própria natureza de todo o mundo tangível que nos rodeia. Por um lado, as concepções modernas acerca da natureza do conhecimento jurídico – idealismo voluntarista, idealismo axiológico, positivismo concetualista, positivismo realista, positivismo utilitarista – baseiam-se no ideário nominalista, na ideia de que cada entidade só pode ser verdadeiramente compreendida na sua individualidade, de tal forma que os universais não designam nada de real, sendo o seu valor apenas nominal, descritivo da impressão que os atributos de cada entidade deixam no sujeito (*universalia post res*). Por outro, o realismo clássico baseia-se no entendimento aristotélico-tomista da realidade, segundo o qual os universais são entidades reais mas sem existência autónoma, na medida em que os mesmos se revelam nas entidades individuais, nos particulares, os quais, de forma mais ou menos conseguida, são caracterizados por aqueles (*universalia in rebus*). Assim, para tomar uma posição quanto à natureza do conhecimento jurídico, é necessário, primeiramente e sem que as duas questões se confundam, tomar justificadamente uma posição quanto a estas duas posições relativas ao problema do estatuto dos universais.

Trata-se de uma experiência perfeitamente espontânea para qualquer pessoa a constatação de que o mundo, as entidades que nele se observam, são passíveis de comparação entre si, na medida em que apresentam semelhanças e diferenças, as quais aparecem no mundo com certa distribuição. De facto, tais semelhanças e diferenças apresentam uma certa «organização», de tal maneira que é possível vislumbrar uma certa ordem na desordem, uma certa harmonia ou coerência no meio da aparente desarmonia e desconexão.

Por muito que se tente descrever esta realidade por meio de uma enunciação abstrata, a ideia aparecerá muito mais nitidamente delineada se se recorrer a uma ilustração exemplar. Pense-se numa árvore, *rectius*, na ideia de uma árvore, ideia por meio da qual é possível que uma pessoa, ao constatar certa árvore em particular, reconheça estar perante uma árvore. A construção de tal ideia resulta de uma aprendizagem que, em criança, cada pessoa realiza ao ter contacto com vários e diversos exemplares de árvores. De tal contacto poder-se-á, primeiramente, levar em conta a grande diversidade entre os vários exemplares. Diversidade porque, desde logo, como qualquer ser vivo, as árvores apresentam um aspeto muito diferente ao longo da sua vida. No início são pequenas e frágeis, não dão frutos. Com o passar dos anos tornam-se, tendencialmente, grandes e

A natureza do conhecimento jurídico

fortes, com folhas e frutos, um tronco grosso e vários ramos. Já quando se aproxima o fim da sua vida, apresentam-se com aspeto enrugado, fendas no tronco e quase já não dão frutos. É, então, muito diferente reconhecer que se está perante uma árvore consoante a fase da vida em que se encontre o exemplar que se constata. Mas tal diversidade decorre também da grande variedade de espécies de árvores que se podem constatar. Como é diferente a palmeira, com o seu tronco estreito e alto, a sua copa estreita e abalada, sem ramos a sair do tronco quando comparada com o embondeiro, com o seu tronco tão grosso e os seus ramos tão numerosos e de calibre sucessivamente menor! Duas imagens ajudarão a identificar estas diferenças:²⁴⁸



Ora, apesar de tão grandes diferenças, *rectius*, precisamente devido a elas, é possível reconhecer que em todos os exemplares constatados se está perante uma árvore. E assim é porque se é capaz de reconhecer, ao constatar todas as diferenças, que há elementos que se mantêm em quase todos – não todos totalmente – os exemplares e são esses elementos que constituem a essência, a definição da ideia de árvore. Naturalmente que há também elementos próprios, individuais, do exemplar que se está a analisar, mas a capacidade de identificar esse exemplar como uma árvore decorre da identificação dos elementos comuns, que poderão ser, por exemplo, a existência de tronco, raízes e de algum tipo de copa. A identificação de elementos comuns permite a identificação de que o particular é predicado (neste caso através da integração num género – como se referiu no ponto 3.3.1.2, a predicação dos particulares pode ser feita por género, propriedade ou relação) por um universal, algo que tem implicações imensas, nomeadamente por ser a base da compreensão humana da realidade. Só identificando que aquele objeto particular é uma

²⁴⁸ Imagens retiradas, respetivamente, dos seguintes sítios: <https://www.pexels.com/photo/green-palm-trees-1715433/> e <https://www.pxfuel.com/en/frec-photo-jtfeb> (consultados a 7/12/2020).

árvore se estará em condições de o compreender, pois só assim se poderá associar a esse objeto as características definitórias desse universal, tanto aquelas que já se encontram efetivadas no exemplar em questão como aquelas que, pertencendo-lhe, não estão efetivadas mas podem vir a está-lo, como seja a possibilidade de a árvore dar frutos. Com tal conhecimento, ao qual é necessário que se junte vários outros conhecimentos resultantes da experiência de vida mas sempre segundo o mesmo método de reconhecimento de universais, é mesmo possível ter algum controlo sobre a realidade, por exemplo estimulando o crescimento da árvore e a produção de frutos, através da poda e da adubagem.

Esta importância dos universais para a compreensão da realidade é compreendida na sua real extensão ao se ter em conta que os universais não compreendem apenas a possibilidade de predicar os particulares relativamente a um tipo de substância – que se designa de substâncias secundárias, tal como «árvore» ou «ser humano» – mas incluem também todas as possibilidades de predicação, ou seja, todos os tipos de casos em que se pode dizer que um certo particular é predicado por algo genérico, capaz de caracterizar vários particulares, o que inclui as mais variadas perspectivas sobre os particulares. É precisamente esse elenco tipológico de possibilidades de predicação que se pode encontrar nos extraordinários *praedicamenta*, nas *Categorias* de ARISTÓTELES (1b25). São elas: a substância (secundária), a quantidade, a qualidade, a relação, o lugar, o tempo, a posição, a condição, a ação sobre algo e o estado de ser afetado por algum particular.

Não cabe aqui analisar cada uma delas, pois nem todas são relevantes para o que aqui se pretende defender. Com a enumeração deste elenco apenas se pretende mostrar a abrangência desta abordagem, capaz de reunir as possibilidades de predicação dos particulares e, conseqüentemente, de agrupar, de tipificar as perspectivas pelas quais se pode aceder ao conhecimento da realidade. Pense-se num particular muito simples, a laranja X. Tal substância primária pode ser caracterizada por vários tipos de universais: trata-se de um tipo de substância, uma laranja (substância secundária), que se apresenta na cor laranja e que é sumarenta (qualidades), que é o fruto de uma árvore (relação), que é um fruto que madura em determinada altura do ano (tempo) e que produz saúde a quem a come (ação sobre algo). Por este exemplo tão simples se pode ver como compreender um particular depende da capacidade de reconhecer nele a presença de categorias genéricas, universais, pois só assim se pode conhecer aquele particular em todas as suas dimensões: que tipo de coisa é, que qualidades dispõe, quais as relações que apresenta

com outras coisas, qual a sua caracterização espaço-temporal, qual a sua capacidade de gerar mudanças noutras coisas ou de se deixar mudar por outras coisas, etc.

Em face de tal importância dos universais para a compreensão dos particulares, pode afirmar-se que os particulares não são mais do que instanciações «particulares», na matéria, dos universais, que lhes conferem uma certa forma em concreto. Ora, a «orientação» de tal instanciação, a concreta forma que a matéria vai assumindo pela particular caracterização pelos universais é levada a cabo, é dirigida, pelos fins naturais a que se aludiu no ponto 3.2.1.2, onde também se justificou a sua existência. Recorrendo ao mesmo exemplo: uma árvore X apresenta as características que apresenta, ou seja, ela é a instanciação de vários universais (substância secundária «árvore» e «laranjeira», permite servir de alimento a outros seres vivos e gera sementes para que novas árvores surjam – ação sobre algo –, dá os seus frutos em certa altura do ano – tempo -, etc.), porque essas características estão ao serviço de certos fins naturais, tais como a propagação da espécie ou o fornecimento de alimento para outras espécies. Eis, pois, que a justificação da opção pela hipótese *universalia in rebus* reside, então, no argumento da objetividade da constatação da existência de fins naturais, ao serviço dos quais está a materialização dos universais nos particulares. De facto, os fins naturais são constatáveis pela identificação de tendências ou uniformidades tendenciais na realidade, conforme se referiu no ponto 3.3.1.2: as coincidências antrópicas que permitem, tendencialmente, a existência de vida na Terra; as características genéticas, que permitem que, tendencialmente, os seres vivos gerem seres vivos semelhantes, ou seja, com sensivelmente as mesmas características. Estas tendências, entre várias outras, objetivamente comprováveis, mais não são do que a tendencial materialização dos universais nos particulares, materialização essa que, portanto, pode apresentar um estado efetivo ou apenas potencial (recorde-se o referido no mesmo ponto 3.3.1.2). Os universais apresentam, portanto, uma existência real e não apenas nominal, ainda que tal existência não seja autónoma, mas dependente da materialização concreta nos particulares: ficam, assim, precisamente comprovados os termos da existência de *universalia*, não em abstrato, mas *in rebus*.

Neste ponto da argumentação, uma consideração impõe-se. Se os universais existem nas coisas e se se colocar a hipótese de o conhecimento jurídico visar o conhecimento de algum universal, então poder-se-ia concluir que adquirir tal conhecimento depende da observação das coisas nas quais o mesmo se pode materializar. Poder-se-á então concluir

que tal hipótese corresponde ao pressuposto em que assenta a conceção do realismo clássico? E será que a mesma é verosímil? Se o for, com que argumentos o é?

A resposta a essas questões reclama a recuperação de tudo o que se foi referindo ao longo do ponto 3.4. Aí se constatou, com base na análise da atividade dos órgãos cuja atividade visa, propriamente, dizer o direito, a atividade jurisdicional dos tribunais, que o objeto do conhecimento jurídico consiste nas relações sociais interpessoais em que se opera a distribuição ou a comutação de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou ações. Além disso, verificou-se também que o que se procura conhecer nesse objeto não é algo que se possa necessariamente constatar no mesmo, mas antes o que se apelidou de uma «realidade-ideal», ou seja, uma realidade relativa ao referido objeto, uma certa alocação de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou ações no âmbito de operações de distribuição ou de troca que permite realizar um determinado ideal, a igualdade, entendida de forma diferente consoante se esteja perante cada uma daquelas operações. Está, portanto, em causa determinar em que consiste a igualdade numa concreta relação social interpessoal. Ora, o que é, neste âmbito, a igualdade?

A igualdade trata-se de uma qualificação da realidade em causa, mais propriamente uma qualificação referente à própria natureza de tal objeto, ou seja, de uma qualificação genericamente aplicável a todo o objeto. Por outras palavras, provavelmente mais sugestivas: a igualdade é uma qualidade atribuível ao objeto, àquilo que ele é em si mesmo, desconsiderando, por exemplo, as perspetivas de compreensão relacional com outras realidades. É nesse sentido que se pode afirmar que a igualdade comutativa em certa relação social interpessoal de troca, certo caso concreto, consiste, por exemplo, na atribuição ao autor do montante X, correspondente ao dano que o réu lhe causou por incumprimento de um contrato entre ambos. Assim, tal como se referiu *supra*, a qualidade é um universal por ser um potencial predicado de certa realidade, de certo particular, sendo um dos *praedicamenta* mencionados por ARISTÓTELES (Cat. 8b25 e ss.). Referiu-se já, com vários exemplos, nos pontos 3.4.3.2 e 3.4.3.3, as formas como o universal da igualdade se pode materializar de modo a caracterizar as relações sociais interpessoais de distribuição e de comutação. Como qualquer universal – pense-se no caso do universal «árvore», que se apresenta materializado em tantas e variadas espécies – também a igualdade se pode materializar de mais de uma forma, tendo-se naqueles pontos aludido à materialização nas formas da igualdade distributiva e comutativa, mas em todos os casos de diferente materialização de um universal, é necessário ter em conta a realidade

A natureza do conhecimento jurídico

essencial de que está sempre em causa o mesmo universal, a mesma ideia de igualdade enquanto equilíbrio entre aquilo que é distribuído (equilíbrio entre pessoas e coisas) ou comutado (equilíbrio entre coisas e coisas), ainda que materializado em diferentes espécies, pois a realidade material presta-se, entre outras, a uma organização segundo uma disposição género-espécie.

Além disso, também como ocorre com qualquer universal, a igualdade pode caracterizar cada particular, cada relação social interpessoal em graus muito diversos de concretização. Tendo em conta que a determinação daquilo em que consiste a igualdade nas diversas e concretas relações sociais interpessoais é, como se referiu, precisamente aquilo em que consiste a atividade jurisdicional, e como esta constitui, pela sua natureza (que melhor se analisará ao longo do ponto 4.4), uma atividade que envolve a consideração de interesses conflitantes, será relativamente frequente que a situação factual com que o tribunal é confrontado não corresponda à situação em que a igualdade se encontra realizada, sendo então o tribunal chamado estabelecer que a igualdade corresponde a uma situação diferente daquela que existe e a determiná-la, segundo as características do caso, nomeadamente consoante se trate de um caso que envolva uma operação de distribuição ou de comutação e tendo em conta as particularidades da mesma de modo a perceber qual a alocação de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou ações que, *in casu*, permite realizar a igualdade. Por isso, a igualdade é claramente um universal, concretamente uma qualidade, que é um predicado, seja efetiva ou potencialmente, de um particular, uma concreta relação social interpessoal distributiva ou comutativa.

A forma como, no ponto 3.4, se foi «caminhando» para determinar qual o objeto do conhecimento jurídico e aquilo em que o mesmo consiste, a igualdade distributiva e comutativa, mostra como se pode chegar a uma conclusão segura relativamente à definição de um universal. Efetivamente, aquele «caminho» é o adequado para chegar à fórmula definitiva de qualquer universal, pois aí se adotou um procedimento que se centra na forma como a realidade relevante – aquela em que o universal em causa se pode manifestar, as relações sociais interpessoais de distribuição e de comutação – se foi manifestando nas diversas formas, procurando-se depurar a análise de elementos circunstanciais, acidentais, de forma a chegar a uma formulação capaz de captar a essência, a definição, do universal. Apesar de a análise ter sido orientada pela observação da atividade jurisdicional, a verdade é que, como tal atividade, por razões óbvias, aprecia a realidade objeto do conhecimento jurídico, é esta, no fundo, a realidade que se analisou

no ponto 3.4. Ora, aí procurou-se encontrar o aspeto relativo às distribuições e comutações nas relações sociais interpessoais que os tribunais sempre procuraram identificar, por muito diferentes que sejam os casos concretos que reclamem a sua decisão e por muito diferentes que sejam os tempos e lugares onde os tribunais sejam chamados a decidir. E dessa análise resultou que esse aspeto comum que os tribunais procuram identificar nos casos que julgam é a ideia de igualdade, nas suas espécies distributiva e comutativa. Retomando o exemplo do universal «árvore» como situação paralela, quiçá de mais fácil apreensão, pode verificar-se como o método para a formulação da definição deste universal é o mesmo: só pela observação de vários exemplares de árvores se poderá reconhecer as diversas semelhanças e diferenças de modo a identificar os elementos comuns, aqueles que permitem definir uma árvore recorrendo a características que se aplicam igualmente a exemplares tão diferentes como a palmeira e o embondeiro.

A necessidade de recorrer a este método para chegar à definição dos universais decorre de uma das mais básicas e importantes considerações relativas à própria estrutura da realidade, já referida: o facto de esta ser constituída por elementos entre os quais se pode constatar sempre algumas semelhanças e algumas diferenças, naturalmente em grau muito diverso e sem que se possa afirmar que os extremos se verifiquem. Não há duas entidades totalmente diferentes, pois é sempre possível encontrar algum aspeto segundo o qual apresentem alguma semelhança, nem totalmente iguais, exceto no que toca a entidades abstratas, nomeadamente os números (exemplos: $2=2$; $2\neq 3$). Ora, a capacidade de raciocínio permite ao ser humano, que analisa a realidade sensorialmente, aperceber-se, ter consciência de tais semelhanças e diferenças, bem como da forma como ambas aparecem distribuídas no mundo. De facto, neste processo surge, quase como que de forma espontânea, a reunião das semelhanças entre várias entidades em classes, em função da repetida constatação das mesmas. É assim que surge a possibilidade de formular a definição de certa característica genérica, aplicável a vários particulares, e que aparece na realidade como uma tendência: é a possibilidade de definir um universal. De volta ao mesmo exemplo: de todas as formas que poderiam ser assumidas pelos seres vegetais, constata-se uma certa regularidade, uma certa constância, ao assumirem as formas que permitem o reconhecimento de alguns como árvores. Trata-se de uma certa ordem na desordem, a qual é orientada à realização de certos fins, tal como, no exemplo das árvores e de tantos outros seres vivos, a auto-subsistência, a reprodução e a propagação da espécie, tal como se aludiu no ponto 3.3.1.2.

Mas a forma como se identificam as tendências na realidade natural, processo essencial para definir corretamente o universal, depende não só, estritamente falando, da constatação de semelhanças e diferenças para identificar semelhanças que traduzam tendências, características de aparecimento recorrente, mas também de uma análise mais fina da mutabilidade da realidade. Isto porque a «distribuição» dessas tendências obedece, ela própria, a uma certa regularidade, a certos padrões de ocorrência que, pela sua repetibilidade, podem servir de bússola para este processo por serem como que as formas mais concretas que assume a variedade das semelhanças e diferenças, os modos como mais usualmente é possível encontrar a «distribuição» das semelhanças e diferenças. Tais padrões da realidade são, a título de exemplo, a parte e o todo, por vezes traduzido particularmente em relações género-espécie, os contrários, o maior e o menor, o meio e o fim. Assim, está organizada a realidade, no sentido em que os universais estão distribuídos em género – árvore – e espécie – palmeira, embondeiro –, em contrários – os quais não se podem aplicar a todos os universais tais como os do tipo das substâncias, como os anteriores, mas a outro tipo de universais tais como as qualidades (exemplo: claro e o escuro) ou a ação sobre algo (exemplo: capacidade de produzir saúde ou de produzir doença, referente a alguma substância que se ingira, por exemplo) –, em maior e menor, no sentido em que a predicação pode ser maior ou menor, dependendo, por exemplo, da variação em algum outro padrão, ou o meio e o fim, no sentido em que o reconhecimento de tendências é facilitado pela procura por meios e fins. Assim, a formulação da definição do universal pode ser facilitada se se tiver contacto com o seu contrário, se se constatar a sua variação em função do grau maior ou menor de realização relativamente a outro universal ou se se identificar que várias realidades diversas estão orientadas para a realização tendencial do mesmo fim. Este tipo de padrões que ajudam a compreender a realidade de forma a orientarem a análise das semelhanças e diferenças tendo em vista a identificação dos universais são designados por ARISTÓTELES, na obra *Tópicos*, por, precisamente, tópicos²⁴⁹, e o método de análise da realidade através dos

²⁴⁹ É muito importante esclarecer que o método da dialética e o instrumento dos tópicos está aqui a ser usado para determinar uma definição de um universal, o igual, nas suas formas distributiva e comutativa, mas, como se verá, exatamente o mesmo método, servindo-se do mesmo instrumento, pode ser utilizado no âmbito da metodologia jurídica, conforme se analisará ao longo do ponto 4. Mas a finalidade para que esse mesmo método é utilizado é distinta: ao se utilizar a dialética para chegar à definição de um universal está a utilizar-se o método para analisar a realidade já existente, pelo que uma utilização correta do método, recorrendo à análise de um conjunto alargado de casos, permite chegar a uma conclusão segura acerca da realização do objetivo, ou seja, a definição do universal; já o uso da dialética como método para determinar em que consiste esse universal, o igual, num caso concreto, ou seja, como metodologia jurídica não consiste, como se verá, apenas ou necessariamente na análise de uma realidade já existente mas antes, como aliás se tem vindo a referir, na determinação de uma realidade-ideal, da forma da concretização do igual *in casu*,

tópicos é, pelo mesmo A, designado por dialética (a questão da utilização do termo «tópica», e não dialética, para designar tal método será analisado no ponto 4.3).

À luz destas considerações poder-se-á então compreender melhor o processo seguido no ponto 3.4 que levou à definição do universal «igualdade». Determinando-se a realidade relevante, aquela sobre a qual sempre incidiu a análise dos tribunais, as relações sociais interpessoais distributivas e comutativas, esteve implícita na análise que se fez naqueles pontos a observação dessa realidade sob o ponto de vista dos referidos tópicos. Recorde-se como tal realidade apresenta as suas semelhanças e diferenças em conformidade com o tópico «partes-todo», uma vez que as relações sociais interpessoais ocorrem no âmbito das relações entre o todo e as partes, onde o universal se pode materializar na forma de igualdade distributiva, e entre parte e parte, onde o universal se pode materializar na forma de igualdade comutativa. A consciência de que existe um todo e uma parte permite olhar para a realidade e procurar nela o que há de comum tendo em conta que há diferentes tipos de relações, parte-todo e parte-parte, algo que permite identificar o que é comum, a ideia de igualdade, tendo em conta que ela se terá de manifestar diferentemente de acordo essas diferenças na realidade. Além disso, embora não se tenha feito referência expressa a esta questão, também a consideração do tópico «contrários» é muito útil na identificação do que há tendencialmente de comum nas relações sociais interpessoais em causa, pois torna-se mais claro, pelo confronto, por vezes apenas hipotético, com situações de desigualdade, saber em que consiste a igualdade enquanto universal.

Estão, então, reunidas as condições para responder às questões acima avançadas. Primeiramente: corresponde esta visão à hipótese de compreensão do conhecimento jurídico à hipótese, abordada no ponto 2.1.2, do realismo jurídico clássico? Aí se definiu que essa hipótese assenta na ideia de que o conhecimento jurídico visa determinar o justo particular, ou seja, um bem particular, um bem relativo a uma concreta relação social interpessoal que consiste em certo equilíbrio ou justo meio-termo entre um excesso e um defeito no âmbito do «conteúdo», das transferências efetuadas nessa relação, sendo que, no mesmo ponto, se avançaram alguns exemplos de modo a mostrar como as circunstâncias do caso «sugerem» a solução equilibrada ou justa como sendo aquela que melhor se adequa a tais circunstâncias, como aquela que permite realizar esse equilíbrio.

embora baseada nos contornos do caso. Por essa razão e como melhor se explica adiante no texto, neste caso já não se poderá atingir uma conclusão absolutamente segura mas apenas «probabilística», embora segura o suficiente para decidir. Sobre esta questão, abordando esta dupla «dimensão» da dialética, v. M. SIM, «Dialectic and Definition in Aristotle's Topics», pp. 3-4 e 11 e ss..

Já nos pontos 3.4.3.2 e 3.4.3.3 procurou-se demonstrar, através da análise da atividade dos tribunais, que nas relações sociais interpessoais existe uma tendência latente, e como tal nem sempre efetiva, para a realização das ideias, dos universais, da igualdade distributiva ou comutativa. Estará em causa a mesma realidade? Será o justo (particular) o mesmo que a igualdade que, em ambas as formas, constitui o conhecimento jurídico que os tribunais visam determinar?

Uma resposta clara poder-se-á encontrar nas próprias palavras de TOMÁS DE AQUINO: «a matéria da justiça é a ação exterior, que por ela mesma ou pela realidade que utiliza, tem uma proporção devida com outra pessoa. Por isso, o meio-termo da justiça consiste em certa igualdade de proporção da realidade exterior com a pessoa exterior. Ora a igualdade é realmente o meio-termo entre o mais e o menos, como diz Aristóteles. Logo, a justiça comporta um meio-termo real» (*ST*, II-II, 58, 10, co.). Destas palavras, é de destacar a seguinte afirmação: «o meio-termo da justiça consiste em certa igualdade de proporção da realidade exterior com a pessoa exterior». Para que melhor se compreenda a mesma, note-se que a determinação da igualdade no âmbito das relações sociais interpessoais implica a consideração de dois termos: uma «realidade exterior», constituída pela operação («exterior») de distribuição ou comutação, e de uma «pessoa exterior», aquela cuja esfera é afetada pela transferência de coisas, pessoas ou ações no âmbito de alguma daquelas operações. É proporcionalmente à situação dessa pessoa, que se deve determinar – ou que, mais propriamente, o tribunal deve determinar – qual a atribuição de vantagens, desvantagens ou encargos sobre coisas, pessoas ou ações que permite equilibrar a operação, ou seja, que permite assegurar que aquele cuja esfera foi afetada pela operação não «fique a perder».

Tal ocorrerá tanto assegurando, no caso das operações distributivas, que se tem devidamente em conta a proporção entre aquilo que é distribuído e a preponderância da pessoa cuja esfera foi afetada pela distribuição (conforme melhor se explicou no ponto 3.4.3.2); como ocorrerá garantindo, no caso das operações comutativas, que se tem devidamente em conta a proporção, a igualdade de valor entre aquilo que se dá e aquilo que se recebe ou se subtraiu na operação de comutação (conforme melhor se explicou no ponto 3.4.3.3). Refira-se incidentalmente – embora com grande proveito para a compreensão do «funcionamento» da atividade judiciária – que, se se verificar que alguma destas duas «proporções» não foi se efetivou na realidade, cabe ao tribunal aferir os termos da chamada decisão de condenação – algo que será relativamente fácil, pois o essencial consiste na determinação da igualdade distributiva ou comutativa –, ou seja,

qual a atribuição de vantagens, desvantagens ou encargos sobre coisas, pessoas ou ações que, em função do caso, permite corrigir a realidade de forma a concretizar o respeito pela igualdade *in casu*²⁵⁰, algo que ARISTÓTELES designa por «justo corretivo»²⁵¹.

²⁵⁰ A «facilidade» da determinação do «justo corretivo» é patente, por exemplo, em casos de responsabilidade civil ou em questões fiscais: determinada a responsabilidade de alguém por certo dano, o «justo corretivo» corresponderá ao simples reconhecimento de que ao lesado é devida a vantagem de certa indemnização e ao lesante a respetiva desvantagem; determinando-se que certa atividade está sujeita a certo importo, o «justo corretivo» corresponderá ao simples reconhecimento de que ao Estado é devida a vantagem de cobrar o montante de imposto em falta, e ao contribuinte o reconhecimento da desvantagem desse pagamento. Os moldes de tal determinação são já uma questão metodológica, cujo método que defendemos será abordado ao longo do ponto 4. Contudo, sem deixar de reconhecer que o mesmo tipo de problema se coloca no âmbito das questões penais (pense-se, por exemplo, na questão de saber se certa ação se deve qualificar como consistindo certo tipo de crime ou outro tipo diferente, ou mesmo se ela não é qualificável em tipo algum), deve admitir-se que nestas matérias esse tipo de problema não é muito comum, sendo, na maioria dos casos, fácil reconhecer se a conduta em causa (pressupondo que houve prova da mesma) constitui ou não um desvio à igualdade comutativa *secundum quid*, ou seja, se a mesma constitui um crime, um ato que provoca um sofrimento nos termos indicados no ponto 3.4.3.3.3. Todavia, deve admitir-se também que, inversamente, neste âmbito surge com particular acuidade a questão da determinação do «justo corretivo», já que uma das principais tarefas do julgador penal é a determinação da pena. Surge então, neste âmbito, uma série de problemas metodológicos específicos que procurámos enunciar na n. 367.

²⁵¹ A questão da compreensão do que constitui a referência de ARISTÓTELES ao justo corretivo é muito discutida doutrinariamente. Em causa está o entendimento a dar à expressão «justo corretivo» ou, numa tradução mais literal, «diortótico» (διορθωτικόν: EN, 1131b 35), o qual foi alvo de uma grande variedade e diversidade de entendimentos ao longo da história, refletida, exemplarmente, pela quantidade de distintas traduções de que foi alvo: «*iustitia regulativa, directiva, correctiva, correctrix, commutativa, commutatrix, rectificativa, emendativa, justum in corrigendum*», entre outras ainda. A análise histórica dos vários sentidos deste termo é um trabalho cuja vastidão não permite que do mesmo aqui se dê conta, limitando-nos a remeter para a obra de IZHAK ENGLARD onde se pode encontrar uma verdadeira história dos termos «justiça corretiva» e «justiça distributiva»: I. ENGLARD, *Corrective and Distributive Justice*, em especial as pp. 3 (onde se colheu a transcrita série de termos usados para traduzir «justo corretivo»), 11 e ss., 27 e ss., 123 e ss. e 177 e ss.. Quanto à posição adotada acerca desta questão, ela é, naturalmente, a que se pode encontrar no ponto 3.4.3.3, onde se explicou porque se considera adequada a conceção da igualdade comutativa que se pode encontrar na obra de TOMÁS DE AQUINO, a qual, naturalmente, constitui a interpretação tomística da doutrina aristotélica relativa ao justo corretivo, que se considera como um sinónimo de justo comutativo, *rectius*, de realização do justo comutativo numa situação de injusto, de desequilíbrio comutativo. Esclareça-se que a expressão «corretivo» denota o efeito que pode produzir a sentença, um efeito de correção do desequilíbrio que, conforme se explica no texto, se verifica quer esteja em causa uma situação de desigualdade distributiva quer comutativa, apesar de o «justo corretivo» ser sinónimo de justo comutativo. A explicação é simples e pode ser encontrada num importante aspeto, aludido mas não explicitado no ponto 3.4.3.3, respeitante ao justo comutativo: as operações distributivas são anteriores às comutativas, sendo por meio de uma operação comutativa que a distribuição atinge a esfera dos membros da sociedade. É esta consideração que está pressuposta no exemplo, avançado naquele ponto, relativo ao pagamento de um subsídio a uma família em montante inferior ao que tivera sido estabelecido pela operação distributiva, no qual se procurou reforçar a ideia de que aí está em causa a igualdade comutativa e não a distributiva. Assim, a efetiva correção da desigualdade que afeta os membros da sociedade passará sempre (ainda que implicitamente) por uma operação de comutação justa, sem prejuízo da necessidade prévia de igualizar a operação de distribuição que a precede. Note-se ainda, por fim, que, em razão do funcionamento de alguns tribunais atuais, estes podem ser apenas chamados a se pronunciar sobre a igualdade de uma operação de distribuição: é o que ocorre no caso do direito português por exemplo se o tribunal constitucional for chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de uma norma que estabeleça um imposto ou um subsídio, pois de tal decisão não resulta necessariamente a solução aplicável a casos concretos (especialmente, mas não apenas, se a decisão for de inconstitucionalidade) mas apenas uma decisão sobre a validade de norma, base da operação distributiva.

Ora, facilmente se compreende que o «meio-termo» que está em causa para a determinação da solução justa corresponde exatamente à ideia de igualdade que se procurou demonstrar ser o que há de comum e próprio da atividade jurisdicional, nas suas duas formas. De facto, para se assegurar que quem é afetado pela operação de distribuição ou comutação não «fica a perder» com a mesma – algo que, como já se referiu, em nada se relaciona com qualquer critério de justiça incidente sobre o próprio conteúdo da relação, tal como o preço justo –, ou seja, para se assegurar que tal operação é justa, no sentido abordado de justo particular, aferido segundo as circunstâncias do caso, é necessário que se respeite um certo equilíbrio, configurado na igualdade nas suas formas distributiva e comutativa. De facto, o justo meio-termo entre um excesso e um defeito que permite encontrar a solução justa, no tal sentido – referido no ponto 2.1.2 – de solução «rente», adequada às circunstâncias do caso, é um sinónimo de igualdade, a igualdade que permite encontrar, precisamente, essa mesma solução justa, dado que a aferição da adequação às circunstâncias do caso traduz-se na ideia de igualdade, de uma certa igualdade, entre as circunstâncias do caso e a decisão jurisdicional, aferida segundo os critérios da igualdade distributiva e comutativa: uma solução será justa na medida em que seja adequada («rente») às circunstâncias do caso, e a forma em que essa justiça se traduz, o modo como a solução se harmoniza com as circunstâncias do caso é, precisamente, a igualdade, dado que a solução será justa para aquele que por ela é visado na medida em que igualiza a «operação exterior» à «pessoa exterior», nos termos indicados. Assim se compreende a afirmação de TOMÁS DE AQUINO: «a igualdade é a forma geral da justiça, seja distributiva seja comutativa» (*ST*, II-II, 61, 2, ad. 2). Falar de igualdade distributiva ou comutativa ou falar de justo distributivo ou comutativo é, portanto, o mesmo.

Já quanto à questão de saber se a hipótese do realismo jurídico clássico é verosímil, dado que se acabou de concluir que esta conceção do direito corresponde a toda a argumentação que se foi avançando tendo em vista determinar e justificar em que consiste o objeto do conhecimento jurídico, o próprio conhecimento jurídico e a credibilidade de um saber cujo funcionamento depende da determinação de um universal, o justo ou o igual, fica então, por essa via, fundamentada a verosimilhança desta conceção.

O que até agora, neste ponto, se referiu tem em vista simplesmente determinar justificadamente em que consiste o conhecimento jurídico considerado enquanto universal, enquanto entidade abstrata embora presente nas «coisas», concretamente nas relações sociais interpessoais, sendo um universal que as pode qualificar através da

atribuição de uma qualidade, a qualidade de «justo(a)» ou «igual». Para tal viu-se como é essencial ter em conta uma característica fundamental dessa realidade: a ordem que decorre da existência de uma tendência (ordem teleológica) para que aquelas relações se caracterizem pela igualdade (distributiva ou comutativa), pelo justo particular, o qual, como qualquer universal, nem sempre assume uma forma efetiva, sendo também possível a sua identificação na forma potencial. Está, aliás, em causa o justo na forma potencial precisamente nos casos em que os tribunais proferem uma decisão condenatória – a qual também se pode qualificar de «justa» porém agora no sentido em que esse universal predica a decisão, não por lhe atribuir uma qualidade (a qualidade de justo particular apenas pode predicar as relações sociais interpessoais), mas antes por lhe atribuir a capacidade de produzir algo, o justo *in casu* (ação sobre algo) –, pois é pela análise dos contornos do caso que o tribunal, com a ajuda de um conhecimento genérico do igual ou justo distributivo ou comutativo, consegue estabelecer – novamente se relembra que a questão do «como», do método, abordar-se-á no ponto 4 – aquilo que é o igual ou justo no caso concreto, a forma concreta que o universal, sendo fiel à sua definição, assume *in casu*.

Ora, é precisamente a propósito da necessidade, essencial para a atividade jurisdicional, não só de conhecer em que consiste o universal mas de determinar em que solução se traduz a concretização do universal no caso concreto que interessa agora ter em conta outra característica fundamental da realidade objeto do conhecimento jurídico: esta, além de ser ordenada, nos termos indicados, é também, tal como igualmente já se referiu, uma realidade dinâmica. Esta característica é, tal como a anterior, essencial para atingir o objetivo deste ponto da dissertação: determinar justificadamente a natureza do conhecimento jurídico. De facto e como se tem vindo a sublinhar, este conhecimento não se limita a ser um reconhecimento de um universal sendo também, e essencialmente, um conhecimento do que se designou por realidade-ideal, ou seja, da forma do universal, do justo, no caso concreto. Assim, para que se possa compreender como se caracteriza esse conhecimento de uma realidade-ideal, é necessário, ainda sem entrar nas questões metodológicas, ter em conta que o objeto do conhecimento jurídico é uma realidade inerentemente dinâmica.

Esta característica não está desligada da anterior: a ordem é entendida como uma ordem que não assume uma natureza estática, mas antes uma natureza sujeita a um contínuo devir entre a aproximação à forma do universal e o afastamento da mesma. Ao se referir a característica da ordem, acentua-se o facto de o universal em causa, o justo

A natureza do conhecimento jurídico

particular, ser o elemento que confere uma certa conexão entre os fenómenos; ao se falar do dinamismo acentua-se o facto de a realidade não apresentar uma forma única de realização dos universais, nomeadamente do justo, antes consistindo num contínuo estado de mudança, de variação relativamente ao grau de realização dos mesmos. Trata-se, efetivamente, de uma realidade constatável muito facilmente, sendo que dela depende a própria necessidade de existência de órgãos jurisdicionais: pressuposto da determinação do justo particular *in casu* é a possibilidade de esse universal não estar necessariamente realizado de forma efetiva, de a relação social interpessoal em causa não ser conforme ao justo particular. De facto, sendo a realidade constituída, na sua estrutura mais básica, por semelhanças e diferenças, sendo, conseqüentemente, cada caso que os tribunais são chamados a decidir em alguma medida semelhante e em alguma medida diferente de casos anteriores, existe a necessidade de, por um lado, recorrer à noção de ordem que caracteriza as relações sociais interpessoais – de forma a ter em conta o que há de comum, a procura do justo particular, distributivo e comutativo, tendo em conta a sua definição – e, por outro, de ter em conta o dinamismo, a grande variabilidade de situações que os tribunais são chamados a decidir – de forma a ter em conta o que há de distinto, de próprio do caso *sub judice* (mesmo que a descoberta de tais características dependa do confronto com outros casos) pois só assim se poderá determinar, pelo método que se abordará no ponto 4, qual deve ser a forma do justo particular *in casu*, ou seja, a decisão que determina o conhecimento jurídico. Esta última necessidade é algo praticamente óbvio, mas não deixa de ter importância a sua enunciação, precisamente porque sem a mesma não seria possível compreender completamente a natureza do conhecimento jurídico.

A razão de fundo deste carácter mutável do objeto do conhecimento jurídico reside no que acima se referiu (ponto 3.3.1.2) a propósito da posição adotada relativamente ao problema do estatuto dos universais, a *universalia in rebus*, que assenta sobre uma conceção hilomorfista dos particulares. Sendo estes constituídos por um composto de forma e matéria, esta apresenta uma maior ou menor resistência à conformação àquela, sendo que este «conflito» entre forma e matéria não é estático, mas antes dinâmico, algo que se constata pela observação das realidades naturais, tanto físico-biológicas como humanas, que apresentam um movimento, uma vida própria (como também já se fundamentou: a vida, o ciclo de vida, de uma flor, de um animal, bem como o de uma família ou de uma sociedade, sendo neste último que reside o objeto do conhecimento jurídico, as relações sociais interpessoais de distribuição e de comutação que, na sociedade, se vão conformando, em maior ou menor medida, com o respetivo modelo de

equilíbrio, o justo particular distributivo ou comutativo), do qual resulta uma diversidade de «estados» que cada particular pode apresentar, mais ou menos conformes com os universais que os tendem a caracterizar.²⁵²

Sobre este ponto TOMÁS DE AQUINO é, novamente, muito explícito, clarificando o pensamento de ARISTÓTELES no comentário à sua *Metafísica*: «tudo o que é constituído por matéria [*i.e.*, tudo aquilo de que se pode ter uma experiência tangível, por oposição àquelas realidades que não envolvem matéria mas apenas forma, nomeadamente aquelas de que se ocupa a matemática] está sujeito ao movimento e à variação e, por isso, de tal realidade não se pode ter um conhecimento com total certeza. Por essa razão, nestas questões não se procura conhecer o que existe sempre e de forma necessária, mas apenas aquilo que existe na maioria dos casos» (*Com. Met.*, livro II, § 336; tradução nossa); «Ele [ARISTÓTELES] diz que os filósofos viram que todo o mundo natural, *i.e.*, o mundo sensível, está em movimento, e eles também viram que nenhum atributo pode ser um predicado de alguma coisa que está em mudança, na medida em que está em mudança; pois tudo o que está em mudança, na medida em que está em mudança, não é branco nem preto. Portanto, se a natureza das coisas sensíveis é estar sempre e em toda a sua extensão, em todos os seus aspetos, em mudança, não havendo nada fixo na realidade, é impossível formular qualquer proposição sobre elas que seja definitivamente verdadeira.» (*Com. Met.*, livro IV, § 683; tradução nossa).

Como forma de apresentar a natureza do conhecimento jurídico de forma mais integrada, recorrer-se-á a 3 características que podem ser formuladas para a qualificar. O conhecimento jurídico pode, portanto, ser devidamente entendido como um conhecimento:

- Naturalista, porque se trata de um conhecimento baseado na natureza das coisas, concretamente na estrutura da realidade, dado que o seu primeiro pressuposto é o conhecimento, a adequada definição, de uma tendência, um elemento comum observável na realidade, um universal, o justo particular, nas suas formas distributiva e comutativa, e a sua execução depende da análise casuística da realidade, ou seja, das concretas condições de realização daquele universal na particular relação social interpessoal;

²⁵² M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, pp. 35-6.

A natureza do conhecimento jurídico

- Artístico-criativo, já que a determinação da forma do justo particular, na particular relação social interpessoal, aquela que integra o caso *sub judice*, implica a capacidade de conceber, imaginar ou criar tal forma, tal «realidade-ideal»; não é um conhecimento que se limite a constatar uma realidade localizada no tempo e no espaço, mas um conhecimento que necessita de ser criado ou construído por uma pessoa, *maxime* pelo julgador, ainda que sempre com base na realidade, tando na realidade das circunstâncias do caso *sub judice* como na realidade que constitui o justo particular (a realidade de um universal, parte da ordem das coisas e materializável *in rebus*); esta atividade criativa é uma verdadeira forma de arte, a arte judiciária, mas apenas se conseguirá fundamentar esta afirmação ao se abordar a questão da metodologia associada este entendimento do conhecimento jurídico, no ponto 4.1;
- Probabilístico, pois como a realidade de cada relação social interpessoal é única, cada uma apresentando a sua própria «combinação» de semelhanças e diferenças fruto da mutabilidade inerente à realidade em causa, a capacidade de determinar a forma concreta do justo *in casu* não se pode revestir de um grau de certeza muito elevado, sendo antes uma decisão que consiste numa aproximação probabilística («*quid sit ut in pluribus*», o que existe na maioria dos casos: *Com. Met.*, livro II, § 336), uma capacidade de imaginar ou conceber, de forma orientada, uma realidade-ideal; todavia, o seguimento do método que se abordará no ponto 4 assegura que a determinação do justo particular no caso não seja um «tiro demasiado fora do alvo», ou seja, assegura uma certeza suficiente para decidir; note-se, também, que esta característica do conhecimento jurídico não se aplica à certeza que é possível ter no que toca à definição do justo particular, mas apenas à determinação da sua forma numa concreta relação social interpessoal (cfr. n. 249).

Em conclusão: o conhecimento jurídico é um conhecimento naturalista, artístico-criativo e probabilístico do justo particular *in casu*, baseado na consideração da realidade das relações sociais interpessoais, uma realidade teleologicamente ordenada e dinâmica. Trata-se, portanto, da conceção de direito tal como é entendida segundo o realismo jurídico clássico.

3.5.2. A inadequação do conhecimento jurídico como um conhecimento relativo a uma realidade ordenada e estática ou desordenada e dinâmica

Caracterizada a natureza do conhecimento jurídico e tendo-se procedido a uma fundamentação da mesma pela positiva, baseada na análise de uma realidade ordenada e dinâmica, de acordo com a matriz clássico-realista, avançar-se-á agora para uma fundamentação pela negativa da mesma caracterização, procurando-se explicar sucintamente as razões pelas quais se entende que ela não pode ser baseada nas alternativas de entendimento da natureza do conhecimento jurídico que se elencaram e analisaram nos pontos 3.2 e 3.3.1.1.

Para proceder à referida caracterização pela negativa da natureza do conhecimento jurídico, recorde-se também o conceito inicialmente adotado de conhecimento jurídico de direito ou conhecimento jurídico: algum tipo de conhecimento, ou seja, algum tipo de conjunto de ideias ou noções sobre determinado objeto que os tribunais visam determinar nas suas decisões. Assim, já se referiu e justificou qual é esse objeto – as relações sociais interpessoais distributivas e comutativas –, já se caracterizou o mesmo – como uma realidade ordenada e dinâmica – bem como se apurou aquilo em que consiste o conhecimento que os tribunais visam determinar desse objeto – a forma do justo particular *in casu*, seja distributivo seja comutativo – e também se caracterizou esse conhecimento – um conhecimento naturalístico, artístico-criativo e probabilístico. Ora, porque razão não será, então, adequado considerar que o conhecimento jurídico como um conhecimento incidente sobre um objeto diferente, o qual, naturalmente, seria um conhecimento também ele diferente, ou seja, com uma diferente natureza? Além da resposta óbvia, embora correta, que consiste em referir que tal não corresponderia ao objeto que se procurou fundamentar ser aquele sobre o qual o direito incide, é possível e útil, por estar em causa uma argumentação que corrobora a posição que se tem vindo a defender, avançar, sem qualquer preocupação de exaustividade, alguns argumentos que revelam que as referidas conceções apresentam um entendimento sobre o conhecimento jurídico que não apresenta adesão à realidade.

Assim, começando por abordar conjuntamente as conceções que se designaram por idealismos voluntarista e axiológico e por positivismo concetualista, refira-se que apesar de diferentes, pelo menos um aspeto as une: todas partilham, embora em diferentes graus, da noção de que o conhecimento jurídico é um conhecimento cujo objeto é

essencialmente a lei, sem prejuízo de a lei, sendo reconduzível a um conceito genérico comum, ser entendida em termos bastante diferentes em cada uma das concepções. Veja-se como: segundo o idealismo voluntarista, o conhecimento jurídico tem por objeto o conjunto das leis positivas precisas e previsíveis, manifestação de uma vontade na forma de uma lei comum, como tal vigente em certo momento e lugar e mutável em função destes (realidade desordenada e dinâmica); segundo o axiológico, o conhecimento jurídico tem por objeto essencial um conjunto fixo de valores ou deveres fundamentais (realidade ordenada e estática), que funcionam como critérios de validade das leis positivas e das soluções concretas, pelo que tal conjunto de valores ou deveres tem uma natureza de lei, num sentido mais abrangente de preceitos que revelam a forma de funcionamento de certa realidade; o positivismo concetualista assenta no pressuposto que as leis positivas e, especialmente, os conceitos jurídicos nelas consagrados ou que delas se podem deduzir são passíveis de ser interpretados objetivamente, por referência ao conjunto legislativo-concetual que se assume como um sistema capaz de integrar um conjunto de valores ou finalidades suficientemente abrangentes para permitir encontrar uma solução do caso concreto coerente com a lógica do sistema (realidade ordenada e estática); ora, apesar da autonomia que ganha a ideia de sistema nesta concepção, ela não deixa de centrar-se na ideia de lei, uma vez que a lei positiva é um elemento essencial da construção do sistema, tanto numa perspetiva estática, pois sem a lei não é possível garantir a uniformidade de critérios decisórios necessária para garantir o «valor supremo»²⁵³ da segurança, bem como da igualdade de tratamento de casos, como numa perspetiva dinâmica, já que é essencialmente a lei que, ao mudar, gera a reconfiguração do sistema própria de um entendimento do mesmo como aberto²⁵⁴.

Assim, nos pontos 3.4.3.2 e 3.4.3.3 justificou-se a razão pela qual os tribunais, nas suas decisões visam a igualdade, o justo distributivo ou comutativo. Assim sendo, quais as razões que fazem com que estas concepções acerca do conhecimento jurídico não permitam ordenar a atividade judiciária para a determinação do justo particular? Para responder à questão enunciar-se-á a resposta genérica, ilustrando-a com um exemplo.

Assim, circunstância de estas concepções verem na lei o objeto do conhecimento jurídico, ou seja, o elemento essencial do qual decorre a decisão que os tribunais devem conferir ao caso, faz com que as mesmas sejam propostas indicadas para fornecer argumentos capazes de servir como indicadores para ajuizar sobre o adequado conteúdo

²⁵³ C.-W. CANARIS, *Pensamento Sistemático*, p. 22.

²⁵⁴ Sobre a igualdade e a segurança jurídica v. ponto 5.4.

da lei, mais propriamente de um tipo, específico mas muito comum, de lei, a lei determinativa, que se abordará no ponto 4.4.2.2. Por isso, apenas nesse ponto se abordará o papel da lei na determinação do conhecimento jurídico, da decisão do caso concreto. Todavia, adiante-se já a conclusão que a lei, ainda que seja equilibrada e adequada, não permite fornecer um critério necessariamente capaz de permitir aos tribunais, em todos os casos, realizar a sua função própria, ou seja, determinar do justo particular *in casu*. Para ilustrar o que se acabou de referir, veja-se o seguinte exemplo prático.

O Decreto-Lei n.º 138-A/2010 de 28 de dezembro estabelece uma distribuição de uma prestação social na forma de um desconto na fatura de eletricidade (designado de tarifa social de fornecimento de energia elétrica) aos utentes cujos rendimentos sejam inferiores a certo patamar (v. art. 2.º do referido diploma).

O referido diploma legal estabelece, como condição adicional para a atribuição do mesmo, que a potência contratada que alimenta a instalação de eletricidade dos utentes em causa seja inferior a determinado patamar (concretamente 6,9 kVA: art. 5.º, n.º1, al. c) do mesmo diploma), de forma a excluir que o subsídio seja atribuído a quem, tendo embora baixos rendimentos, habite numa casa dotada de muitos equipamentos elétricos, aspeto captado pela superior potência contratada. Trata-se, portanto, de uma limitação na atribuição deste subsídio que é idónea para garantir o cumprimento da finalidade que lhe está subjacente: estabelecer uma ajuda financeira numa despesa essencial (segundo a designação da lei portuguesa, um serviço público essencial) a quem realmente necessita dela, prevenindo abusos.

Ora, imagine-se que um utente com rendimentos suficientemente baixos para beneficiar do subsídio era excluído do mesmo pois tinha uma potencia contratada superior ao limite máximo. Todavia, esta circunstância era motivada exclusivamente pela necessidade que o mesmo tinha de utilizar uma máquina elétrica de elevação de cadeira de rodas em escadas, sem a qual não podia entrar ou sair em casa. Eis, portanto, a solução que decorre da aplicação simples da lei: o utente em causa não é beneficiário do subsídio.

Note-se como essa solução cria uma situação na qual se pode afirmar que a razão pela qual o utente se vê excluído da atribuição do subsídio é mais uma razão para que ele devesse beneficiar do mesmo, dado que não só o utente tem rendimentos suficientemente baixos, de acordo com o patamar legal, como até tem maiores despesas decorrentes de ter de se movimentar em cadeira de rodas.

Em conclusão, uma lei que estabelece uma regulação adequada e equilibrada pode gerar soluções concretas claramente injustas, tal como se verifica por este exemplo, no

A natureza do conhecimento jurídico

qual não se respeita a igualdade distributiva: a recusa concreta da atribuição do subsídio não respeita a proporcionalidade aferida segundo o critério legal de atribuição do subsídio, devidamente interpretado, ou seja, a atribuição do mesmo a quem tem baixos rendimentos e não possui equipamentos elétricos reveladores de uma condição financeira não condizente os seus baixos rendimentos (ainda que a questão da recusa concreta na atribuição do subsídio, após devidamente resolvida a questão da igualdade distributiva e, portanto, de se considerar que o utente deve beneficiar do mesmo, seja já uma questão de igualdade comutativa pois consiste numa subtração de algo que lhe pertence: cfr. n. 251).

Eis, portanto, uma lei que mesmo sendo interpretada conformemente à vontade que lhe está subjacente (idealismo voluntarista: a lei prevê claramente o limite máximo de potência contratada), mesmo visando a concretização de um valor claramente digno de proteção, que não permite por em causa a sua validade (idealismo axiológico) e que é reconduzível a valores e princípios integrantes do sistema, nomeadamente o acesso a serviços públicos essenciais (positivismo concetualista), não permite encontrar a solução justa. Note-se como a consideração da teleologia da lei, só por si, também não permite encontrar a solução adequada, já que tal teleologia, relativa ao preceito que estabelece um nível de potência máxima, visa simplesmente evitar a atribuição do subsídio a quem possui vários equipamentos elétricos, revelando assim a desnecessidade do subsídio. Nada há de desadequado nessa consideração genérica, mas a noção de que pode haver situações em que quem detenha uma potência contratada superior necessite claramente do subsídio é apenas decorrente do confronto com os contornos do caso e não da consideração da teleologia da lei. Afirmar que se deve interpretar (extensivamente) a lei no sentido de ela contemplar casos como este é forçar o seu sentido, negado a realidade de a lei não fornecer uma solução adequada ao caso (adiante, quando se abordar a questão jusmetodológica, perceber-se-á melhor como encontrar a solução adequada em casos como este).

Continuando a análise, adentrando nas conceções que se designaram por positivismo realistas e utilitaristas, para compreender a razão pela qual não fornecem uma compreensão relativa ao objeto do conhecimento jurídico capaz de ordenar a atividade judiciária para a determinação do justo particular *in casu*, basta ter em consideração que os mesmos defendem que tal objeto consiste simplesmente na constatação de uma realidade efetiva, seja pela constatação de diversos fenómenos sociais (tal como ocorre, com concretizações diversas, com os positivismo realistas), seja pelo «cálculo» de maximização do bem-estar social de certa opção legislativa (positivismo

utilitarista), sendo que ambas as análises devem ser localizadas no tempo e no espaço pois a realidade varia de forma irregular em função dessas circunstâncias (realidade desordenada e dinâmica). Ora, da simples constatação de qualquer realidade nunca pode resultar a determinação de uma realidade que não é efetiva mas ideal, como ocorre com o justo particular, mesmo nos casos em que o justo particular é já uma realidade efetiva, pois tal abordagem não permite comprová-lo.

Novamente, ilustre-se esta conclusão com um exemplo. Em alguns Estados dos Estados Unidos da América, têm os tribunais recorrido a um programa informático designado *COMPAS - Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* como instrumento que auxilia os juizes na determinação da pena a aplicar. O software foi concebido para ajudar a determinar a probabilidade de reincidência dos arguidos, utilizando para isso as respostas dos mesmos a um inquérito e uma base de dados que inclui alguns aspetos da vida dos cidadãos que indicam se certa pessoa apresenta maior ou menor probabilidade de reincidência²⁵⁵. Esses aspetos incluem uma grande variedade de espécie de fatores, sendo que, entre vários outros, se podem encontrar os seguintes, constantes do questionário cujas respostas são consideradas pelo sistema: a circunstância de os pais do arguido se terem separado quando o arguido tinha determinada idade (questão 32), de algum familiar do arguido ter já ter sido detido ou sentenciado (questões 39 e 40), de o arguido ter sido alguma vez suspenso ou expulso da escola (questão 74), de ser uma pessoa que atravessa dificuldades financeiras (questão 90), ou ser uma pessoa depressiva (questões 95 a 102)²⁵⁶. A verificação destes fatores é uma indicação que, de acordo com a informação estatística constante da base de dados, aponta para uma maior probabilidade de reincidência, podendo tal realidade ser tida em consideração pelo juiz para que este determine a aplicação de uma pena de maior gravidade, destinada a reprimir a eventual reincidência. É de notar que o uso deste software é eficaz, no sentido em que, após a sua utilização pelos tribunais, a taxa de reincidência desceu.

Este exemplo é revelador de uma prática judiciária seguida por tribunais dos Estados que utilizam este sistema pelo que, segundo várias das correntes de compreensão do

²⁵⁵ Para uma descrição do funcionamento deste software e uma abordagem dos limites do mesmo v. J. DRESSEL E H. FARID, «The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism». Uma visão crítica deste tipo de sistemas pode ser encontrada em A. ZAVRŠNIK, «Algorithmic justice».

²⁵⁶ Este questionário está disponível *online*, no seguinte endereço: <https://www.documentcloud.org/documents/2702103-Sample-Risk-Assessment-COMPAS-CORE.html> (consultado a 09/02/2020).

direito integráveis no que se designou por concepções positivistas-realistas, se trata de uma realidade-objeto do conhecimento jurídico, pois é pela sua observação e análise que se pode determinar o direito aplicável aos casos, nomeadamente a conclusão que a pessoas em que se verifique os referidos fatores e que tenham cometido algum crime será aplicada uma pena mais grave do que a quem não se verifique a ocorrência dos mesmos. Por outro lado, também sob a perspectiva das concepções positivistas-utilitaristas, esta prática judiciária se justifica por ser maximizadora do bem-estar social, concretamente porque, reduzindo a frequência da reincidência, reduz também a «quantidade» de sofrimento provocado pela prática de crimes.

Veja-se como este exemplo é bem revelador da existência de uma análise sobre certa realidade que, sendo claramente o objeto do conhecimento jurídico segundo estas concepções, não permite encontrar o justo particular, sendo antes fonte de uma solução contrária ao mesmo, uma solução injusta. De facto, analisou-se *supra*, no ponto 3.4.3.3.3, que a igualdade (o justo) comutativa implica ter em conta, em primeira linha, que a atribuição de uma pena se justifica pela retribuição do mal provocado à sociedade com a prática criminal, pois, ainda que tal finalidade da pena não seja suficiente para justificar a determinação do tipo e da gravidade da mesma (aí será, efetivamente, relevante a consideração das finalidades preventivas, as únicas que as concepções positivistas-utilitaristas defendem), é indispensável para assegurar que a pena só é aplicável a quem cometeu algum crime. Ora, é precisamente esta necessidade básica de justiça que não é respeitada neste exemplo: aplicar uma pena mais grave a alguém que simplesmente reúne certas características que indicam uma maior probabilidade estatística de reincidir na prática criminal (algo cuja veracidade não se questiona) equivale a punir mais gravemente alguém por um crime que essa pessoa não cometeu, a justificar a aplicação de uma pena mais grave pela mera possibilidade (ainda que provável) de vir a praticar um crime. Esta situação é contrária à igualdade comutativa *secundum quid*, no sentido em que a pena deve ser, em primeiro lugar – embora não exclusivamente, recorde-se o que se referiu no ponto 3.4.3.3.3 acerca da necessidade de ter em conta a finalidade «medicinal» ou preventiva das penas –, retributiva de um mal provocado à sociedade. Ora o agravamento da pena pela simples probabilidade de reincidência não retribui a prática de qualquer crime.

4. A arte judiciária: a questão jurídico-metodológica

4.1. A atividade judiciária como arte de meios incertos

Analisada e justificada a opção pelo realismo jurídico clássico e o respetivo entendimento do justo particular como finalidade do direito, chega então o momento apropriado para abordar e justificar a questão, decisiva para a resolução de qualquer questão jurídica prática, de saber qual o método idóneo para a prossecução de tal finalidade, ou seja, a questão jurídico-metodológica. Comece-se por recordar o que se avançou no ponto 2.3: o direito, entendido não no sentido daquilo que os tribunais visam determinar, ou seja, não no sentido do que se designou por conhecimento jurídico, mas no sentido do meio pelo qual os tribunais levam a cabo a prossecução da sua função própria, consiste numa forma de arte, um sentido derivado da palavra direito, *ius*, para designar a arte pela qual se conhece o que é justo «*derivatum est [o sentido de *ius*] ad artem qua cognoscitur quid sit iustum*» (*ST*, II-II, 57, 1, ad. 1), a arte judiciária. Este entendimento, como ali se abordou, baseado na conceção tomística de arte, pressupõe estar em causa uma atividade que visa a produção de alguma coisa, de algo dotado de autonomia relativamente à atividade que a produz. Como também ali se avançou e se exemplificou, em qualquer forma de arte o respetivo exercício idóneo, ou seja, a capacidade de se ser um bom artífice, de se ser alguém capaz de produzir a coisa de modo a que a mesma cumpra a sua finalidade, envolve uma parte teórica, um conjunto de conhecimentos genéricos acerca da realidade em causa, e uma parte prática, um saber-fazer que permite ao agente ser dotado da destreza, do *habitus* necessário à boa realização da forma de arte em causa, sendo esta a razão da qualificação da arte como uma virtude, concretamente como um tipo de virtude que visa a «bondade» da coisa a ser produzida, a capacidade da coisa cumprir a sua finalidade, e não a «bondade» do agente (*ST*, I-II, 57, 3, co.).

Nalgumas formas de arte é possível determinar quais os meios concretamente necessários para assegurar a produção da «coisa». Trata-se do caso de artes cujos meios para chegar ao resultado são, em qualquer circunstância, essencialmente determináveis à partida (cfr. *ST*, II-II, 47, 4, ad. 2, *in medium*), como a carpintaria (excluindo desta quaisquer finalidades de criação de objetos belos) ou a relojoaria.

Todavia, noutras formas de arte, os meios para atingir o resultado *in casu* não são determináveis com precisão porque variam de caso para caso, dado que as realidades sobre que incidem estas formas de arte implicam, para a prossecução do resultado, a consideração de um conjunto muito vasto e imprevisível de fatores («contingências singulares (...) incertas», *ST*, I-II, q.14, a.1, co.), excluindo a possibilidade de garantir que o resultado seja atingido perante a aplicação de certos meios (cfr. *ST*, II-II, 47, 4, ad. 2, *in fine*). Alguns exemplos: a medicina, a realização de previsões económicas ou de previsões meteorológicas.

O critério que permite realizar esta distinção é exatamente o mesmo que é usado na distinção, oriunda do direito civil, entre obrigações de resultado e de meios²⁵⁷, uma vez que aquelas podem ser acordadas no âmbito das artes de meios determináveis e estas no âmbito das artes de meios indetermináveis com precisão.

No caso destas últimas, torna-se necessário, para promover a prossecução do resultado – sem o garantir –, seguir um procedimento que vise encaminhar a ação do agente para tal prossecução. Ora, esse procedimento decorre de uma particular orientação que é «fornecida» pela parte prática da virtude da arte (note-se que essa não é a única função desta parte prática da virtude da arte, uma vez que dela depende a capacidade do artífice de produzir a coisa de forma adequada à sua finalidade, sendo, por isso, relevante mesmo no caso das artes de meios certos, embora apresente maior importância nas de meios incertos), da qual decorre a capacidade do agente, do artífice orientar a sua conduta de forma adequada à prossecução do resultado. Efetivamente, a necessidade de domínio do saber-fazer é especialmente relevante no âmbito das artes de meios incertos pois é aquele que «lida» com a incerteza destes (parte prática). Qual é, então, a referida orientação capaz de guiar o agente nesse sentido? Ela pode ser encontrada (embora com importantes nuances, como se verá no ponto seguinte) no tratamento tomístico dado à virtude que visa precisamente conferir retidão à realização de ações, sendo tal retidão entendida como a capacidade de o agente saber como agir de modo a que a ação realize provavelmente a sua finalidade, tendo em conta as circunstâncias de cada caso concreto: a prudência («*prudencia vero est recta ratio agibilium*», *ST*, I-II, 57, 4, co.). Efetivamente, é, nestes casos (contrariamente ao que acontece com as artes de meios certos, nas quais a parte prática se limita à repetição necessária para que o artífice adquira a destreza imprescindível para a produção adequada da coisa, não havendo lugar a qualquer análise

²⁵⁷ Cfr., entre muitos outros, P. MÚRIAS E M.L. PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado».

metodológica), necessário que o exercício da virtude da arte, concretamente a sua parte prática (que é, nestas formas de arte, a mais importante), seja orientado pelo exercício da virtude da prudência de modo a que a arte vise adequadamente a produção da «coisa», a realização do resultado pretendido (embora, como adiante se verá, não esteja aqui em causa o exercício da virtude da prudência em toda a sua extensão, mas apenas uma parte da mesma).

Ora, o conhecimento jurídico, entendido segundo a conceção do realismo clássico, só pode ser determinado através de uma forma de arte cujos meios não são determináveis com precisão, sendo essa uma característica essencial da arte judiciária. A justificação decorre – embora apenas em parte, pois, como se verá de seguida, há outra importante razão para tal – do que se foi referindo no ponto anterior a respeito da inerente mutabilidade da realidade, que justifica o carácter probabilístico que se atribuiu ao conhecimento jurídico no ponto 3.5.1: sendo a realidade das relações sociais interpessoais composta por situações tão variáveis e diversas, os meios necessários para determinar o justo particular *in casu* são necessária e igualmente variáveis e diversos, e, consequentemente, incertos, ou seja, impossíveis de ser elencados exaustivamente *ex ante* (contrariamente ao que acontece com as conceções que *supra* se classificaram no âmbito do positivismo concetualista, cuja opção pela sistematicidade pressupõe, precisamente, a possibilidade de um elenco apriorístico e fixo dos meios necessários à decisão jurisdicional), ainda que a compreensão desta afirmação só possa ser completa com a abordagem que se fará no próximo ponto. Tome-se então como pressuposto a fundamentar que a orientação prudencial é essencial para a realização da finalidade do direito, a determinação do justo particular *in casu*. Tal fundamentação é o objetivo essencial deste ponto 4, pois aí reside a chave para compreender em que consiste e como funciona o processo de determinação do justo particular *in casu*, ou seja, a metodologia jurídica.

4.2. Introdução ao método dialético-prudencial e termos da sua relevância na arte judiciária

Para que se possa compreender o método que se entende ser o adequado para caracterizar a arte judiciária, é necessário, primeiramente avançar algumas considerações genéricas relativamente ao método dialético e à virtude da prudência, bem como à relação entre ambos.

Como se referiu e justificou anteriormente, a realidade que se pode constatar e da qual se pode obter algum conhecimento pela sua observação é mais adequadamente caracterizável como uma realidade ordenada e dinâmica, em razão, por um lado, da existência de fins naturais, de tendências para as quais converge a mutabilidade da realidade, tanto natural como humana ou social, e, por outro, da instabilidade com que a efetivação desses fins se tende a realizar, pelo que os casos de realização dos mesmos concorrem com casos em que tal não acontece, ou em que acontece de maneira parcial ou imperfeita. Esta caracterização da realidade acarreta uma importante implicação metodológica, já referida (ponto 3.3.1.2): a dificuldade em conhecer em que consiste a materialização, num caso concreto, dos fins ou tendências naturais (que pertencem à categoria dos universais, substâncias secundárias), devido à instabilidade da sua realização, só pode ser superada pela observação de um conjunto, tão alargado quanto possível, de casos de modo a poder discernir em que consiste a realização, em certo particular, de um fim, dos casos em que essa realização se dá de forma patológica (veja-se os exemplos que se indicaram no ponto 3.5.1), sem prejuízo de, ainda assim e precisamente devido a essa circunstância, o conhecimento possível ser apenas um conhecimento «probabilístico» (conforme se caracterizou no ponto 3.5.1).

No entanto, esta dificuldade metodológica é apenas uma parte da dificuldade envolvida no conhecimento da realidade, concretamente a parte relativa às características inerentes à natureza mutável das coisas: «*difficultas cognoscendae veritatis (...) ex parte rerum*» (*Com. Met.*, livro II, § 281). Assim, a outra parte da justificação da dificuldade na obtenção de um conhecimento seguro da realidade não decorre «*ex parte rerum*», mas «*ex parte nostra*», ou seja, trata-se de uma dificuldade de obtenção do conhecimento decorrente não da realidade que se visa conhecer, mas inerente ao sujeito que conhece: «*difficultas cognoscendae veritatis (...) diversa esse dupliciter, videlicet ex parte nostra et ex parte rerum*» (*ibid.*). A respeito desta questão, TOMÁS DE AQUINO, em comentário à *Metafísica* de ARISTÓTELES, esclarece, aliás, que é no sujeito que pretende conhecer que reside a principal dificuldade em aceder ao conhecimento da realidade: «*non tamen principalis causa difficultatis est ex parte rerum, sed ex parte nostra*» (*ibid.*).²⁵⁸

De que se trata, então, esta outra parte da dificuldade em conhecer a realidade? Trata-se de algo que está subjacente a tudo o que se foi referindo acerca da possibilidade de

²⁵⁸ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, pp. 36-7.

conhecer a realidade. Esta pressupõe o conhecimento de universais, de categorias abstratas que predicam os particulares, sendo precisamente por via de tal predicação que se pode aceder quer ao conhecimento dos particulares, uma vez que estes só são cognoscíveis enquanto concretizações materiais, mais ou menos perfeitas, dos universais. Como tal, a possibilidade de conhecer a realidade depende da possibilidade de aceder ao conhecimento dos universais. Ora, é precisamente aqui que reside a dificuldade de aceder a um conhecimento seguro que incide no sujeito que pretende conhecer, a dificuldade *ex parte nostra*: a capacidade de conhecimento humana é limitada, não conseguindo aceder diretamente ao conhecimento da forma dos universais *in casu*²⁵⁹.

TOMÁS DE AQUINO, utilizando uma expressão de AGOSTINHO DE HIPONA, utiliza, para transmitir esta limitação, uma imagem muito sugestiva: a perceção do intelecto humano relativamente à realidade pode comparar-se à imagem que da realidade se pode ter ao se observar um espelho, de tal modo que da mesma realidade pessoas diferentes têm uma perceção diversa, «*plures similitudines in speculo*» (*De veritate*, 1, 4, co.).²⁶⁰ A sugestividade desta imagem resulta do facto de que, na época em que TOMÁS DE AQUINO escreve, os espelhos não refletem uma imagem perfeita, pois a sua fabricação era rudimentar quando comparada com os métodos contemporâneos, mas apenas uma imagem relativamente distorcida, de tal modo que aquilo que uma pessoa vê ao olhar a reflexão no espelho não corresponde exatamente ao que outra pessoa vê, e nenhuma delas consegue ter uma imagem totalmente fiel da coisa refletida. Do mesmo modo, o intelecto humano não consegue captar diretamente a forma, a imagem concreta dos universais, nos particulares apenas acedendo aos mesmos de forma imperfeita ou distorcida, tal como as imagens que se refletem num espelho, visto que a eles só se pode aceder por intermédio dos particulares, tal como decorre da opção que se perfilhou pela hipótese *universalia in rebus*. A imagem ou ideia que se pode ter dos universais é, portanto, apenas uma imagem indireta, refletida de forma imperfeita ou distorcida nos particulares que concretizam, de forma mais ou menos fiel, os universais.

Além disso, a forma imperfeita como os universais aparecem refletidos nos particulares faz com que diferentes pessoas formulem uma ideia diversa daquilo em que consiste a forma perfeita da concretização do universal que caracteriza certo particular:

²⁵⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 163: «sendo o intelecto humano incapaz de apreender imediatamente o concreto, a nossa razão subdivide-o e esforça-se para o reconstruir – *Dividit atque componit* (Ia, qu. 85, art. 5)» (tradução nossa). Esta matéria será retomada e desenvolvida *infra* no ponto 4.4.2.5.

²⁶⁰ *Ibid.*, pp. 48-9.

trata-se de uma realidade de fácil constatação no domínio jurisdicional, pois neste âmbito é muito frequente que diferentes pessoas tenham diversas percepções acerca de qual o «enquadramento jurídico» adequado ao caso, ou seja, de qual a concretização que o universal «justo particular» apresenta em certo caso concreto, em certo particular. Note-se como a incapacidade de aceder diretamente à forma concreta dos universais (dificuldade *ex parte nostra*) é um óbice maior ao conhecimento da realidade do que a sua mutabilidade (dificuldade *ex parte rerum*), visto que se se conseguisse aceder diretamente ao conhecimento daquela forma, ao imediato conhecimento da concretização dos universais em certo particular, seria possível um conhecimento seguro e perfeito da realidade, mesmo tendo em conta a sua mutabilidade.

Desta última dificuldade (*ex parte nostra*) resulta outra importantíssima implicação metodológica: aceder ao conhecimento da forma concreta dos universais é algo que se faz por aproximação sucessiva aos particulares, sendo nessa aproximação especialmente relevante a análise que resulta da opinião de várias pessoas, pois a diversidade de visões sobre uma realidade da qual não se tem uma imagem fiel é importante para se ir construindo uma imagem tão completa quanto possível. A diversidade de perspetivas não é, portanto, um obstáculo ao conhecimento, mas, pelo contrário, um instrumento de conhecimento.

Assim, conclui-se que a análise da realidade tendo em vista a determinação da forma de um universal em certo particular deve seguir um método que respeite, pelo menos, estas duas exigências metodológicas: análise de vários casos e da percepção de diversas pessoas sobre a mesma realidade. Elas assegurarão, portanto, que a decisão sobre a configuração do universal em certo particular seja o mais aproximada possível à realidade, sem prejuízo do carácter necessariamente probabilístico deste tipo de conhecimento.

Estas exigências decorrem da natureza da realidade a ser conhecida e da incapacidade humana de conhecer diretamente a forma da concretização dos universais nos particulares. Mas a possibilidade de aceder a esse conhecimento não depende apenas das exigências metodológicas que visam dar resposta a essa natureza das coisas (tanto «externas», como as relativas à natureza humana), implicando também a presença de certas qualidades (que adiante se identificam) na pessoa encarregada de aferir tal conhecimento, o julgador, qualidades essas cuja ausência, não sendo uma limitação rígida inerente à natureza humana como as limitações *ex parte nostra*, são capacidades que existem nas pessoas apenas em potência, pelo que, se elas forem desenvolvidas, são não

uma limitação mas uma aptidão essencial para conhecer a realidade. Trata-se essencialmente de qualidades que permitam à pessoa ser capaz de conhecer à partida, ainda que de forma imperfeita, a forma como pode certo universal concretizar-se em certos tipos de casos - tipos esses cuja existência decorre da ordem constatável na realidade, sendo tal particularmente claro no caso do justo particular, pois, como se viu, trata-se de um universal que contempla diversas concretizações: justo distributivo, justo comutativo, nas variantes *simpliciter* e *secundum quid*, bem como todas as concretizações destes em casos individuais, espelhados nos vários exemplos que se foram referindo -, de forma a poder ir formando uma ideia adequada acerca da forma que poderá adotar o universal em certo particular, bem como analisar devidamente os contornos do caso, de modo a poder adaptar as suas ideias ao mesmo, procurando nesses contornos hipóteses de configuração do universal nesse particular.

Estão então reunidas as condições para identificar o método de obtenção do conhecimento que cumpre os referidos requisitos para uma adequada conceção da forma do universal em certo particular. Tal método pode ser encontrado numa das clássicas sete artes liberais que consistiam a base dos estudos universitários na idade média: a dialética. Como tal, por dialética entende-se aqui a dialética aristotélica ou escolástica, que integra o *trivium*, juntamente com a gramática e a retórica.²⁶¹

O estudo da dialética, ao longo da história, não foi alvo da atenção que esta arte merece. Sem prejuízo de outras, uma circunstância histórica importante muito contribuiu para tal: não chegou ao nosso tempo qualquer obra de ARISTÓTELES especificamente dedicada à dialética, embora se suspeite que tal obra tenha existido, dado que, de entre as inúmeras obras de ARISTÓTELES que se perderam no tempo, estão duas que poderiam ter tido esse conteúdo: uma delas é expressamente referida por DIÓGENES LAÉRCIO, historiador e biógrafo romano que viveu no século III A.D., como sendo relativa à dialética²⁶², os *Métodos* (obra que ocupava oito livros), e outra obra cujo título, que consta do elenco de obras de ARISTÓTELES apresentada por aquele historiador, é sugestivo quanto ao seu hipotético conteúdo: *Acerca do questionamento e da réplica dialéticas* (tradução nossa). Esta circunstância fez com que o estudo das fontes aristotélicas não

²⁶¹ Como tal, exclui-se nesta abordagem, todos os outros sentidos que a palavra «dialética» foi adquirindo ao longo do tempo. Para um panorama muito completo de todos os sentidos com que este conceito foi sendo usado ao longo do tempo v. P. FOULQUIÉ, *A Dialética*, que distingue entre a «dialética antiga», referente à antiguidade grega e à idade média, e a «nova dialética», referente à época moderna.

²⁶² D. LAERTIUS, *Lives of the Eminent Philosophers*, p. 227.

levasse suficientemente em consideração o papel da dialética, além de, como se verá (ponto 4.3), ter provavelmente sido a causa de alguns mal-entendidos a respeito desta matéria, uma vez que o tratamento da dialética (entendida no sentido que de seguida se indica) no *corpus aristotelicum* que nos chegou se resume a algumas passagens nos *Tópicos* (que adiante se analisam).

O que é então a dialética, no sentido indicado? Trata-se de um método de aquisição de conhecimento²⁶³ cujo âmbito de aplicação ultrapassa largamente o conhecimento jurídico, sendo antes apropriado para quaisquer áreas do conhecimento nas quais não existe a possibilidade de avançar no conhecimento de alguma realidade partindo de premissas absolutamente certas²⁶⁴, sendo que tais premissas só existirão se tal realidade se apresentar como ordenada e estática. Ora, como se viu no ponto 3.4.1, tal possibilidade apenas se verifica em situações muito circunscritas da realidade, nomeadamente no domínio da técnica, na qual uma abordagem positivista é apropriada. Faltando essa base de derivação lógica segura, impõe-se a necessidade de recorrer a um método de aquisição de conhecimento que não seja essencialmente dedutivo²⁶⁵, e que seja capaz de captar a variabilidade, o dinamismo da realidade, bem como de lidar com a incapacidade humana de conceber de modo imediato a forma que os universais assumem em determinado particular, como ocorre, precisamente, com a dialética. Esta lida com problemas de natureza controversa, nos quais não é possível encontrar uma resposta absolutamente segura, mas nos quais é ainda perfeitamente possível encontrar uma solução razoável, a qual se vai determinando «por exclusão de partes», pelo afastamento sucessivo «de erros argumentativos, de falácias»²⁶⁶. Não sendo possível encontrar a solução «certa», fundamentada pela positiva, é possível encontrar uma solução razoável, por ter resistido ao sucessivo questionamento dirigido à identificação dos referidos erros e cuja fundamentação é, assim, encontrada pela negativa.

É, precisamente, para assegurar tal questionamento sucessivo que a dialética consiste num debate no qual a natureza controversa da questão em discussão é refletida na estrutura controversa do debate dialético. Este, para que se possa iniciar, pressupõe a definição clara de um problema, de alguma questão que seja controversa entre duas ou mais pessoas, desde que se trate de um problema ou questão real, ou seja, um problema

²⁶³ Y. PELLETIER, *La Dialectique Aristotélicienne*, pp. 80-3.

²⁶⁴ V. J. WARD, *Aristotle on Homonymy*, pp. 45-9.

²⁶⁵ T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, pp. 26-7 e 62-3.

²⁶⁶ A. GIULIANI, «The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition», p. 130.

ou questão que se situe na natureza das coisas, na realidade da qual se possa ter alguma experiência (*to pragma*), e não um problema que se situe no mero significado que se atribui às palavras (*to onoma*), tal como ocorrerá se tal discussão girar simplesmente à volta de algum sentido atribuído a determinado conceito (divergências meramente linguísticas) sem que a discussão incida sobre a realidade para a qual o mesmo remete (*Top.* 108 a). Esta distinção é, aliás, a que permite diferenciar a dialética da sofística, pois nesta «o discurso não se refere a nada fora de si mesmo»²⁶⁷ (tradução nossa). Nele os participantes discutem visões diversas do problema, esgrimindo argumentos a favor e contra certo entendimento do mesmo – na abordagem aristotélica, a favor e contra a adequação de certa definição –, ou seja, por um lado, apresentando-se uma proposta de entendimento sobre o mesmo, a qual será, por outro, alvo de contra-argumentações que têm em vista atacar esse entendimento, procurando encontrar os referidos erros argumentativos relevantes para o problema em discussão, os quais poderão ser, por sua vez, alvo de tentativa de refutação, em defesa da ideia inicial²⁶⁸.

Por fim, terá de existir uma entidade encarregada de «fechar» a discussão, ou seja, de tomar uma posição sobre o problema tendo em conta a discussão dialética precedente: «Nas questões disputadas da Escolástica, é o papel do *maître de clore* (*concludere*): não se trata da conclusão (necessária) de um silogismo mas do fechamento de um debate»²⁶⁹ (tradução nossa), pelo que a decisão que fecha o debate terá sempre de recorrer aos argumentos já esgrimidos pelos participantes no debate (estão vedadas as decisões-surpresa, precisamente como ocorre nos processos judiciais, sem prejuízo de o julgador poder sugerir perspetivas às partes que elas ainda não consideraram, para que estas as discutam), enunciando uma conclusão que supere tais argumentos, apresentando uma visão do problema conciliadora e mais abrangente do que a soma das «partes», ou seja, do que as contribuições de cada um dos participantes (adiante se perceberá melhor estas características da decisão).

Mas naturalmente que a simples discussão entre os participantes no debate, embora absolutamente essencial para garantir a diversidade de perspetivas que permite alargar o

²⁶⁷ Ibid., p. 132. No mesmo sentido v. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 295.

²⁶⁸ Refira-se incidentalmente que se trata precisamente da estrutura que TOMÁS DE AQUINO segue em várias das suas obras, nomeadamente na *Summa Theologiae* bem como nas várias *Quaestiones Disputatae*, nas quais é, depois de identificado o problema a discutir, proposto certo entendimento provisório sobre esse problema (entendimento esse contrário à posição que, genericamente, se irá adotar), sendo elencadas as razões a favor e contra. Posteriormente é tomada e justificada uma posição sobre o mesmo e são dadas as respostas às razões a favor, contrariando-as fundamentadamente.

²⁶⁹ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 201.

entendimento sobre o problema, não é suficiente para assegurar que a discussão e a decisão sejam «verdadeiras», ou seja, para assegurar que a discussão dialética é centrada na realidade relativa ao problema em discussão (este aspeto também será melhor compreendido de seguida, quando se aplicar esta descrição genérica da dialética à arte judiciária).

Para tal é necessário que a discussão seja, por um lado, desenrolada entre participantes realmente interessados e capazes de discutir as várias perspetivas em análise, o que implica uma predisposição para uma discussão com certo grau de abstração e foco no problema em análise, de forma desinteressada. Além disso, é também essencial que os participantes possuam experiência prévia na discussão dialética e conhecimentos sobre a matéria em discussão (já se perceberá porquê). Nem todas as pessoas reúnem tais condições, pelo que nem todos serão participantes adequados para a boa discussão dialética (Top. 101b). Por outro lado, a discussão deve, sempre que possível, ser orientada à luz da realidade a que o problema se refere, não apenas através das perspetivas dos participantes na discussão, mas também através de *endoxa*, ou seja, de opiniões relevantes para o tipo de problema em análise que são comumente consideradas como sendo verdadeiras seja pela maioria, seja por parte das autoridades mais reconhecidas pelos seus conhecimentos e experiência prática (Top. 105b), não em geral, mas no tipo de problema em causa²⁷⁰. *Endoxa* são perspetivas que surgem de anteriores discussões dialéticas, sobre o mesmo tipo de problemas, constituindo perspetivas típicas de análise da realidade na qual se insere o tipo de problema em discussão que já superaram o «teste» da discussão dialética em problemas passados, algo que lhes confere a referida «presunção de verdade».

Estes dois aspetos são fundamentais para garantir a adesão à realidade da discussão e da conclusão dialéticas: a participação na discussão de quem é apto para a mesma bem como a consideração dos *endoxa* relevantes levam à utilização da «linguagem comum», entendida no sentido das perspetivas mais frequentemente utilizadas por quem se dedica à resolução do tipo de problema em discussão, algo que envolve uma certa «função

²⁷⁰ Ibid., p. 198: aqui VILLEY é muito claro ao esclarecer, pertinentemente, que a consideração dos *endoxa*, ainda que de AA reputados, não faz com que se deva necessariamente decidir de acordo com os mesmos, uma vez que os *endoxa* são sempre apenas instrumentos, embora muito valiosos, que visam perspetivar o caso. Estes instrumentos servem sempre e apenas na medida em que forneçam perspetivas adequadas à compreensão da realidade, sendo a reputação do A que as formulou um indício – aliás fraco: «o argumento de autoridade baseado na razão humana é o mais fraco» (ST I, 1, 8, ad. 2) – de tal idoneidade. Como qualquer indício, só vale se for corroborado pela realidade, algo que se tornará mais claro quando, mais adiante no texto, se abordar, ilustrando com exemplos, a dialética enquanto método da arte judiciária.

denotativa, na medida em que indica a forma como a consciência coletiva “vê” certo objeto; este parece ser o melhor caminho para estabelecer a relação entre “palavras” e “coisas”»²⁷¹ (tradução nossa). De facto, face à diversidade da realidade, ao seu carácter dinâmico, bem como à incapacidade humana de a conhecer de forma imediata e em toda a sua extensão, com todos os seus contornos potenciais²⁷², a consideração das várias formas como o mesmo tipo de problema tem sido abordado por quem já o analisou revela perspectivas que apresentam uma certa presunção de adequação à realidade do problema em discussão, contribuindo para uma discussão mais abrangente e conforme com a realidade.

Por isso é possível encontrar na dialética um método idóneo para o conhecimento de uma realidade ordenada e dinâmica que dá resposta às referidas dificuldades de conhecimento *ex parte rerum* e *ex parte nostra*: a discussão entre as partes experientes, especialmente se elas apresentarem pontos de vista distintos sobre a matéria em discussão, bem como a consideração de *endoxa*, fomenta a pluralidade de perspectivas que muito ajudam a compreender o caso, a «elevar» a perspectiva de cada parte de modo a que ela leve em conta uma «bagagem de conhecimento» que ultrapassa o caso concreto (considera outros casos passados semelhantes, respondendo à limitação *ex parte rerum*), que ultrapassa a visão limitada e distorcida que alguém pode ter ao olhar para o caso simplesmente como se olha para um espelho (respondendo à limitação *ex parte nostra*). Todavia, reconhece-se que a compreensão completa do que se acaba de afirmar implica a descrição e exemplificação deste método numa sua aplicação particular, algo que se fará adiante, recorrendo, naturalmente, à sua aplicação no âmbito da arte judiciária.

Apesar do que se referiu até agora, o método dialético, apesar de responder às duas limitações de análise da realidade *ex parte rerum* e *ex parte nostra*, não dá resposta à necessidade de a pessoa encarregada de aferir o conhecimento da forma dos universais nos particulares ser dotada de certas qualidades ou aptidões pessoais. É neste ponto, absolutamente fundamental para a compreensão da metodologia do direito, que é relevante a virtude da prudência. Tão fundamental que, como se verá, o seu domínio engloba o método dialético que se acabou de enunciar, nele residindo a chave para a compreensão de todo o problema jusmetodológico.

²⁷¹ A. GIULIANI, «The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition», p. 132.

²⁷² M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 195-6.

Entendemos que a ligação entre a virtude da prudência e a realização da arte do direito é visceral²⁷³, estando os termos desta ligação ainda largamente por investigar, sendo os estudos existentes sobre esta questão escassos²⁷⁴ e, na nossa opinião, incapazes de formular um entendimento adequado sobre a mesma (adiante se perceberá qual o erro de abordagem que neles se encontra). Para tal é, em primeiro lugar, necessário analisar em que consiste a virtude da prudência numa perspectiva *simpliciter* («*prudentia simpliciter dicta*»: *ST*, II-II, 47, 11, co.), *tout court*, absoluta, ou propriamente dita, também designada por prudência pessoal, para posteriormente se poder analisar devidamente a prudência enquanto virtude orientada especificamente para dotar o agente das aptidões pessoais necessárias ao exercício adequado de artes como a judiciária (entre outras semelhantes).

A prudência *simpliciter* corresponde à definição já apresentada da prudência, a virtude que confere a quem a possua a capacidade de saber como agir e de, efetivamente, agir de modo a que a ação realize provavelmente, tendo em conta as circunstâncias do caso, a sua finalidade («*prudentia vero est recta ratio agibilium*», *ST*, I-II, 57, 4, co.), sempre tendo em conta que essa finalidade, bem como os meios da sua prossecução, é uma finalidade boa, ou seja, conforme com a realização das potencialidades inerentes à natureza humana (a finalidade ou sentido da vida humana), como é o caso, entre muitos outros, da realização do justo particular tendo em conta a natural sociabilidade do homem. Note-se, portanto, que caso não esteja em causa uma finalidade boa, neste sentido, está em causa uma falsa prudência (*ST*, II-II, 1, co.), do mesmo modo que se os meios não forem bons, no mesmo sentido, independentemente de o fim ser bom ou mau, o agente não age com prudência mas com astúcia (*ST*, II-II, 3, co.).

A prudência pessoal, a forma mais básica da prudência e cuja compreensão é necessária para compreender as suas outras feições, é, portanto, a capacidade de saber o que fazer para atingir um fim bom e a capacidade de realizar esse ato, de agir de acordo com o discernimento efetuado. Note-se que se trata de determinar o que fazer, e de agir em conformidade, sempre no âmbito de um juízo *hic et nunc*, ou seja, está em causa um

²⁷³ Neste sentido: J. DE O. ASCENSÃO, *O Direito*, pp. 14-5. Afirmando e analisando a importância da prudência na realização do direito: J. LAUAND, «A Virtude da Prudência na base da Justiça e da Weltanschauung». Uma perspectiva mais cética sobre a relevância da prudência no direito pode ser encontrada em S. BAUZON, «La Prudence du Juge», pp. 35-8.

²⁷⁴ Além do artigo de LAUAND referido na n. anterior, merecem destaque as obras de F. GENTILE, «Prudentia Iuris», ponto D, M.J. FALCÓN Y TELLA, *Equidad, Derecho y Justicia*, pp. 274-5, J.M. MARTÍNEZ DORAL, *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, em especial as pp. 23, 73-92, 105-115, M. URIBE BLANCO, *Interpretación Prudencial*, em especial as pp. 29-50, e, especialmente, a obra de C.I. MASSINI CORREAS, *La Prudencia Jurídica*.

juízo e uma atuação sempre de acordo com as circunstâncias particulares de tempo e lugar (ST, II-II, 47, 3, co.), as quais estão em permanente mutação, tanto as físicas como as humanas («*Natura autem hominis est mutabilis*»: ST, II-II, 57, 2, ad. 1), pois a realidade é, como se referiu, dinâmica. Este aspeto é, inclusivamente, definitório da virtude da prudência: prudente é aquele que, além de prosseguir um fim bom, é capaz de identificar o meio mais idóneo para prosseguir a realização desse fim, tendo em conta as possibilidades de atuação que estão ao seu dispor nas circunstâncias em que o mesmo se encontra (ST, II-II, 47, 3, co.), e, posteriormente, é ainda capaz de agir, em tais circunstâncias, de acordo com o juízo prudencial efetuado (ST, II-II, 47, a.1, ad. 3). Note-se que pertence à prudência, portanto, por um lado, determinar os meios concretos de atuação para atingir um fim bom (ST, II-II, 47, 6, co.), assim como agir de acordo, ou fazer um «*usus*» conforme (ST, II-II, 48, ad. 4), aos meios encontrados, pelo que não pertence à prudência determinar o fim que dirige a ação: tal depende de outras faculdades humanas cujo estudo não é aqui relevante (nomeadamente a *sindérese*, pela qual se conhece a lei natural: ST, I-II, 94, 1, ad. 2) uma vez que já se identificou e fundamentou o único fim relevante para a arte judiciária, o justo particular.

No âmbito das virtudes cardeais (prudência, justiça, fortaleza e temperança), a prudência ocupa um lugar de destaque, sendo conhecida pela designação de «*auriga virtutum*»²⁷⁵, ou seja, a «cocheira» das virtudes, aquela que vai à frente delas, que as comanda, que determina o respetivo sentido ou caminho²⁷⁶. A razão para tal reside na circunstância, que nenhuma outra virtude partilha, de a prudência ser uma virtude tanto intelectual como moral (ST, II-II, 47, 4, co.).

Intelectual porque consiste na habilidade de determinar o que fazer em cada circunstância espaço-temporal, ou seja, tendo em conta as possibilidades de atuação nessas circunstâncias, sendo que a orientação da atuação para o bem considerado independentemente das circunstâncias decorre não da prudência mas das outras virtudes: a justiça (tanto a geral como a particular), que ordena a atuação para o bem no âmbito das relações interpessoais (a geral tendo em vista o bem comum e a particular um bem particular, a igualdade distributiva ou comutativa, conforme dos pontos 2.2 e 3.5.1), a fortaleza e a temperança (ST, II-II, 123, 1, co.), que ordenam a atuação para o bem removendo os obstáculos à atuação para tal finalidade que decorrem das inclinações

²⁷⁵ Sobre esta designação v. E. CIGOGNINI, «Sobre a Prudentia e a Lex Naturalis em Tomás de Aquino», p. 56.

²⁷⁶ J. PIEPER, *The Four Cardinal Virtues*, pp. 3-9.

naturalmente presentes no ser humano no sentido da atração para aquilo que é fácil ou prazeroso (inclinação designada de apetite concupiscível, ordenada pela temperança) ou no sentido da rejeição daquilo que é difícil ou doloroso (inclinação designada de apetite irascível, ordenada pela fortaleza).

Moral porque pertence à prudência também a capacidade de o agente se conformar, mais propriamente de conformar a sua vontade, de consentir (*ST*, I-II, 15, 3, co.) com a concreta atuação determinada, ou seja, a capacidade de agir em conformidade com ela (*ST*, II-II, 47, 5, ad. 3).

Portanto, só a pessoa que seja capaz tanto de saber o que fazer *in casu*, como de o fazer efetivamente se pode qualificar adequadamente de prudente. Assim se compreende que a prudência, nas suas dimensões intelectual e moral, seja a «cocheira» das virtudes, pela qual a efetivação das outras virtudes é conseguida, tanto determinando o que fazer (vertente intelectual), como ordenando a vontade à realização respetiva (vertente moral). Note-se que esta orientação das outras virtudes é referente não aos fins das mesmas, os quais decorrem delas próprias, conforme referido, mas aos meios pelos quais elas se manifestam em circunstâncias determinadas, algo que, naturalmente, é essencial para que as restantes virtudes se efetivem em atuações concretas, as quais são necessariamente localizadas no espaço e no tempo, com todas as condicionantes daí decorrentes. A prudência é, portanto, referente aos meios, sendo estes entendidos no seu sentido mais próprio, ou seja, como instrumentos adequados à realização do fim, também chamados de «meios-termos», tendo em vista a atuação idónea ou equilibrada (adiante se verá como tal se concretiza) ao fim prosseguido (*ST*, II-II, 47, 7, co.). Daí que se possa dizer que «presta-lhes ajuda a prudência [às outras virtudes morais], que lhes prepara o caminho, dispondo os meios. Por conseguinte, resulta que a prudência é mais nobre que as outras virtudes morais e as põe em movimento» (*ST*, II-II, 47, 6, ad. 3).

Para «exercer» a virtude da prudência são necessários três passos, que correspondem aos três atos necessários para a atuação prudente. São eles: o *concilium*, a deliberação (no sentido de reflexão ou ponderação) necessária para a descoberta dos meios mais idóneos para a realização do fim em causa, o *judicium*, a decisão relativa a qual desses meios é o mais indicado, e o *praeceptum*, o comando, aplicação à ação do «resultado obtido na descoberta e no julgamento» (cfr. *ST*, II-II, 47, 8, co.; II-II, 51, 2, ad. 2)²⁷⁷. Sem prejuízo da necessidade destes três atos, é no último, no comando, que reside o «ato principal da

²⁷⁷ Cfr. T. DEMAN, *La Prudence – Somme Théologique*, pp. 272-3 e 450-3.

prudência», visto que ele está mais próximo da finalidade da virtude da prudência, a concreta atuação idónea à realização de um fim bom (*ST*, II-II, 47, 8, co.), além de, precisamente por essa razão, os dois outros atos serem ordenados, não pela virtude da prudência diretamente, mas por virtudes conexas (que adiante se analisarão), dado que ordenam os atos secundários, o *concilium* e o *judicium*, relativamente à finalidade da prudência, a atuação idónea que resulta do *praeceptum* (*ST*, I-II, 57, 6, co.). Por essa razão se compreende que a prudência seja corretamente definida como «*recta ratio agibilium*», (*ST*, I-II, 57, 4, co.).

Conforme já se referiu, o conceito aristotélico-tomístico de arte consiste na «*recta ratio factibilium*» (*ST*, I-II, 57, 4, co.), no sentido em que a arte consiste numa virtude que permite conferir retidão à produção de coisas, sendo tal retidão entendida como o hábito que permite ao agente – daí a qualificação como virtude (*ST*, I-II, 55, 3, co.) – saber produzir a coisa de modo a que esta realize a respetiva finalidade (cfr. *ST*, I-II, 18, 2). Ora, já se referiu também (ponto 2.3) que, a virtude da arte visa a produção de algo novo, um «ato que passa para uma matéria exterior, como construir, cortar» (*ST*, I-II, 57, 4, co.), ou seja, de uma atuação que implica uma mudança na «matéria exterior», assim se distinguindo da prudência, cujo âmbito se circunscreve à própria atuação do agente. Esta definição de arte apenas se aplica propriamente às chamadas artes mecânicas ou aplicadas, como a carpintaria, a agricultura ou a medicina, pois nestas o artífice produz efetivamente algo novo que altera a «matéria exterior».

No entanto, existem algumas formas de arte que o são em sentido impróprio dado que o respetivo objeto não envolve uma tal alteração da realidade, mas envolve antes um ato de análise da realidade que, não a alterando, incide sobre ela e produz um maior conhecimento sobre a mesma. Pense-se no exemplo da astronomia: nela não está em causa qualquer ato que altere a realidade, mas o seu exercício envolve a realização de atos de análise da realidade que geram novos conhecimentos sobre a mesma, tais como a observação do céu através de certas técnicas e instrumentos. Estas formas de arte são chamadas «artes liberais» (v. n. 104), entre as quais está, precisamente, a astronomia, que integra o *quadrivium*²⁷⁸, pois têm por objetivo, precisamente, apenas avançar no conhecimento de certa realidade, mas o seu exercício envolve a realização de um ato que incide sobre a realidade, pelo que elas apresentam uma certa semelhança com as artes propriamente ditas, as artes aplicadas, já que nestas está também em causa um ato que

²⁷⁸ L. SHINER, *The Invention of Art*, p. 30.

incide na realidade respetiva mas já não apenas para a conhecer, também, e essencialmente, para a modificar. TOMÁS DE AQUINO afirma-o muito claramente: «até nas especulações [procura de um conhecimento teórico] há, de certo modo, algum trabalho a realizar, como, por exemplo, na construção de um silogismo ou de um discurso coerente ou ainda no contar ou no medir. Por isso é que todos os hábitos especulativos dirigidos a essas ações da razão se chamam, por certa semelhança [com as artes aplicadas ou servis], artes liberais» (*ST*, I-II, 57, 3 ad. 3).

Assim, é necessário ter em conta que, tanto nas artes aplicadas como nas artes liberais, está presente um ato do artífice que incide sobre a realidade respetiva e que é essencial para a realização do objetivo da arte em causa: conhecer a realidade, nas liberais, e alterar a realidade, nas aplicadas. Este é o ato pelo qual a forma de arte em causa se realiza. Ora, como se referiu no ponto anterior, há algumas artes cujos meios são determináveis e outras em que são indetermináveis à partida. Esses meios mais não são do que do que as orientações que regem esse ato pelo qual a forma de arte em causa se realiza. Assim, nalgumas formas de arte, tanto mecânicas como liberais, esse ato pode ser orientado segundo regras bem definidas (*ST*, I-II, 14, 4, co.), como na carpintaria ou na tecelagem (artes aplicadas) ou como na geometria (arte liberal), como pode tal não ser possível, sendo necessário que esse ato seja orientado por uma certa pesquisa sobre a realidade relevante e uma subsequente decisão sobre as características da mesma, como na medicina (arte aplicada, na qual a realidade a inquirir é o paciente em análise e a decisão incide sobre a determinação do tratamento adequado) ou na astronomia (arte liberal, na qual a realidade a analisar são os corpos celestiais e a decisão incide sobre a determinação de quais das suas diversas características se consideram ser mais adequadas em função dos dados recolhidos).

A razão desta distinção reside na amplitude ou abrangência do objeto da arte em causa: nas artes de meios certos e determinados o seu objeto é mais circunscrito, pelo que ele é, por essa razão, mais estável, sendo tais artes capazes de produzir um conhecimento mais estável e seguro, capaz de incidir e esclarecer essencialmente sobre as operações causa-efeito entre os fenómenos, as quais se podem medir, matematizar, descrever com precisão e, subsequentemente, replicar ou aproveitar para alguma finalidade particular, sendo este o domínio do saber técnico no qual é possível de encontrar um conhecimento de cariz positivista, como se referiu no ponto 3.4.1; já nas artes de meios incertos ou indeterminados, o objeto respetivo é mais abrangente, não se limitando a incidir sobre individuais relações causa-efeito mas antes sobre toda uma certa parte da realidade – os

corpos celestiais, no exemplo da astronomia, o funcionamento do corpo humano, no da medicina – procurando compreendê-la e descrever as suas regularidades e irregularidades, algo que apenas pode ser efetuado com alguma «instabilidade» nos meios pelos quais se analisa a realidade, por uma aproximação sucessiva, por tentativas sucessivas embora razoavelmente orientadas para conhecer a realidade, sendo que o conhecimento daí resultante não pode ser também ele totalmente seguro mas «probabilístico».

A incerteza dos meios é, portanto, uma característica que tanto se pode encontrar nas artes propriamente ditas, as artes aplicadas ou mecânicas, como nas artes em sentido impróprio, as artes liberais, uma vez que em ambos os casos está em jogo um comportamento do artífice que incide sobre uma realidade externa e que implica uma certa adaptação a essa realidade, seja apenas para a conhecer, seja também para a alterar. Ora, essa realidade, como já se viu, é uma realidade dinâmica, o que gera uma certa dificuldade na sua percepção (dificuldade *ex parte rerum*), a que acresce a incapacidade humana de compreender, de uma só vez, a concretização dos universais nos particulares (dificuldade *ex parte nostra*). Por essa razão esse ato que incide sobre a realidade é um ato que deve ser orientado pela virtude que tem em vista, precisamente, conhecer, lidar com as circunstâncias particulares de cada caso, com as contingências particulares que o circunstancialismo espaço-temporal exige na atuação comportamental, a qual visa sempre a realização de determinado fim em determinada localização espaço-temporal.

Tal virtude é, como se acabou de analisar, a prudência, com a particularidade que o fim da atuação é, no caso da arte, o conhecimento da realidade em análise ou, adicionalmente, a alteração da realidade em conformidade com a finalidade do tipo de arte em causa. Note-se que esta conclusão não põe em causa a distinção entre arte e prudência a que se aludiu, pois a prudência relevante no âmbito das artes de meios incertos não é a prudência «em toda a linha», a prudência *simpliciter* ou *tout court* que se descreveu e que, como se explicou, visa, como seu ato principal, a ação do agente. A prudência relevante no âmbito das artes de meios incertos é apenas uma «prudência (...) imperfeita», tanto porque o «bem que ela toma como fim não é fim comum de toda a vida humana [como acontece no caso dos atos ordenados pela prudência *simpliciter*], mas de alguma coisa especial. Por exemplo aquele que descobre os caminhos apropriados para fazer comércio ou navegar [dois exemplos de artes de meios incertos, sendo que a navegação era, na época de TOMÁS DE AQUINO, uma arte de meios incertos mas atualmente, em face do progresso técnico dos instrumentos de navegação, deixou de o

ser] é chamado negociante ou marinheiro prudente. – O segundo motivo é que falta aqui o ato principal da prudência. É o caso daquele que delibera com acerto e julga exatamente, mesmo a respeito da vida inteira, mas não comanda eficazmente» (ST, II-II, 47, 13, co., *secunda pars*).

Efetivamente, ambas as razões desta «imperfeição» verificam-se no âmbito das artes de meios incertos: elas incidem sobre um domínio particular, como o próprio TOMÁS DE AQUINO afirma, e apenas visam conhecer ou, adicionalmente, alterar certo aspeto particular da realidade, pelo que não está em causa a orientação do ato principal da prudência, o *praeceptum*, dado que o ato do artífice não exige a necessária capacidade de conformar a vontade, de consentir nesse ato, já que não requer do agente a capacidade, a «coragem» de levar a cabo, de executar na sua vida pessoal, uma ação que se deliberou previamente (como acontece na prudência *simpliciter*). É por esta razão que para se ser um bom artífice não é necessária retidão moral e, contrariamente, a existência da prudência *simpliciter* em alguém pressupõe-a necessariamente (ST, II-II, 47, 13, co., *tertia pars* e ad. 3). Nas artes de meios incertos apenas são relevantes os dois outros atos ordenados pela prudência: o *consilium*, a procura de meios adequados, e o *judicium*, a decisão relativa às características da realidade em causa ou ao ato a realizar para prosseguir o fim da arte. Como tal, esta «prudência imperfeita» é apenas uma virtude intelectual e não moral.

Por fim, duas últimas notas: 1) qualquer forma de arte pode ser alvo de um «mau uso», como ocorrerá no caso de um médico não respeitar os horários ou ser descuidado na análise dos seus pacientes: para que tal não aconteça é necessária retidão moral no âmbito da sua vida profissional, mas tal não implica que esse mesmo médico não seja um bom artífice por dominar a forma de executar a sua arte, pois a execução e o uso são aspetos diferentes da atuação humana (ST, I-II, 57, 3, ad. 2 e I-II, 16, 1); 2) apesar de estar em causa um género de prudência que se qualifica de «imperfeita», ela é uma «prudência (...) verdadeira porque encontra os caminhos adequados ao fim verdadeiramente bom» (ST, II-II, 47, 13, co., *secunda pars*): trata-se, portanto, de uma prudência verdadeira mas truncada, visto que apenas visa «encontrar os caminhos adequados ao fim verdadeiramente bom», o fim da arte em causa, para o qual apenas releva o *consilium* e o *judicium*.

Corroborando o que se acabou de referir, TOMÁS DE AQUINO é muito claro na descrição da necessidade de orientação prudencial, ainda que na forma da prudência «imperfeita», das artes de meios incertos: «a prudência não tem lugar naquilo que se

refere à arte; porque a arte se ordena a um fim particular, e também porque ela emprega meios determinados para atingir o seu fim. Se, no entanto, se diz de alguém que ele opera com prudência no domínio da arte, é por certa semelhança: em certas artes, com efeito, por causa da indeterminação dos meios pelos quais se chega ao fim, é necessário uma deliberação: assim na medicina e navegação, como diz ainda o Filósofo» (ST, II-II, 47, 4, ad. 2); «a prudência é boa conselheira em tudo o que concerne à conduta humana e ao fim último da vida, ao passo que certas artes aconselham apenas em matérias ligadas a seus próprios fins. Decorre daí que alguns, porque bons conselheiros em questões de guerra ou de navegação [artes de meios incertos], são tidos por chefes ou pilotos prudentes, mas não prudentes de modo absoluto» (ST, I-II, 57, 4, ad. 3).

Ora, as artes de meios incertos incidem sobre áreas da realidade suficientemente abrangentes para que a elas se possam atribuir as características da mutabilidade e da ordem tendencial, características essas atribuíveis, como se referiu, à realidade tangível globalmente considerada. A incerteza dos meios decorre, precisamente, dessas características. Justificou-se *supra* que o método adequado para lidar com as dificuldades de conhecimento (*ex parte rerum e ex parte nostra*) que decorrem de tais características da realidade é a dialética: esta é o método de conhecer a realidade cujo conhecimento é visado pelas artes de meios incertos. Mas como o exercício de tais artes (como de quaisquer artes) envolve a prática de atos de análise da realidade, a sua prática necessita de ser orientada precisamente pela virtude que tem por função captar, as contingências do caso em análise de modo a compreender os seus contornos particulares: a virtude da prudência, na aceção aludida de prudência «verdadeira» mas «imperfeita» porque não implica a capacidade de agir mas apenas a de conhecer uma realidade concreta. Efetivamente, a virtude da prudência só é necessária precisamente porque a mutabilidade e ordem apenas tendencial que se constata no mundo faz com que seja necessário proceder a uma análise das contingências do caso, seja para o compreender (no caso das artes liberais), seja para, adicionalmente, saber como mudar a realidade desse particular (no caso das artes aplicadas), seja para determinar como agir dentro dos constrangimentos casuístico-circunstanciais (no caso da prudência *simpliciter*).

Assim, pode afirmar-se que dialética e prudência são como que duas faces da mesma moeda: a dialética contém o método a seguir para chegar ao conhecimento das realidades tendencialmente ordenadas e mutáveis, e a prudência contém o «método desse método», o método ao nível das aptidões ou capacidades pessoais necessárias para executar a metodologia dialética, ou seja, a indicação das capacidades necessárias a quem procura

realizar os atos de análise de tais realidades (capacidades essas que, como se verá, consistem em «subvirtudes» necessárias à boa execução dos atos de *concilium* e *judicium*, os únicos que, como se referiu, são relevantes no âmbito da «prudência imperfeita»).

Corroborando esta conclusão está a constatação que a dialética, ela própria, é qualificada como um tipo de arte, concretamente uma das três artes liberais que integra o *trivium*, sendo que ela é a arte de meios incertos por excelência, no sentido em que, de entre as três formas de arte que visam a obtenção de conhecimento, o *trivium* (ciência demonstrativa, a dialética e a retórica: *ST*, II-II, 48, co. *secunda pars*), a dialética é aquela que tem em vista encontrar conclusões de caráter probabilístico, conclusões que, não sendo absolutamente certas (ciência demonstrativa) nem apenas meras hipóteses ou conjeturas (retórica), são razoáveis, plausíveis, verosímeis em função das circunstâncias, sendo que estas são as conclusões que mais adequadamente se podem obter no âmbito da realidade mutável e tendencialmente ordenada, pois a sua natureza coincide com a do respetivo objeto: nele não é possível um conhecimento absolutamente certo, mas é possível um conhecimento «probabilístico», «endoxal», válido «*in plerisque*»²⁷⁹, que ultrapassa mera conjetura. Efetivamente, a dialética, sem ser uma forma de arte com um objeto específico, é a «arte» que contém o método adequado ao conhecimento da realidade ordenada e mutável a ser usado nos vários tipos de arte de meios incertos, ou seja, a dialética é a «arte de conhecer» essa realidade. Nada mais apropriado, portanto, para orientar os atos de análise dialética da realidade do que a virtude que, precisamente, visa lidar com as contingências casuísticas resultantes da mutabilidade e ordem tendencial inerentes à realidade. Por tudo isto é adequado designar o método em causa por método dialético-prudencial.

Neste panorama, onde situar o direito? Este, como se tem vindo a defender, pode adequadamente ser entendido, entre outros, com o sentido de uma forma de arte, a arte judiciária, a qual se definiu como sendo a que visa um certo conhecimento, o conhecimento do justo particular, do equilíbrio distributivo ou comutativo *in casu*. Mas será que aceder à forma do justo particular *in casu* é realmente um processo de conhecimento da realidade, de constatação de certas características presentes na mesma? Não será antes um ato construído, um ato performativo por parte do julgador que determina que o «direito» aplicado aos «factos» apresenta uma certa configuração, uma certa distribuição de vantagens, desvantagens e encargos relativos a coisas, pessoas ou

²⁷⁹ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 44.

ações? Por outras palavras, será a arte judiciária uma arte liberal, que visa conhecer certa realidade ou antes uma arte aplicada, que visa não só conhecer mas alterar a realidade a que a decisão se refere?

Para responder recorrer-se-á, novamente, a um método realista, observando a forma como, em qualquer processo judicial, se processa a análise da realidade do caso e a determinação da decisão. Seguindo tal análise, constata-se que não é possível distinguir estritamente entre «facto» e «direito», uma vez que a descrição inicial dos factos pelo sujeito processual que inicia o processo judicial contém já uma tomada de posição quanto ao «direito», ou seja, quanto ao desequilíbrio distributivo ou comutativo do qual decorre a justificação da sua pretensão, um concreto «justo corretivo» (v. n. 251). Se, por exemplo, na descrição dos factos, o autor afirma que «o réu, manuseando uma ferramenta de construção de forma pouco cuidadosa, perdeu o controlo da mesma e feriu o autor, causando-lhe graves ferimentos que implicaram a sua incapacidade para trabalhar», ele estará necessariamente a formular já uma afirmação com conteúdo jurídico, ou seja, uma afirmação que nela contém uma descrição de uma situação de «injusto particular», um desequilíbrio (neste caso) comutativo. Não é possível iniciar um processo judicial sem que se descrevam factos que demonstrem a existência de algum desequilíbrio na operação distributiva ou comutativa. A *vexata quaestio* da dificuldade de distinguir entre facto e direito é, portanto, sinal de uma conceção desadequada do segundo, nomeadamente da adoção de qualquer conceção que entenda o direito como sendo sinónimo do que tradicionalmente se designa por «fonte de direito», ou seja, como sendo sinónimo de lei, costume, jurisprudência ou doutrina, esquecendo a própria designação de tais realidades como «fontes», ou seja, como instrumentos (no ponto 4.4.2 analisar-se-á melhor o seu papel), de análise do caso e de onde pode brotar a solução do mesmo.

Como se verá ao longo do ponto 4.4, a metodologia dialético-prudencial assume, no seu realismo, que o direito pode ser encontrado com ajuda de tais «fontes» (entre outras), sem nunca pôr em causa o seu carácter instrumental (inerente, aliás, à sua qualificação de «fontes») relativamente àquilo que com elas se pretende determinar, o justo particular, cuja determinação depende da identificação daquilo que, nos factos, se afasta ou diferencia do mesmo, para, de seguida, os «corrigir» (pressupondo, naturalmente, que tal desequilíbrio exista, algo que nem sempre ocorre, mas mesmo que não ocorra, havendo portanto uma sentença absolutória, verifica-se sempre uma busca, uma análise do caso que procura encontrar tais desequilíbrios). Pode, portanto, afirmar-se que o próprio conhecimento jurídico, o justo particular, é um facto, mais propriamente uma qualidade

de um facto²⁸⁰, o seu carácter equilibrado, carácter esse que se pode reconhecer nos factos seja na forma realizada, efetiva, seja na forma ausente ou truncada, «amputada». Nem poderia deixar de ser assim pois, na linha do que se tem vindo a defender, o direito visa o conhecimento de uma realidade, uma realidade não necessariamente efetiva, mas potencial ou latente, uma realidade-ideal que corresponde à determinação da forma do universal «justo particular» *in casu*.

Assim, recordando que, no seguimento da conceção aristotélico-tomista sobre o estatuto dos universais bem como da, já abordada, consequente constatação de que, na realidade natural, a tendencial realização das finalidades naturais (universais) aponta para a realização das potencialidades inerentes às «coisas» naturais, de tal forma que tal realização é boa («*bonum est in re*»: *ST*, I, 16, 1, co.), pode afirmar-se que, no exercício de uma arte que visa conhecer em que consiste tal realização, será, em primeiro lugar, pela constatação da realidade natural relevante, concretamente tanto daquilo que nela se pode constatar em estado efetivo como do que se encontra em estado potencial, que se determinará em que consiste tal «estado», tal «bondade» implícita na realidade. Ora, também no âmbito das relações sociais interpessoais consubstanciadas nas operações de distributivas e comutativas, que, como também já se abordou, constituem uma realidade natural, nomeadamente uma realidade integrante da natureza humana e da correspondente natural sociabilidade, será pela consideração de tal realidade, dos contornos das concretas operações, que se poderá determinar a «bondade» respetiva: tal como «*bonum est in re*», também *ius est in re* ou, segundo o adágio latino formulado por BALDO «*ex facto oritur ius*», o qual é também A de outro adágio que, para o que se tem vindo a defender, é ainda mais sugestivo: «*ius est implicitu facto*»²⁸¹.

Para o ilustrar, novamente se recorra à comparação com o que ocorre no âmbito da arte médica: é pela observação dos casos em que a ordem não é efetiva, em que alguém apresenta certa deficiência no funcionamento do seu corpo que, pela consideração dos «contornos» do caso, dos sintomas da doença, se torna possível encontrar o tratamento adequado para certo paciente, o qual será, naturalmente, encontrado através da aplicação

²⁸⁰ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 210.

²⁸¹ B. DE UBALDI, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, p. 337, em comentário a D.9.2.53, onde se pode encontrar ambas as passagens, aparecendo uma seguida à outra, denotando que visam transmitir a mesma mensagem. Dando conta desta identidade de sentido v. G. SAMUEL, «The Paradigm Case», p. 37; referindo que a passagem «*ex facto oritur ius*» também pode ser encontrada na obra de BARTOLO DE SAXOFERRATO v. G. SAMUEL, «Imitation of life: Reasonances between law and fact and fact and law» p. 57. Sobre o sentido da expressão «*ex facto oritur ius*» cfr. T. TASSO, *Oltre il Diritto - Alla ricerca della giuridicità del fatto*, pp. 295 e ss.

dos conhecimentos da arte médica, das respetivas *leges artis* que (entre outras funções) orientam a análise da realidade, a essa percepção dos contornos do caso concreto. Ora, algo de semelhante²⁸² ocorre com a função jurisdicional: também para a determinação do justo particular em cada caso é necessário ter em conta os contornos do caso para encontrar a solução adequada, determinando em que consiste o justo particular *in casu* (realidade-ideal).

Conclui-se, portanto, que a arte judiciária é uma arte que se pode qualificar como «liberal», no sentido em que visa o conhecimento de uma realidade e não a sua alteração. Esta conclusão, apesar de justificada pelo que se acabou de referir, pode parecer incompatível com o facto de uma sentença judicial ser aplicada na realidade, pelo que o seu cumprimento, se se tratar de uma sentença condenatória, implica uma alteração da realidade. No entanto, não existe incompatibilidade: a sentença visa apenas identificar uma realidade factual, a qualidade de justo ou equilibrado dos factos que consubstanciam operações de distribuição ou comutação.

Naturalmente que, posteriormente ao trânsito em julgado da sentença que reconheça a existência de um desequilíbrio, se a mesma for executada, tal originará uma alteração da realidade. No entanto, a fase de execução da sentença ultrapassa já o âmbito da «jurisdição», o âmbito da descoberta do justo particular que é o visado pela arte judiciária, estando aí em causa um tipo de ato diferente, concretamente a realização de uma ação (seja pelo visado pela mesma, se o cumprimento for voluntário, seja pela autoridade responsável pela execução coerciva, se não for) que execute a sentença, sendo que aí estão em causa aspetos distintos daqueles que são relevantes na arte jurisdicional. Um exemplo simples: numa sentença determina-se que, em consequência do incumprimento de um

²⁸² Diz-se semelhante e não igual porque embora na arte médica, tal como na judiciária, exista uma primeira fase de «conhecimento» da realidade – a qual, na primeira, corresponde à fase de diagnóstico e, na segunda, à fase de produção e apreciação da prova – e embora em ambas seja necessário ter em conta uma realidade-ideal que consiste numa qualidade referente a uma realidade concreta – que, na primeira, consiste na determinação do estado de saúde de um paciente concreto e, na segunda, na determinação da igualdade, distributiva ou comutativa, de certa relação social interpessoal concreta –, a verdade é que, na primeira, o essencial não reside na determinação daquilo em que consiste o estado de saúde do paciente concreto (tal é relativamente claro e raramente se colocarão dúvidas a esse nível), mas antes na determinação do tratamento adequado, ou seja, na determinação do procedimento adequado à realização da finalidade da arte em causa, daí que a medicina seja uma arte aplicada, cujo exercício se destina a alterar a realidade; já a arte judiciária incide, como se tem vindo a referir, na determinação daquilo em que consiste o justo ou o igual no caso concreto, já que, conforme se explica adiante no texto, tendo-se definido esse justo *in casu*, os problemas relativos à execução da sentença só se colocam após a pronúncia da mesma, sendo que esses devem seguir uma abordagem distinta daquela que visa a «jurisdição», daí a arte judiciária poder ser qualificada como uma arte «liberal», que apenas visa o conhecimento de certa tipo de realidade. Todavia, tanto a arte médica como a judiciária implicam, para a realização das respetivas finalidades, uma análise da realidade.

contrato, a realização do justo comutativo implica o pagamento de certa indemnização ao autor. Transitada em julgado tal sentença, descobre-se que o autor, a quem a indemnização é devida, é uma entidade que financia organizações terroristas. Decorrerá então da dita sentença a «norma de comportamento» que implica a «obrigação» que altera a realidade pelo pagamento da indemnização devida? Naturalmente que não, tendo em conta a descoberta relativa ao uso que o autor dá aos seus recursos financeiros! Mas tal também não significa que a sentença deva ser revista: tudo o que nela se decidiu relativamente à questão do incumprimento contratual e da indemnização compensatória do dano continua válido, ou seja, tudo o que é relativo ao âmbito próprio do jurisdicional, a determinação do justo particular, mantém-se. Mas a execução da sentença suscita problemas de ordem totalmente diversa daquele que é o âmbito próprio do jurisdicional, nomeadamente questões relativas às consequências práticas da execução da sentença e à existência ou inexistência de condições para essa execução²⁸³.

Este tipo de questões, note-se, é passível de ser enquadrada também no âmbito da virtude da prudência, mas aqui está em causa um enquadramento que é efetuado precisamente pelo último passo ou fase da realização desta virtude, o *praeceptum*, o comando relativo a uma ação a ser realizada em circunstâncias concretas, o qual, como se referiu, não é relevante para orientar, pela virtude (imperfeita) da prudência, o ato de análise da realidade pelo qual se descobre o justo particular. Neste último passo são, aliás, relevantes certas «partes integrantes» da virtude da prudência (as partes integrantes da prudência que são relevantes nos outros dois atos, o *concilium* e o *judicium*, serão abordadas ao longo do ponto 4.4), a previdência, a circunspeção e a precaução ou cautela

²⁸³ Um exemplo da necessidade de levar em conta as condições para a execução de uma decisão jurisdicional pode ser encontrado no acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 353/2012, de 5 de julho (que tem por relator JOÃO CURA MARIANO). Nele o tribunal decidiu que, apesar de considerar inconstitucionais as normas que suspendiam os subsídios de férias e de Natal de funcionários públicos e de pensionistas, entendeu que «encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado.»; consequentemente, o tribunal decidiu que «que os efeitos desta declaração de inconstitucionalidade não se apliquem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.» Este tipo de questões, decisivas na aplicação das decisões jurisdicionais, é distinto do âmbito propriamente jurisdicional da determinação do justo particular, neste caso do justo distributivo dado que está em causa ajuizar relativamente ao alcance de um corte (temporário) de salário ou pensão pagos por entidades públicas, pelo que o caso é em análogo aos casos em que se analisa o alcance de um imposto. Uma prova do caráter distinto destas questões pode ser encontrada na circunstância de o tribunal só se ter pronunciado acerca da limitação dos efeitos da decisão aos subsídios de férias e Natal do ano seguinte ao ano em que a mesma foi tomada após ter decidido a questão propriamente jurisdicional, que se traduz, como referido, na decisão de inconstitucionalidade. E tal limitação é fundamentada em aspetos práticos relativos às condições exequibilidade da decisão, aspetos esses de natureza totalmente diversa do problema jurisdicional.

(*ST*, II-II, 48, co. e II-II, 49, 6, 7 e 8), que orientam a determinação do comando da ação adequada (trata-se da prudência relevante na parte comportamental, «*secundum quod est praecitativa*»: *ST*, II-II, 48, co.), as quais visam, precisamente, analisar aspetos como aqueles que são suscitados pela necessidade de ter em conta as consequências ou as condições da realização de certa ação.

Este é o tipo de problema próprio do âmbito da execução da sentença e não da pronúncia da mesma. Trata-se de uma questão de grande utilidade e que, apesar disso, está largamente por estudar, embora esta distinção entre o que interessa na pronúncia da sentença, ou seja, a jurisdição, a fase em que o direito «se diz» e a fase da execução da sentença fosse bem clara no direito romano²⁸⁴, no qual o «*imperium*» vem apenas após a «*jurisdictio*», o que não deixa de ser uma prova da sua relevância e adequação.²⁸⁵

A arte judiciária, o campo da «*jurisdictio*» não visa, portanto, a enunciação de qualquer norma de comportamento mas antes a descoberta de uma realidade, de uma realidade-ideal, a forma do justo particular *in casu*. Reside, aliás, nesta importante distinção a razão pela qual os AA que se pronunciaram acerca da relevância da prudência no direito apresentam uma visão da mesma que nos parece desadequada, uma vez que analisam a relevância da mesma numa perspetiva *simpliciter* incluindo, portanto, a fase de *praeceptum*²⁸⁶, ignorando, dessa forma, a especificidade das questões da jurisdição,

²⁸⁴ Nomeadamente no período clássico, já que «é unicamente a partir do período pós-clássico que se pode afirmar sem engano que o *imperium* se torna uma prescrição que o juiz não pode mais revogar.» (S. BAUZON, «Dire le Droit», p. 19, tradução nossa), sendo que, contrariamente, no período clássico «o pretor podia recusar as ações previstas no seu Édito ou, contrariamente, podia conceder novas ações» (MARIO TALAMANCA, *Instituzione di diritto romano, apud* Ibid., p. 19; tradução nossa).

²⁸⁵ Neste sentido e apontando como prova adicional do que se acabou de referir no texto a circunstância de a maioria das normas legalmente consagradas estarem escritas não no imperativo mas no indicativo e de enunciarem precisamente uma certa realidade equilibrada - caso paradigmático: na lei não se encontra a norma imperativa «não mararás», mas antes preceitos que descrevem uma realidade equilibrada numa situação em que alguém já matou (facto passado) outrem, tais como «o homicídio é [note-se o indicativo] punido com determinada pena», «o homicida paga uma indemnização aos herdeiros» - v. M. VILLEY, «De l'indicatif dans de droit», pp. 58-66; v., igualmente, M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p.205. No mesmo sentido S. BAUZON, «Dire le Droit», o qual atesta (p. 19) a distinção entre *imperium* e *jurisdictio* no período clássico do Império Romano.

²⁸⁶ Muitíssimo claro a este respeito é C.I. MASSINI CORREAS, *La Prudencia Jurídica*, p. 49, ao referir que «qualquer raciocínio que juízes, advogados ou sujeitos jurídicos levem a cabo com a finalidade de lograr uma determinação concreta do que seja o direito [o A parece desconsiderar as diferenças existentes entre a atividade de juízes, que visa a jurisdição, e a de outros profissionais jurídicos como os advogados, cuja atividade visa algo distinto da jurisdição: o aconselhamento jurídico e a representação em juízo (v., a este respeito, o que se referiu na n. 90)] alcança o seu auge com o imperativo que move espiritualmente ao próprio sujeito ou aos outros a dar a cada um o seu direito. Sem esta moção imperativa que inclina a vontade ao cumprimento da conduta justa, o raciocínio prudencial ficaria incompleto [o A ignora, portanto, a possibilidade de uma prudência «verdadeira» mas «imperfeita», referida no texto], tornando-se incapaz de determinar positivamente a atuação humana concreta em matéria jurídica» (tradução nossa). Menos claros mas aparentemente partilhando a mesma visão: M. URIBE BLANCO, *Interpretación Prudencial*, p. 48 e J.M. MARTÍNEZ DORAL, *La Estructura del Conocimiento Juridico*, pp. 68 e 106-7. Neste panorama apenas encontramos como divergente a posição de F. GENTILE, «Prudentia Iuris», ponto ponto E, dado que este A,

concretamente a distinção das mesmas relativamente às relativas à execução, e a existência de um entendimento tomístico da prudência como prudência «verdadeira» mas «imperfeita», cujo exercício não inclui a referida última fase e se revela, precisamente, adequada para as formas de arte que visam o conhecimento de alguma realidade.

Sendo a arte judiciária uma arte que visa o conhecimento de certo aspeto - a qualidade de justo ou equilibrado - de certa parte da realidade factual dotada de grande abrangência e variedade de situações concretas - as operações e distribuição e comutação - e sendo essa realidade, conforme se justificou no ponto 3.5.1, uma realidade ordenada e dinâmica (com a inerente dificuldade *ex parte rerum*), cuja dificuldade em conhecer é agravada pela incapacidade humana em conhecer imediatamente a forma que os universais assumem nos particulares (dificuldade *ex parte nostra*), não é difícil concluir que está em causa uma arte de meios incertos: aquilo que configura o equilíbrio distributivo ou comutativo é algo mutável de caso para caso, sendo, por isso, necessário um ato de análise das contingências de cada caso à luz da ideia geral, do universal, «justo particular». Trata-se, portanto, de uma realidade totalmente distinta daquela em que é possível um conhecimento seguro e que se limita à análise de relações causa-efeito entre os fenómenos, sendo que também não está em causa uma realidade da qual apenas se possam avançar hipóteses ou conjeturas pois, como melhor se verá aquando da descrição do método da arte judiciária, o reconhecimento de regularidades nessa realidade bem como a análise adequada dos contornos do caso permitem uma conclusão de razoável veracidade, um conhecimento «probabilístico».

Como tal, a dialética é o método adequado à arte judiciária e é, portanto, necessário, no exercício desse método, realizar um ato de conhecimento, de análise da realidade que necessita de ser orientado pela virtude da prudência, na sua aceção referida de prudência imperfeita. É assim adequada à arte judiciária o método dialético-prudencial, que se abordará ao longo do ponto 4.4.

4.3. Dialética ou tópica? Um esclarecimento (meta)terminológico

Antes de, propriamente, começar a análise do método dialético-prudencial, é importante esclarecer um aspeto aparentemente de cariz terminológico mas que, na

subscrevendo a posição de VILLEY, reconhece a necessidade de primeiro dizer o direito, tarefa própria do jurista, sendo que apenas posteriormente se poderá proceder à fase executiva: «não se pode dar a cada um o seu [o que lhe é justamente devido] sem saber o que seja o seu de cada um» (tradução nossa).

realidade, assume uma relevância que ultrapassa esse âmbito, tornando-se útil para o esclarecimento das posições de alguns AA que defendem uma visão da metodologia jurídica aparentemente próxima do método dialético. Trata-se dos AA que defendem a chamada metodologia tópica para método judiciário, entre os quais sobressaem, pelo seu cariz inaugural e influência relativos a esta perspectiva na discussão jusmetodológica contemporânea, THEODOR VIEHWEG²⁸⁷, pai da tópica jurídica (sendo de notar, sem pôr em causa tal paternidade, as semelhanças que a doutrina por si proposta apresenta com outra obra também originariamente publicada em 1951, de EDWARD LEVI²⁸⁸), CHAÏM PERELMAN²⁸⁹, JOSEF ESSER²⁹⁰, FRANZ WIEACKER²⁹¹, RECASÉNS SICHES²⁹² e PUY MUÑOZ²⁹³.

Para analisar as suas posições a primeira tarefa adequada seria definir a metodologia tópica. No entanto, como se verá, as críticas dirigidas à mesma incidem precisamente sobre o carácter indefinido ou pouco preciso com que os seus defensores se referem à mesma. Adiantando desde já que, embora existam elementos da dita tópica que se subscrevem e que integram o método dialético-prudencial, se secunda a ideia genérica de indefinição fundamentadora de tais críticas - sendo que procuraremos identificar a origem de tal indefinição -, coloca-se, no imediato, o problema de apresentar, numa abordagem inicial, um panorama da chamada tópica jurídica. Tendo noção de tal óbice, não se crê, todavia, estar a cometer um erro ao identificar a tópica jurídica como a metodologia jurisdicional baseada na análise de casos por diversos pontos de vista, que se designam por tópicos, e que, por constituírem perspectivas de análise que se consideram verdadeiras, podendo apenas discutir-se a sua aplicabilidade ao caso dado que é possível encontrar perspectivas diversas sobre o mesmo caso que desembocam em soluções contrárias (algo conforme à estrutura controversial de qualquer disputa judicial), permitem encontrar uma solução razoável, adequada ao mesmo. Assim é pela circunstância de a realidade ser variável - «quando se produzem mudanças das situações e em casos particulares, é

²⁸⁷ T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, em especial as pp. 31-64.

²⁸⁸ E. LEVI, *Introducción al razonamiento jurídico*. V., nesse sentido, a p. 137 da obra citada, na qual o tradutor, GENARO CARRIÓ, constata tal semelhança. No mesmo sentido M. ATIENZA, *As Razões do Direito*, pp. 38-9. O próprio VIEHWEG cita, abonatoriamente, LEVI: T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, p. 70.

²⁸⁹ C. PERELMAN, *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, pp. 119-131.

²⁹⁰ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, pp. 149-157.

²⁹¹ F. WIEACKER, *História do Direito*, pp. 689-91 (em especial a n. 48).

²⁹² L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, pp. 660-665. Sobre a «vinculação ao legado» (tradução nossa) da tópica jurídica de RECASÉNS SICHES v. B. CASTRO CID, «La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches», p. 230.

²⁹³ F. PUY MUÑOZ, «Mi Metodología Tópica», pp. 991-1007, OTERO PARGA E F. PUY MUÑOZ, *Jurisprudencia Dialéctica*, pp. 183-200.

necessário encontrar novos dados para procurar resolver os problemas» (tradução nossa)²⁹⁴ - e, como tal, insuscetível de ser adequadamente captada apenas por um ponto de vista (axioma) do qual, pelo seu absoluto grau de certeza quanto à capacidade de enfocar a característica relevante do caso, seria possível derivar dedutivamente a solução. Esta última abordagem corresponde à visão do direito enquanto sistema, à qual se opõe a tópica, que dá primazia à análise do caso, do concreto problema jurisdicional que este convoca, sendo a tópica uma metodologia expressamente identificada pelos seus defensores como sendo de cariz «problemático», por oposição às metodologias de cariz «sistemático», contraposição esta em que VIEHWEG muito insiste²⁹⁵ (no seguimento da doutrina de HARTMANN). Tópicos podem ser, portanto, realidades muito diversas, como leis, máximas de justiça, regras de experiência, decisões jurisprudenciais ou mesmo quaisquer lugares-comuns relevantes para a decisão jurisdicional, tais como «ninguém é obrigado ao impossível» ou «deve utilizar-se os meios menos danosos».²⁹⁶

A chamada tópica foi alvo de críticas, dirigidas sobretudo, embora não apenas, à falta de clareza que a caracteriza, a qual inviabiliza a sua operacionalidade enquanto método judiciário. Eis as palavras de alguns dos AA que apontaram tais críticas:

- LARENZ: «Mas o que é que entende VIEHWEG por «tópica»? Na linha de Aristóteles e dos retores, sobretudo de CÍCERO, define-a como «um processo especial de tratamento de problemas», que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes – os «tópicos», precisamente. (...) Ora, acrescenta VIEHWEG, não existem apenas «os tópicos universalmente aplicáveis de que tratam ARISTÓTELES, CÍCERO e os seus seguidores, mas também outros que estão comprovados para uma determinada disciplina». *Tópicos jurídicos* serão pois argumentos utilizados na solução de problemas jurídicos, e que podem contar neste domínio com a concordância geral, o «*consensus omnium*». Poderão surgir de novo sob uma forma muito diversa. No direito civil romano assumiam a forma de decisões de casos (...) No direito civil moderno, introduziu JEHRING, com a categoria de «interesse», um «tópico» que «não cessou de ganhar

²⁹⁴ T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, p. 56.

²⁹⁵ *Ibid.*, pp. 50-3.

²⁹⁶ Estes exemplos foram colhidos em C. PERELMAN, *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, pp. 120-9, onde também podem ser encontrados exemplos dos restantes tipos de tópicos referidos no texto, sendo que o catálogo de tópicos aí referido por PERELMAN é uma amostra, bastante significativa, do catálogo de 64 tópicos reunido por GERHARD STRUCK, na sua obra *Topische Jurisprudenz*.

importância» (...) Como tópicos jurídicos qualifica também VIEHWEG conceitos como «declaração de vontade», «parte essencial», bem como os princípios jurídicos materiais, razões justificativas de regimes legais positivos, como a «tutela da boa-fé» e as causas de imputação de danos. Como se trata manifestamente de coisas diversas, não se consegue depreender com exactidão o que é que VIEHWEG entende por tópico jurídico. Aparentemente, considera como «tópico» *toda e qualquer* ideia ou ponto de vista que possa desempenhar algum papel nas análises jurídicas, sejam estas de que espécie forem. Perante a possibilidade de empregos tão variados, não é de surpreender que cada um dos autores que usam o termo «tópico», hoje caído em moda, lhe associe uma representação pessoal, o que tem de ser levado em conta na apreciação das opiniões expendidas. (...) Mesmo quando se argumenta de modo muito próximo a um argumentar «topicamente», no sentido de que determinados «tópicos» são utilizados na discussão, postos à prova, seja no sentido da sua rejeição ou do seu acolhimento, a obrigação de fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu lugar respetivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística. Por meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de «tópicos» não se alcança tal resultado.»²⁹⁷;

- ALEXY: «pode significar [a tópica] três coisas diferentes: 1) uma técnica de busca de premissas [pontos de vista] para um argumento; 2) uma teoria sobre a natureza das premissas; 3) uma teoria sobre a aplicação dessas premissas na justificação de argumentos jurídicos. Como uma técnica de busca de premissas, a teoria dos tópicos defende a consideração de qualquer ponto de vista possível relacionado com a questão em análise. É aqui que é suposto os catálogos de “topoi” se tornarem úteis. (...) Entre estes pode encontrar-se elementos tão discordante como: “Lex posterior derogat legi priori”, “não se pode exigir o que for irrazoável”, e “propósito”. Até o valor heurístico destas compilações deve levantar dúvidas. (...) A teoria dos tópicos enquanto teoria da natureza das premissas reveste maior interesse. Segundo esta teoria, sempre que uma argumentação se origina de um *topos* como ponto de partida,

²⁹⁷ K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 202-4.

as proposições iniciais (...) [são proposições] plausíveis, razoáveis, geralmente aceitas ou prováveis. Há uma certa verdade nisto, mas está sujeita a mal-entendidos e é generalizada demais e parcialmente falsa. É generalizada demais porque não diferencia suficientemente entre as várias premissas necessárias para o processo de justificação jurídica das decisões. A afirmação de Struck: “a lei é um *topos* entre outros, mas um *topos* extremamente importante” não faz justiça ao papel apresentado pelas normas legais promulgadas no discurso jurídico. Além dessa fraqueza, existe também a incapacidade de a teoria tópica fazer justiça ao caráter autoritário da argumentação jurídica tanto no contexto da dogmática jurídica institucionalizada, como no contexto da jurisprudência. Uma teoria adequada de argumentação jurídica, entretanto, deve conter uma teoria tanto do estatuto da dogmática jurídica como uma avaliação adequada dos precedentes. (...). Finalmente, é também problemática a teoria tópica enquanto uma teoria relativa à aplicação das premissas na justificação de decisões individuais. O aspecto essencial que é, neste ponto, defendido pela tópica é a exigência de se considerar todas as perspectivas. Mas isso nada diz sobre a questão de qual perspectiva é decisiva, nem tampouco revela o que deve considerar, de antemão, como um ponto de vista. A esse respeito, a observação de Viehweg de que “a discussão permanece aparentemente o único fórum de controle”, é vagamente verdadeira. Mas o que significa um fórum de controle? Deve todo o consenso efetivamente obtido ser considerado como uma garantia da correção do objeto do consenso? Não pode ser este o caso, nem que seja pela circunstância de a subsequente discussão poder revelar defeitos inerentes a um consenso anterior. Seria ao menos necessário exigir que em tal discussão certas regras fossem seguidas, as quais confeririam racionalidade à discussão. Struck menciona várias dessas regras. No entanto, essas regras são, desde logo, inadequadas porque não contêm nada sobre o papel da lei, da dogmática e do precedente.»²⁹⁸ (tradução nossa);

- CANARIS: «através da identificação de Viehweg da tópica como o pensamento aporético não resultou de modo algum uma definição satisfatória da tópica. Pelo contrário: ela é, na mais alta medida, falaciosa, pois a forma de pensar

²⁹⁸ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 21-4.

em Ciência, sem objeções consideradas não-tópicas, é também “aporética” no sentido de Hartmann, porque a recusa de problemas não suscetíveis de ordenação no sistema (até então existente) deve ser considerada, em *qualquer* disciplina, como pecado contra o espírito da Ciência (...) A “orientação pelo problema” não é pois, de modo patente, o decisivo; para além disso, ela não poderia traduzir em termos teórico-científicos, nenhum critério de decisão utilizável. (...) *endoxa* são, designadamente, segundo Aristóteles, as proposições “que parecem verdadeiras a todos, à maioria ou aos sábios e, de entre os sábios, seja à maioria ou seja aos mais conhecedores e conceituados (Top. I.1.5.3.). A isso corresponde o que os partidários da tópica, em regra, consideram como critério decisivo para o acerto de uma solução de um problema: o “sensus communis” ou o “common sense” e que o Viehweg chama “a discussão, única instância de controlo”. Aspira-se, com isso, a verdadeiras indicações porque não se trata de “meras opiniões ao acaso” mas antes de proposições que têm de prestar provas perante o forum de “todos” ou dos “melhores e mais conceituados” ou que poderiam tê-lo feito. (...) É evidente que não está aqui em causa a busca da verdade mas antes do “sucesso retórico” puramente exterior, portanto do triunfo não poucas vezes bastante fácil sobre o parceiro na discussão ou, ainda, apenas do “aplausos da multidão”. (...) *a tópica desconhece, no fundamental, a essência da Ciência do Direito*. Pois não se determina qual seja o direito vigente ou qual o ponto de vista vinculativo, em regra, através do “common sense” ou da “opinião de todos ou da maioria ou dos mais sábios”, mas antes através do direito objetivo.»²⁹⁹;

- GARCIA AMADO: «Resumindo, vimos que dos tópicos se disse que são pontos de vista diretivos, pontos de vista referidos ao caso, regras diretivas, lugares-comuns, argumentos materiais, enunciados empíricos, conceitos, meios de persuasão, critérios que gozam de consenso, fórmulas heurísticas, instruções para a invenção, formas argumentativas etc. E como tópicos citam-se adágios, conceitos, recursos metodológicos, princípios de Direito, valores, regras da razão prática, standards, critérios de justiça, normas legais etc.»³⁰⁰; «a crítica

²⁹⁹ C.-W. CANARIS, *Pensamento Sistemático*, pp. 247-8, 250, 252-4 e 260.

³⁰⁰ J.A. GARCIA AMADO, *Teorias de la Topica Juridica*, p. 135, tradução colhida em M. ATIENZA, *As Razões do Direito*, p. 48.

mais frequente [dirigida à tópica] consiste em assinalar que uma das principais insuficiências metodológicas da doutrina tópica radicaria no facto de que a tópica propõe ou baseia-se numa coletânea de tópicos, mas não se diz como, entre eles, se decide em cada caso, [não se diz] por qual se haverá de optar em cada decisão»³⁰¹ (tradução nossa);

- ATIENZA: «praticamente todas as noções básicas da tópica são extremamente imprecisas e, inclusive, equivocadas. (...) na obra de Viehweg e na de seus seguidores [*maxime* GERHARD STRUCK], pode-se entender pelo menos três conceitos diferentes [seguindo-se os aludidos 3 sentidos da tópica enumerados por ALEXY]»³⁰².

Note-se que estas críticas relativas à falta de clareza da tópica, concretamente incidentes tanto na indefinição do conceito de tópico como na conseqüente incapacidade de tal teoria fornecer um critério decisório claro, não se limitam ao âmbito jurídico. O mesmo tipo de crítica pode ser encontrado em AA que se dedicaram ao estudo da obra *Tópicos* de ARISTÓTELES e da obra *De Inventione* de CÍCERO, nas quais se pode encontrar as origens históricas desta doutrina. De entre as mais recentes (é de destacar a circunstância de os *Tópicos* de ARISTÓTELES praticamente não ter sido alvo de estudos aprofundados até há poucos anos a esta parte) e significativas estão os estudos de PAUL SLOMKOWSKI, *Aristotle's Topics*, e de SARA RUBINELLI, *Ars Topica*, obras onde se pode encontrar várias referências à obscuridade desta matéria³⁰³, para a qual muito contribuiu a circunstância de a obra fundadora de ARISTÓTELES não apresentar qualquer definição do conceito central da mesma, o conceito de tópico, parecendo ser algo que ARISTÓTELES dá por adquirido.

Perante este panorama, como encarar a doutrina da tópica jurídica? Parece-nos que tanto a perspectiva dos seus proponentes como a dos seus críticos partilha o óbice de não partirem de uma noção, tão clara quanto possível, da função dos tópicos, por um lado, em ARISTÓTELES e, por outro, em CÍCERO. Distinguir a forma como estes dois AA abordam esta matéria é, aliás, o primeiro passo clarificar esta matéria.

Assim, começando pela perspectiva aristotélica e seguindo de perto a posição de RUBINELLI, cujos estudos sobre a tópica são dos mais recentes e convocam todos os mais

³⁰¹ J.A. GARCIA AMADO, *Teorias de la Topica Juridica*, p. 137.

³⁰² M. ATIENZA, *As Razões do Direito*, p. 47.

³⁰³ V. S. RUBINELLI, *Ars Topica*, pp. 12-3 e P. SLOMKOWSKI, *Aristotle's Topics*, pp. 1-3.

relevantes anteriores estudos relevantes sobre esta doutrina, tópicos são «esquemas argumentativos de aplicabilidade universal»³⁰⁴ (tradução nossa), os quais traduzem as formas mais genéricas e abrangentes segundo as quais a realidade está configurada, constituindo uma enunciação dos vários modos pelos quais se pode manifestar a predicação de um sujeito, um particular, por um predicado, um universal, de tal maneira que tais formas podem funcionar como um modo de controlar a conformidade da argumentação com a realidade, fornecendo as pautas formais da boa argumentação. Assim, seguindo o elenco proposto por ARISTÓTELES, exemplos de tópicos são: a igualdade, a semelhança e a diferença (Top. 114b), os opostos (Top. 113a), ou o maior e o menor grau. Usando o último destes tópicos, pode estabelecer-se que no «caso de o mesmo atributo ser predicado de dois sujeitos: se o predicado que pareceria mais provável ser próprio de um deles não o é, também o não é o menos provável; se o predicado que pareceria menos aplicável a um sujeito afinal se lhe aplica, então também se lhe aplicará o mais provável.» (Top. 115a).

Como se pode ver por este exemplo, os tópicos de Aristóteles apenas apresentam este papel de controlo de conformidade com a realidade, não passam de enunciações da forma argumentativa conforme com as estruturas básicas da realidade. Neles não é, portanto, possível encontrar uma fonte de matéria ou conteúdo argumentativo, sendo antes no pressuposto de que já se domina tal conteúdo, de que já se detém um conhecimento relevante sobre o tipo de problema em causa³⁰⁵ com base no qual se procede para a argumentação que, posteriormente, se poderá, recorrer aos tópicos como instrumentos da referida forma de controlo, a qual pode, posteriormente (e apenas posteriormente), funcionar como uma forma indireta de escolha argumentativa, de obtenção de argumentos verdadeiros.

Passando agora para a abordagem ciceroniana dos tópicos, o primeiro aspeto a referir é que se trata de uma abordagem completamente distinta da aristotélica³⁰⁶. Se os tópicos de ARISTÓTELES apenas incidem sobre o aspeto formal da argumentação, os de CÍCERO, embora assumam vários significados distintos no *De Inventione*³⁰⁷, incidem especialmente sobre o próprio conteúdo da argumentação, permitindo a descoberta de argumentos. Trata-se dos *loci* de CÍCERO, que correspondem verdadeiramente à noção

³⁰⁴ S. RUBINELLI, *Ars Topica*, p. 14.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 32.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 101.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 101-6.

mais difundida de tópicos, ou seja, constituem os lugares-comuns (*in casu*, lugares-comuns relevantes para a atividade jurisdicional), os tipos de argumentos «prontos a usar», a que CÍCERO dá um especial destaque na referida obra. Os *loci communis* correspondem a argumentos de validade genericamente aceite, a verdades comumente reconhecidas como sendo adequadas à realidade e que, portanto, apresentam a característica distintiva de serem aplicáveis aos casos do mesmo tipo, dada a sua generalidade (*De Inventione* livro II, §§ 47-8). Como exemplos deste tipo de tópicos CÍCERO apresenta, na mesma obra, os seguintes: quem mata o pai ou a mãe merece um castigo extremo e às suspeitas tanto se pode dar crédito como duvidar das mesmas. Deve referir-se, contudo, que noutras obras suas (*De Oratore* e *Topica*), CÍCERO apresenta catálogos de tópicos de maior abrangência, aparentemente mais próximos dos tópicos aristotélicos, de que são exemplos os seguintes: *definitio, ex similitudine, ex contrario, ex consequentibus, ex maiore, ex minore* ou *ex pari*³⁰⁸.

Apesar desta aparente proximidade, este tipo de tópicos, não sendo lugares-comuns jurídicos no sentido de argumentos «prontos a usar», pontos de vista adequados para defender certa posição no âmbito jurisdicional, são, ainda assim, instrumentos que visam, pela sua aplicação ao caso, a determinação de tais lugares-comuns, de argumentos aplicáveis ao caso para a defesa de alguma posição quanto à questão a decidir pelo órgão jurisdicional. Assim se justifica a conhecida afirmação de CÍCERO, de que estes seus *loci* de maior abrangência seriam «a morada de todos os argumentos», *sedes et quasi domicilia omnium argumentorum* (*De Oratore* livro II, § 162).³⁰⁹ A tópica de CÍCERO é, portanto e contrariamente aos tópicos de ARISTÓTELES, uma *ars inveniendi* (*Topica* livro único, §§ 5 e ss.), dirigida à descoberta de argumentos que podem ser diretamente aplicáveis ao caso.

Esta distinção entre os tópicos aristotélicos e a tópica ciceroniana é relevante porque permite compreender um erro que os AA da tópica jurídica, concretamente VIEHWEG e PERELMANN, cometem na sua análise, erro esse que, por um lado, contribui para a dificuldade de compreender a definição e a função dos tópicos nesses AA e, por outro, permite que se compreenda a razão daquela que é, cremos, a crítica mais certa à metodologia tópica: a incapacidade de dela resultar um critério decisório claro.

³⁰⁸ Este elenco foi colhido (construindo apenas uma pequena parte) em *Ibid.*, p. 118, onde a A realiza uma compilação dos tipos de tópicos enunciados em *De Oratore*. Além disso, RUBINELLI conclui que se trata essencialmente do mesmo elenco que pode ser encontrado na *Topica* (*Ibid.*, p. 121).

³⁰⁹ Para maiores desenvolvimentos v. S. RUBINELLI, *Ars Topica*, p. 116.

De facto, aqueles AA não se dão conta da diferença entre as duas concepções de tópico, apresentando ambas como correspondendo à concepção ciceroniana, ou seja, não se dão conta da especificidade dos tópicos aristotélicos e apresentam «toda» a chamada metodologia tópica como correspondendo ao método que consiste na consideração de lugares-comuns, de pontos de vista considerados verdadeiros e adequados para a análise do caso concreto, sendo tais tópicos tanto os lugares-comuns prontos a usar como os tópicos de maior abrangência mas que permitem a descoberta, a *inveniendi* de argumentos ou motivos para decidir o caso concreto num ou noutro sentido.³¹⁰ Eis as esclarecedoras palavras de SEGURADO E CAMPOS nesse sentido: «os τόποι de Viehweg têm mais a ver com a interpretação de Cícero do que com a visão de Aristóteles: os seus «tópicos» são, antes de mais, uma colecção de pontos de vista, que se pretende sejam «pontos de vista jurídicos», como são, por exemplo, os tópicos «*declaração da vontade*», ou «*parte integrante essencial*», e tanto outros.»³¹¹; «os juristas que sobre essa «tópica» se pronunciaram [o A refere-se a VIEHWEG e a PUY MUÑOZ, mas a sua afirmação pode perfeitamente estender-se aos outros AA proponentes da tópica jurídica, acima identificados] parecem não ter dado conta de que falam de duas coisas como se se tratasse de apenas uma. Na realidade, como cremos ter deixado suficientemente claro, uma coisa são os τόποι aristotélicos, entidade pertencente à lógica da predicação, e outra coisa bem diferente os κοινοί τόποι da retórica, sobretudo com a estruturação e a função que, agora metamorfoseados em *loci communes*, lhes foram dadas por Cícero: o *locus communis* é uma ideia geral, um pensamento susceptível de cristalizar sob a forma de máxima, uma tese, que pode ser de ordem jurídica, ou de ordem ética, ou política, etc., numa palavra, trata-se de um «tópico», de um «motivo» com estatuto similar ao que encontramos na oratória ou, de um modo muito geral, na literatura.»³¹².

Ter consciência da existência de duas diferentes concepções dos tópicos é fundamental para que se possa começar a analisar devidamente a chamada metodologia tópica. De facto, em nenhuma das duas concepções cremos ser possível encontrar a base de uma verdadeira e completa metodologia jurídica, embora por razões diferentes.

³¹⁰ Exemplos dos primeiros: *secundum natura est, commoda cuiusque rei eum sequi quem sequentur incommoda, nemo plus iuris ad alium transfere potest quem ipse haberet* (T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, pp. 77-8); exemplos dos segundos: *a simili, a contrario, a maiore ad minus* (Ibid., p. 59). Um elenco bastante completo de tópicos do primeiro tipo pode ser encontrado no catálogo de STRUCK de que PERELMAN nos dá conta (cfr. n. 296).

³¹¹ ARISTÓTELES, *Aristóteles - Obras Completas - Tópicos*, p. 201.

³¹² Ibid., pp. 207-8.

Na conceção aristotélica de tópicos a razão de tal insuficiência decorre claramente do que sobre ela se expôs: dado que a mesma «apenas» consiste numa forma de controlo da conformidade dos argumentos utilizados relativamente às formas genéricas pelas quais qualquer predicação se consubstancia na realidade, pois qualquer argumento ou motivo para decidir em certo sentido envolve a afirmação de uma predicação, ou seja, da atribuição de certa característica ou qualidade a algo, nela não é, pela sua própria natureza, possível encontrar um método que vise encontrar uma decisão, mas apenas um método de controlo da decisão já encontrada. Novamente, as palavras de SEGURADO E CAMPOS a este respeito são esclarecedoras: «os «lugares» [o A refere-se aos tópicos de ARISTÓTELES] servem fundamentalmente para *detectar* e, na medida do possível, *eliminar todo e qualquer erro de categorização*»³¹³ (destaque presente no texto originário).

Já a compreensão da razão pela qual na conceção ciceroniana dos tópicos não se pode encontrar uma metodologia jurídica (pelo menos uma metodologia jurídica completa, como se verá) é mais complexa, embora também mais importante para a compreensão da doutrina da tópica jurídica dado que, conforme se referiu, os seus proponentes seguem essencialmente (ainda que sem consciência de tal facto) esta conceção. Tal complexidade resulta da circunstância de os tópicos enquanto lugares-comuns, seja na vertente «prontos a usar», a aplicar ao caso, seja na vertente de tópicos mais abrangentes, geradores de outras perspetivas ou motivos esses já diretamente aplicáveis ao caso, apresentarem um papel relevante na metodologia jurídica, sendo que se trata de um papel importante mas auxiliar e insuficiente para, só por si, formar a base de uma metodologia jurídica.

A razão de tal insuficiência reside, precisamente, naquela que julgamos ser a crítica mais justificada à metodologia tópica e que consiste na falta de um elemento unificador que oriente a procura e a «utilização» dos tópicos e cuja orientação permita fornecer um critério de decisão de cada caso. Na falta de tal elemento unificador não haverá qualquer finalidade definida que oriente a procura por tópicos, por perspetivas de análise do caso, pelo que estas, embora possam fornecer argumentos ou motivos supostamente adequados ao caso, ou seja, alegadamente idóneos para justificar decidir num ou noutro sentido, não poderão, só por si, fornecer tal justificação. Por duas razões: primeiro porque inexistindo tal elemento unificador falta a definição do objetivo, da finalidade que se deve visar com os tópicos, com os pontos de vista sobre o caso; faltando essa finalidade definida de forma

³¹³ Ibid., p. 140.

clara, as referências dos proponentes da tópica jurídica a alguma forma de orientar a escolha e a utilização dos tópicos – de que é exemplo prototípico a referência de VIEHWEG à discussão enquanto única instância de controlo, que acima se indicou na citação da passagem crítica de CANARIS – serão tentativas fracassadas. Depois, porque tal falta de orientação finalística acarreta também a incapacidade de saber como decidir perante dois ou mais tópicos que apontem para decisões em sentidos contrários, incapacidade essa que se apresenta como sendo especialmente grave dado tal situação ser conatural ao cariz controversial do debate jurisdicional e, conseqüentemente, à própria natureza da metodologia jurídica, que lida com problemas naturalmente controversos.³¹⁴

O óbice de fundo da tópica jurídica é, portanto, a falta de um critério decisório claro que oriente a procura dos tópicos e possa permitir o discernimento entre os mesmos de modo a que, assim, se possa encontrar e justificar a decisão. Ora, se na concepção ciceroniana dos tópicos tal óbice nos parece inultrapassável, um olhar atento à obra de ARISTÓTELES pode revelar uma solução.

A referida função de controlo dos argumentos atribuída aos tópicos aristotélicos é reveladora, no fundo, da circunstância de que tais tópicos apresentam, na sua obra, uma função auxiliar. Auxiliar relativamente a quê? Auxiliar relativamente a um efetivo método de obtenção de conhecimento, distinto, portanto, dos tópicos ou da sua utilização. O próprio ARISTÓTELES, ainda que não de forma muito clara, o refere, mesmo no início da obra *Tópicos*: «O objectivo desta exposição [dos tópicos aristotélicos] é encontrar um método [esta expressão não se refere um método de obtenção de conhecimento mas um método de controlo dos argumentos, no sentido referido e tal como se esclarece no fim desta passagem] que permita raciocinar [entenda-se: que permita racionar corretamente, conforme se esclarece logo de seguida], sobre todo e qualquer problema proposto, a partir de proposições geralmente aceites, e bem assim defender um argumento sem nada dizermos de contraditório. [eis a enunciação da função de controlo dos tópicos aristotélicos]» (Top. 100a). Está, portanto, em causa um «método» de controlo «de qualquer problema proposto, a partir de proposições geralmente aceites». Ora qual é o método de obtenção de conhecimento que opera «a partir de proposições geralmente

³¹⁴ Pensamos ir precisamente nesse sentido a crítica que CASTANHEIRA NEVES aponta a um possível entendimento da tópica jurídica, consistente na falha de desconsiderar «o problema normativo, juridicamente normativo e a referir como tal a pressuposta validade jurídica fundamentante, da judicativo-decisória (não simplesmente significante) realização também normativa do direito» (A.C. NEVES, «Por um Outro Pensamento Jurídico.», p. 16).

aceites»? Trata-se, precisamente, do método dialético, que, conforme se abordou no ponto anterior, funciona a partir de *endoxa*, de proposições geralmente aceites.

De facto, conforme afirma SEGURADO E CAMPOS, «é para esses «dialéticos», para esses praticantes da arte do diálogo, que Aristóteles escreve os Tópicos»³¹⁵, dado que é precisamente no âmbito da dialética, da lógica dos raciocínios não absolutamente certos mas razoáveis e verosímeis que se coloca a questão de saber se certa predição (qualquer proposição sobre qualquer problema prático envolve a enunciação de uma predicação) é conforme com a realidade ou não, algo que os tópicos aristotélicos visam assegurar³¹⁶. É, portanto, por essa razão que podemos encontrar, no primeiro livro dos Tópicos (105b-109a), uma relativamente breve descrição do método dialético, método esse que, conforme referido no ponto anterior, se supõe ter sido alvo de maior desenvolvimento nas referidas obras perdidas de ARISTÓTELES. Nessa breve descrição é de destacar a enunciação dos quatro instrumentos do método dialético, que o Estagirita designa por *organa* (sendo estes, sublinhe-se, totalmente distintos dos tópicos aristotélicos), que se analisarão ao longo dos pontos seguintes.

Pode, portanto, formular-se uma conclusão importante, que bem reflete a forma desadequada como os AA da tónica jurídica entenderam a abordagem aristotélica dos tópicos. Tais AA, ao pensarem erradamente poder encontrar em tal abordagem um método de aquisição de conhecimento sobre a realidade aplicável ao direito, designam a mesma por «tónica aristotélica» ou «tónica de Aristóteles»³¹⁷, apresentando-a através de um substantivo próprio, a «Tónica» de Aristóteles. Ora, em lugar algum da sua obra o Estagirita se referiu dessa forma à sua abordagem dos tópicos. A «tónica aristotélica» não existe, o que existe são os tópicos, com a função de controlo indicada. O método que aqueles AA, no fundo, procuram em ARISTÓTELES é a dialética³¹⁸, método esse cuja adequação à arte judiciária já se justificou.

³¹⁵ ARISTÓTELES, *Aristóteles - Obras Completas - Tópicos*, p. 87.

³¹⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 96-7.

³¹⁷ V., entre outros, T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, pp. 31-8, J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, p. 152, F. WIEACKER, *História do Direito*, p. 690.

³¹⁸ Aparentemente neste sentido v. C. SZYNWELSKI, «Tónica Jurídica - Solução ou Problema?», p. 72. A este respeito a posição de VILLEY é algo dúbia. Por um lado, não cai no erro dos AA da tónica jurídica e não usa a expressão «tónica» mas apenas a expressão «dialética»: M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, pp. 47-55 e M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 191-207; além disso, refere-se, muito acertadamente, parece-nos, aos tópicos aristotélicos como uma «peça auxiliar» (tradução nossa) no método dialético: M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 47. Por outro lado, na mesma passagem acabada de citar, refere-se aos *topoi* aristotélicos como sendo lugares-comuns, algo que, pelas razões referidas no texto, apenas pode ser atribuído à conceção ciceroniana dos tópicos.

A respeito da adequação da dialética, e não da tópica, enquanto método da arte judiciária (associado à orientação prudencial, conforme explicado no ponto anterior), é interessante notar que um aparente pormenor mencionado pelos AA da tópica jurídica aponta precisamente nesse sentido, o que, aliás, revela uma falha na análise dos mesmos.

De facto, conforme se verá melhor no próximo ponto, a dialética, quando aplicada a certa arte de meios incertos, tem em vista o conhecimento da realidade relevante nessa arte. No caso da arte judiciária essa realidade, em conformidade com tudo o que se tem vindo a referir, consiste nas operações distributivas e comutativas, procurando conhecer nelas quais os contornos do justo particular, distributivo e comutativo. Ora é precisamente pela fixação de tal finalidade da arte judiciária se consegue encontrar no método dialético, aplicado à tal forma de arte, um critério decisório, uma pauta de discernimento que permite a escolha das *endoxa* adequadas ao caso e orientar a análise do mesmo com base nelas, nas perspetivas sobre o caso que as *endoxa* fornecem (este processo, aplicado à arte judiciária, será desenvolvido nos próximos pontos). A ausência de tal critério decisório é, precisamente, a falha apontada à tópica ciceroniana, omissão essa que está na base das críticas à doutrina da tópica jurídica, a qual, como se referiu, segue a perspetiva de CÍCERO. As *endoxa* do método dialético e os lugares-comuns da tópica ciceroniana são, portanto, conceitos muito próximos³¹⁹, mas com a diferença fundamental de, no método dialético, estas considerações tidas por verdadeiras estarem inseridas num verdadeiro método de análise da realidade e que, portanto, encontra nessa realidade, concretamente no aspeto da realidade relevante cujo conhecimento se visa obter, o critério decisório que confere sentido ao uso das *endoxa*. No caso da arte judiciária, tal aspeto é o equilíbrio da operação em análise, o justo particular. Ora, os próprios AA da tópica jurídica afirmam expressamente a necessidade de o funcionamento da tópica assentar em determinada conceção da justiça do caso. Ei-los:

- VIEHWEG: «cada conceito particular associa-se através da questão da justiça a verdades de direito natural [o A refere-se a conceitos presentes na lei como «declaração», «parte integrante» ou «impossibilidade», que considera como tópicos (p. 137), referindo que o sentido dos mesmos não é fixo, variando consoante as necessidades do caso concreto, sendo que apresenta, sem desenvolver, a «justiça» e as «verdades de direito natural» como as pedras-de-toque relativas à adequação de tal variação]. Teremos de

³¹⁹ Nesse sentido se pronuncia SEGURADO E CAMPOS: ARISTÓTELES, *Aristóteles - Obras Completas - Tópicos*, p. 197.

deixar entre parênteses este aspeto, que não pertence estritamente ao nosso tema»³²⁰ (tradução nossa);

- PERELMAN: «A importância dos lugares específicos do direito, isto é, dos tópicos jurídicos, consiste em fornecer razões que permitem afastar soluções não equitativas ou desarrazoadas, na medida em que estas negligenciam as considerações que os lugares permitem sintetizar e integrar em uma visão global do direito como *ars aequi et boni*»; «se é verdade que, graças aos tópicos jurídicos o juiz dispõe de maior liberdade na interpretação dos textos legais, tornados mais flexíveis, essa liberdade, em vez de conduzir à arbitrariedade, aumenta os meios intelectuais de que o juiz dispõe na busca de uma solução razoável, aceitável e equitativa.»; «a grande vantagem dos tópicos jurídicos consiste no facto de que, em vez de opor dogmática e prática, eles permitem elaborar uma metodologia jurídica inspirada na prática e guiam os raciocínios jurídicos que, em vez de opor o direito à razão e à justiça, se empenham em conciliá-los.»³²¹;

- ESSER: «o argumentar com pontos de vista “razoáveis” é definido na mais recente [o A escreve em 1972] doutrina do método alemã como pensamento jurídico “tópico”. (...) o estilo de argumentação que renuncia a pontos de vista dogmatizados da lógica (sistemática) em favor de motivações finalísticas plausíveis é racional e (...) inclusivamente representa a forma clássica de um controlo racional da justeza, ou seja, o teste da capacidade de consenso por meio de uma intervenção sobre a “razoabilidade” ou sobre a “insustentabilidade” de horizontes de expectativas e da solução dogmática»³²² (tradução nossa); «o método jurídico é certamente orientado para “atuar, e não rejeitar, segundo as ideias de justiça prevalecentes na comunidade jurídica”. É precisamente por isto que [o referido método] deve indicar os modos pelos quais o direito positivo se realiza como direito e não como direito “pervertido”»³²³ (tradução nossa);

Apesar destas referências, estes AA não desenvolvem tal questão, nomeadamente não referem o que entendem por «justiça», «direito natural», «solução razoável, aceitável e equitativa» ou «controlo racional de justeza»³²⁴. De facto, o que estes AA não se dão conta é da circunstância que, materialmente falando, procuram defender o método

³²⁰ T. VIEHWEG, *Topica y Jurisprudencia*, p. 136.

³²¹ C. PERELMAN, *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, pp. 120, 130 e 131, respetivamente.

³²² J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, p. 150.

³²³ *Ibid.*, p. 159.

³²⁴ Tal resulta diretamente das próprias citações, no caso de VIEHWEG. Mas o mesmo é verdade para PERELMAN: *v.*, a este respeito, M. ATIENZA, *As Razões do Direito*, pp. 86-7; bem como para ESSER que, na obra citada, não densifica o que entende pelos termos citados no texto. Mais claramente ainda é o artigo de J. ESSER, «Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico», onde o A, apesar de se referir várias vezes ao «direito natural», nunca clarifica o que entende por tal conceito.

dialético, sendo que essa ausência na sua análise é-lhes fatal, sujeitando-os às críticas acima indicadas.

Por tudo isto, e apesar da proximidade das concepções tópica e dialética, entendemos não só que a distinção é possível³²⁵, nos termos indicados, como também que a única possibilidade de encontrar um método adequado para a arte judiciária reside na dialética.

4.4. Análise do método dialético-prudencial

Defendida a adequação do método dialético-prudencial à arte judiciária, procurar-se-á agora descrever o funcionamento deste método, não absolutamente considerado, mas antes na ótica da sua aplicação a tal arte. Esta descrição não tem por objetivo realizar uma análise aprofundada do mesmo – matéria mais do que suficiente para uma dissertação autónoma –, antes envolve uma descrição genérica que visa, por um lado, defender a sua aplicabilidade e, por outro, e essencialmente, revelar a sua adequação à arte judiciária, ou seja, manifestar o método dialético-prudencial como o método próprio da determinação do «direito», enquanto conhecimento jurídico, aplicável *in casu*.

Comece-se por ilustrar, para melhor o demonstrar, a conclusão, enunciada no ponto 4.2: o método adequado à arte judiciária, o método dialético-prudencial, é um método de análise da realidade, concretamente da realidade relevante para este tipo de arte, as operações de distribuição ou comutação. Recupere-se alguns exemplos, anteriormente abordados.

Pense-se no exemplo avançado no ponto 3.4.3.2 a respeito da igualdade (distributiva) no que toca à tributação dos juros destinados apenas a cobrir a desvalorização da moeda entre o momento da ocorrência do dano e o momento em que a respetiva indemnização é paga. Neste caso, para identificar o contorno ou característica que indica a desigualdade é necessário, primeiramente, ter em conta a consideração, já abordada, de os juros em causa apresentarem natureza indemnizatória, não estando, por isso, em causa juros que constituam um rendimento do respetivo beneficiário. Ora, não estando em causa um rendimento, a sua tributação geraria uma desigualdade distributiva entre quem receba tais juros e quem os não receba, estando os primeiros a ser sujeitos a uma maior carga fiscal

³²⁵ Em sentido diverso, concretamente apontando, aparentemente, no sentido da grande semelhança dos termos de tal modo que uma distinção clara não é viável v. P.F. DA CUNHA, *Filosofia do Direito*, pp. 561-577.

do que os segundos, não existindo, naturalmente, qualquer justificação no que toca à maior preponderância dos primeiros no conjunto dos contribuintes segundo o critério distributivo adotado no imposto em causa (maior rendimento, maior imposto). Aquele aspeto do caso, ao revelar a desigualdade, permite então, portanto, encontrar «o direito implícito no facto», determinar o justo particular *in casu*.

Recorde-se um último exemplo, avançado no ponto 3.5.2, relativo ao caso do requerente da tarifa social da eletricidade cuja atribuição lhe foi negada por não respeitar o máximo legalmente previsto para a potência contratada do contador, sendo que tal apenas ocorria devido à necessidade do requerente, que se deslocava em cadeira de rodas, fazer funcionar uma máquina elevatória elétrica para poder entrar e sair de casa. Mais uma vez, os contornos do caso revelam – ou, neste caso, melhor seria dizer que «bradam» – a desigualdade distributiva do mesmo: se o critério de fundo para a distribuição da tarifa social, aquele que justifica o estabelecido na lei (tanto no que toca ao teto de rendimentos como de potência contratada), é a sua atribuição a quem apresenta maior carência económica, sendo esse o critério para avaliar a maior preponderância no âmbito do conjunto dos potenciais beneficiários (critério relevante no justo distributivo), e dado que os rendimentos do requerente em causa eram mais baixos do que o máximo legal, então a circunstância de ele necessitar de se deslocar em cadeira de rodas, causa material da recusa, apenas aumenta o grau da sua preponderância naquele conjunto. Aliás, a este respeito é bastante provável que o requerente apresente maior carência económica do que alguns beneficiários do subsídio em causa. A desigualdade distributiva é, portanto, claramente resultante dos contornos do caso, e a consequente determinação do justo particular distributivo, a atribuição do subsídio ao requerente, decorre nitidamente daqueles.

Como resulta destes exemplos, a descoberta do justo particular implica a análise do caso tendo em vista a procura de elementos do mesmo que revelem algum desequilíbrio distributivo ou comutativo. Tal procura é efetuada pelo método dialético-prudencial, que assegura (como se verá) uma análise abrangente do caso, idónea à descoberta de algum «contorno» ou característica do mesmo que revele um de tais desequilíbrios, se o mesmo existir, naturalmente. Se não existir, pode razoavelmente concluir-se que o caso, a situação factual que o compõe, é equilibrado, ou seja, consiste numa situação em que «justo particular» já se encontra realizado, pelo que haverá lugar a uma sentença absolutória. Mas, se para se chegar a essa provável conclusão é necessário que tal análise abrangente aponte sempre no mesmo sentido (equilíbrio), já para que se chegue à

conclusão contrária basta que alguma característica (bastando uma) sobre o caso revele algum desequilíbrio. De facto, o injusto é mais facilmente reconhecível do que o justo, visto que este depende de um conjunto de fatores que não é possível, em cada caso, determinar à partida (daí que a arte judiciária seja uma arte de meios incertos), enquanto que aquele, especialmente se for muito flagrante, «salta à vista» por um só elemento do caso que permite revelar o desequilíbrio do mesmo, assim se abrindo o caminho para a determinação do justo particular: «a justiça torna-se ainda mais manifesta pela contemplação da injustiça»³²⁶ (tradução nossa).

Tal parece dever-se a uma sensibilidade inerentemente humana que faz despoletar ira ou cólera perante alguma injustiça, incluindo naturalmente as situações de injusto particular, algo que se pode confirmar pela frequência com que se recorre, na linguagem corrente, à expressão «isto choca-me» como reação a alguma desigualdade distributiva ou comutativa, embora apenas àquelas mais flagrantes. Pelo que, naturalmente, este efeito de cariz «sentimental», ainda que importante, não é suficiente para permitir a determinação dos desequilíbrios em cada caso, estando, como se verá, envolvidas nesse processo outras faculdades.

Conclui-se do exposto que o método dialético-prudencial deve ser orientado para a análise de eventuais desequilíbrios distributivos ou comutativos. Para que se compreenda os passos envolvidos nessa análise, segundo tal método, procurar-se-á dar conta do mesmo procurando a maior inspiração possível no modelo do direito romano que existiu no chamado período clássico, na época republicana do império romano, período em que a jurisprudência romana conheceu um apogeu, especialmente no que toca ao desenvolvimento das construções «doutrinárias»³²⁷.

Esta tarefa, efetivamente, não é fácil pois não nos chegou qualquer relato completo daquele período de cariz jusmetodológico (nem se crê que tal obra possa ter existido pois a tarefa dos juristas romanos era essencialmente a de por em prática a sua arte e não a de discorrer sobre a natureza, as fontes e o método do seu saber³²⁸, ainda que esta se revele imprescindível para aquela, pelo que a análise teria de se basear num *reverse engineering*), pelo que, sem prejuízo da subsistência da necessidade de um estudo

³²⁶ QUINTILIAN, *The Institutio oratoria of Quintilian - IV*, p. 375.

³²⁷ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 66-7. No mesmo sentido, apontando como exemplos de tal desenvolvimento doutrinário as «obras casuísticas, obras de comentário, monografias e obras elementares» (tradução nossa), A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, p. 107 (v. também pp. 101-7). Já o período pós-clássico corresponde a uma fase de decadência da jurisprudência romana: A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 119-20 e A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, pp. 112-24.

³²⁸ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 265 e 305.

histórico mais profundo, basear-se-á a seguinte descrição nos esboços que VILLEY realizou sobre o tema, procurando clarificar e desenvolver o seu pensamento, nomeadamente no que diz respeito à relevância da prudência (algo que VILLEY simplesmente enunciou mas não desenvolveu³²⁹). Estas escolhas – de recuperar o método seguido pelos juristas romanos e de basear o entendimento desse método nos estudos de VILLEY – justificam-se pela simples razão de assim ser possível, como se verá, encontrar e formular um método idóneo à determinação do justo particular³³⁰ – finalidade que, como se tem vindo a defender, é a que é prosseguida pela atividade judiciária – e de nele se poder encontrar uma concretização do método dialético-prudencial, o qual, como se justificou, é o idóneo para orientar o exercício da arte judiciária. Seguindo a análise de VILLEY³³¹, adotar-se-á uma abordagem em três passos.

4.4.1. Primeiro passo: *ponere causam*

O primeiro passo deste método pode ser sugestivamente designado pela expressão «*ponere causam*», colocar, definir a causa. Para que se possa iniciar a discussão sobre alguma questão jurisdicional (ou outra, naturalmente) a primeira condição é estabelecer, fixar qual o problema a discutir, não apenas por tal contribuir para a clareza da discussão mas também porque assim se delimita a mesma, favorecendo a análise à luz de certo enquadramento. Ora, o problema em discussão incide sempre sobre o caso em análise pelo que é, fazendo jus à natureza realista do tipo de conhecimento que por este método se procura adquirir, um problema sobre o caso *sub judice*. Esse problema, como resulta

³²⁹ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, pp. 49 e 164.

³³⁰ Não é consensual entre os romanistas a questão de saber se o direito romano segue uma metodologia de análise das circunstâncias do caso de modo a nelas encontrar o justo particular, tal como o entende ARISTÓTELES, segundo um método dialético. Nesse sentido podemos enumerar, entre outros, além de VILLEY (M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 67 e 265-69 e M. VILLEY, «Logique d'Aristote et Droit Romain»), M. BASTIT, «La diversidad en las Instituciones de Gayo», pp. 24-6 e A. GIULIANI, *La Controversia* pp. 150-8. Aparentemente no mesmo sentido v. J.B.V. DE GOYTISOLO, *Metodologia - Parte Primera*, pp. 47-65 e, ainda que sem se referir expressamente à influência aristotélica mas em tudo coincidindo com ela a descrição que faz da metodologia jurídica romana, A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, pp. 129-130. Em sentido contrário, nomeadamente contrapondo a influência aristotélica com a estoica no direito romano e analisando vários outros AA que estudaram esta questão, v. J. KROGER, «The Philosophical Foundations of Roman Law», que advoga pela prevalência da última (pp. 939-44). Note-se que VILLEY também reconhece esta dupla influência das referidas correntes filosóficas no direito romano (M. VILLEY, «Deux Conceptions du Droit Naturel Dans l'Antiquité»), mas contrariamente a KROGER, atribui uma claríssima prevalência à influência aristotélica (pp. 493-7). Dado que esta controvérsia é de índole histórica, tomar posição relativamente à mesma implicaria levar a cabo um estudo histórico, algo que está fora do âmbito do presente estudo. A opção que se toma pela hipótese da influência aristotélica justifica-se por uma razão de natureza distinta, que se refere no texto.

³³¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 208-11.

do que se foi referindo é, em primeiro lugar, o de saber se o caso é justo, se a relação social interpessoal distributiva ou comutativa é ou não equilibrada («*quaestio juridicialis*», «*an sit justum*»³³²). Esta questão é fundamental, no sentido em que a discussão dialético-judiciária irá, a jusante, dar uma resposta a tal questão, mas é insuficiente para que se possa, a montante, orientar adequadamente a discussão (sem prejuízo de, na discussão dialética, a *quaestio juridicialis* permanecer a razão-de-ser da mesma, podendo mesmo ter um papel determinante, especialmente em casos que levistem problemas novos), já que se trata de uma abordagem demasiado abrangente e genérica («*causa infinita*»).

Ora, a discussão dialética para determinar o justo particular *in casu* depende, em primeiro lugar, da identificação, o mais clara e concreta possível, do problema em discussão. Para que se possa melhor compreender a natureza de tal problema, que consiste na própria definição da causa, e o meio pelo qual se identifica e formula o mesmo, analisar-se-á os trâmites iniciais de qualquer processo judicial.

Este inicia-se, naturalmente, com a iniciativa do autor (utiliza-se os termos «autor», «réu» ou «parte» em sentido amplo, como forma de se identificar os sujeitos processuais em qualquer tipo de processo). Qualquer processo judicial inicia-se com uma descrição factual pelo respetivo autor, da qual deve resultar a existência (a comprovar no âmbito da atividade probatória, seja pela produção de prova, como a testemunhal, a pericial ou a prova por inspeção, seja pela apresentação de provas já constituídas, como a prova por documentos³³³) de um desequilíbrio distributivo ou comutativo, no qual o autor baseia a sua pretensão, a qual corresponde (pressupondo que o desequilíbrio se verifica) ao que se designou por «justo corretivo».

³³² Ibid., p. 209.

³³³ Note-se a semelhança entre a forma como se resolve as questões jurisdicionais relativas à prova com as chamadas questões de «direito», ou seja, as questões relativas à qualidade factual de (des)equilíbrio distributivo ou comutativo: da mesma forma que as primeiras são decididas através da «interpretação» dos chamados factos probatórios (aqueles que são diretamente revelados pelos meios de prova) à luz de «máximas ou regras de experiência», ou seja, de formulações sintéticas que traduzem certas regularidades na forma como os acontecimentos se sucedem (sobre estas v., entre muitos outros, L.P. DE SOUSA, *Prova por Presunção no Direito Civil*, pp. 69 e ss. e M.M. TEIXEIRA, «Por Uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova», pp. 276-9), também as segundas são decididas através da «interpretação» dos factos dados como provados (de acordo com as máximas de experiência e a medida da prova exigida para o caso) à luz das *endoxa* relevantes na arte judiciária (que adiante se abordarão no texto), nas quais apresenta lugar de destaque as máximas de justiça, ou seja, de formulações sintéticas que traduzem certas regularidades na forma como o referido (des)equilíbrio se materializa. A razão que justifica esta semelhança decorre do referido no ponto 4.2: o entendimento do direito enquanto um facto, especificamente uma qualidade de um facto. Assim, as máximas de experiência permitem aferir a ocorrência de um facto na sua forma *simpliciter*, enquanto que as máximas de justiça permitem aferir a ocorrência de um facto numa forma *secundum quid*, a ocorrência de um facto com determinada qualificação, a qualidade de ser equilibrado ou desequilibrado.

Como tal, esta descrição factual, absolutamente essencial para que se inicie qualquer processo judicial, não pode ser feita sem que dela resulte, na perspetiva do autor, a existência do referido desequilíbrio. Por outras palavras, da forma como o autor «conta a história» tem de resultar – sob pena de a descrição do autor ser contraditória com a sua pretensão, algo que a legislação processual-civil portuguesa designa por «ineptidão da petição inicial» (art. 186.º, n.º 2, al. a) do Código de Processo Civil), visto que a «petição inicial» não é capaz de realizar a sua finalidade – uma certa versão factual relativa ao desequilíbrio existente na operação em causa.

Contudo, a constatação que a forma como o autor «conta a história» implica a descrição de um desequilíbrio não é suficiente para que se consiga definir, de forma operativa, o *thema in disputando*, o alvo da discussão dialética. Isto porque a «definição da causa» implica necessariamente a consideração da versão factual da parte contrária, a qual irá, naturalmente, negar a qualificação desequilibrada dos factos.

Assim, a parte contrária – que, igualmente e pelas mesmas razões, se designará por réu – refuta a posição inicialmente definida pelo autor, de uma de duas maneiras: ou refutando que aos factos relatados pelo autor se pode verdadeiramente atribuir a qualidade do desequilíbrio (entenda-se: basta que se negue que a qualidade do desequilíbrio seja imputável ao réu, pela qual se afasta a existência de desequilíbrio entre os sujeitos da relação social interpessoal em análise) – retomando o mesmo exemplo, o réu alega que não manuseou a ferramenta de forma descuidada; ou alegando (adicionalmente ou não à anterior defesa) novos factos dos quais decorre que o desequilíbrio defendido pelo autor já não se verifica – no mesmo exemplo, o réu alega que há passaram mais de 5 anos desde o acidente sem que o autor lhe tenha comunicado qualquer pretensão de «corrigir o desequilíbrio». O primeiro caso corresponde a uma defesa por impugnação e o segundo a uma defesa por exceção. No segundo caso, deve o autor poder replicar de modo a poder responder à alegação novos factos pelo réu.

Para que haja uma discussão, uma disputa, terão de estar em debate pelo menos duas visões divergentes sobre o mesmo objeto, sendo que apenas de tal divergência se pode definir o problema que as divide, «*rem quae habeat in se controversiam*» (HERMAGORAS *apud De Inventione*, Livro I, § 8)³³⁴. Será então nesse problema que reside o tema definidor da causa e sobre o qual incidirá, apenas posteriormente à exposição factual, a discussão dialética (que é o próximo passo do método dialético-prudencial aplicado à arte

³³⁴ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 266.

judiciária). Mas se já se expuseram as versões do litígio atribuíveis ao autor e ao réu, não estará já definida a causa, identificado o tema da discussão jurisdicional? Não. Para que se perceba este problema será necessário ter em conta uma das características mais distintivas da arte judiciária.

A descrição factual do autor e do réu apenas dá conta das versões de cada um sobre determinado acontecimento, incluindo as suas versões relativas à «juridicidade», à existência ou não de desequilíbrio na relação social interpessoal em causa, conforme se referiu. Tais versões divergentes são, naturalmente, o resultado de diferentes interesses. Mas a discussão dialética, método da arte judiciária, visa, como se tem vindo a fundamentar, ser um método de aquisição de conhecimento de uma realidade-ideal, a determinação da forma do justo particular, do equilíbrio distributivo ou comutativo *in casu*. Está em causa, portanto, conhecer uma realidade. Mas como pode tal resultar daquilo que é essencialmente uma divergente versão sobre os mesmos factos? Não seria tal plano mais dado à argumentação retórica que vise o convencimento do decisor do que a consistir na «matéria-prima» para um método de conhecimento de alguma realidade objetiva?

Tal seria realmente o caso, se não tivesse lugar este primeiro passo do método dialético. Efetivamente, a definição da causa que aqui tem lugar não se limita a uma descrição das versões divergentes dos sujeitos processuais, a uma descrição do litígio que as divide, antes implica aquilo que VILLEY sugestivamente designou por «*novação da controvérsia*»³³⁵ (tradução nossa; destaque presente no original). Trata-se de «fazer uma pausa» no litígio, nos interesses conflitantes que separam as partes, e recentrar a discussão num tema diferente, embora estritamente relacionado com o conflito entre as partes e relativamente ao qual é possível, contrariamente ao que acontece com os interesses em conflito (relativamente aos quais a conciliação implica sempre uma cedência de algum deles, ou de ambos, como ocorre com a negociação ou a mediação de conflitos, meios de resolução alternativa dos mesmos que, aliás, não envolvem qualquer ato materialmente jurisdicional), encontrar uma solução verdadeiramente conciliadora, capaz de fornecer uma visão mais abrangente, sem deixar de captar as visões das partes e o que há de verdadeiro em cada uma delas.

Trata-se de identificar, nas divergentes versões das partes, qual o problema, a divergência de entendimento relativamente ao sentido pertinente para o caso de algum

³³⁵ Ibid., p. 206.

conceito ou fórmula indispensável (de forma patente ou subjacente), nessa divergência, para se compreender a existência ou inexistência de desequilíbrio.

A razão desta abordagem decorre facilmente da opção que se tomou pela posição *universalia in rebus*, no que toca à questão do estatuto dos universais. Como só é possível conhecer os particulares por intermédio dos universais, saber se uma concreta operação de distribuição ou troca é equilibrada ou não, é algo que só pode ser feito por intermédio de um universal. Esse universal é, necessariamente, a ideia de justo particular, distributivo ou comutativo, mas, sem prejuízo da sua utilidade, dada a sua grande generalidade, muitas vezes não é suficiente (embora, por vezes, como se verá no ponto 4.4.2.4, seja o único disponível) para distinguir, em concreto, o equilibrado do desequilibrado.

Por isso é necessário «descer de nível» de abstração e encontrar um conceito ou fórmula que permita qualificar a concreta operação como sendo equilibrada ou desequilibrada, conforme a mesma possa ou não ser descrita através de tal conceito. Tal conceito é, portanto, o que permite qualificar de equilibrada ou desequilibrada a situação em que se encontra a coisa, pessoa ou ação (classificação já aflorada no ponto 3.4.2) relevante no caso em análise, na sequência da realização da operação, ou seja, é a qualificação da operação em tal conceito que permite responder à matéria do equilíbrio. Por outras palavras, este conceito não é mais do que uma especificação, para um caso concreto, do conceito mais genérico de justo distributivo ou comutativo. Eis alguns exemplos.

Primeiramente, lembre-se o exemplo relativo à tributação de juros que visa exclusivamente anular o efeito da desvalorização da moeda entre o momento da determinação da indemnização e o momento do seu pagamento. Neste caso, saber o que é um rendimento, nomeadamente saber se um juro que visa exclusivamente anular o efeito da desvalorização da moeda pode ou não pode ser considerado como um rendimento, é a questão central da discussão dialética neste exemplo. Trata-se de um «estado» em que se pode encontrar uma «coisa», *in casu*, um juro, relativamente à qual se coloca a questão de saber se a mesma se pode incluir no tipo de situações, de «coisas» que se qualifica e identifica pelo conceito de «rendimento» tributável. O conceito-chave que traduz o contorno do caso em que deve incidir a análise da existência de desequilíbrio, neste caso distributivo (recorde-se o que se referiu no ponto 3.4.3.2), é o conceito de rendimento. Saber o que é um rendimento, saber que tipo de coisas, nomeadamente um juro com esta finalidade, pode ser considerada um rendimento para efeito da aplicação de um imposto, é, portanto, a questão decisiva, definitiva da causa, aquela da qual depende a aferição da

existência ou inexistência de um desequilíbrio distributivo (relativamente a outros contribuintes que, sujeitos ao mesmo imposto, não recebam o mesmo tipo de juros, conforme se explicou no ponto 3.4.3.2). Trata-se de uma questão teórica, como se vê, de uma questão que supera o problema do litígio entre as partes.

Retome-se agora o exemplo do utente do serviço de fornecimento de eletricidade que pretende ter acesso à tarifa social, mas que, apesar de ter rendimentos suficientemente baixos, vê a sua pretensão ser negada por ter uma potência contratada superior ao máximo estabelecido na lei para ter acesso a este subsídio. Este é um exemplo especialmente apto para explicar que o conceito que permite identificar a existência ou inexistência de desequilíbrio nem sempre está expressamente «visível» na forma como o caso é descrito. Assim, é aqui necessário ter em conta que os requisitos previstos na lei para determinar a quem atribuir a tarifa social, o nível baixo de rendimentos e a baixa potência contratada, visam «construir» uma categoria, uma situação-tipo relativa a uma pessoa, a qual pode ser identificada pelo conceito, por exemplo, de «situação financeira precária». Os referidos requisitos visam, no fundo, circunscrever um conjunto de pessoas que partilham determinada condição ou estado, neste caso relativo à sua situação financeira. Trata-se, portanto, de saber se alguém que, cumprindo o requisito de ter baixos rendimentos, mas não o de ter uma potência contratada inferior a certo valor devido a algum motivo que não seja sinal de poder de compra (neste caso, por necessitar de fazer funcionar uma máquina elevatória da cadeira-de-rodas em que se desloca), deve ou não ser considerado como estando numa «situação financeira precária» para efeito da atribuição da tarifa social. O conceito de cujo sentido depende a decisão do caso, a identificação do desequilíbrio é, por isso, o de «situação financeira precária» para efeito da atribuição da tarifa social. É essa a questão definitória da causa, a qual, mais uma vez, é uma questão teórica que ultrapassa o litígio entre as partes.

Vários outros exemplos se podem avançar para ilustrar a importância fulcral de identificar o conceito que permite aferir o equilíbrio ou desequilíbrio do caso e no qual reside a chave para definir a causa, para identificar o problema sobre o qual incide a discussão dialética. Pense-se, por exemplo, em toda a panóplia de casos em que está em causa a qualificação de uma «ação» em certo conceito cuja determinação de sentido relevante no caso depende a aferição do (des)equilíbrio: pode certo ato de agressão, com certas características genéricas, ser qualificado como «legítima defesa»?; pode certa forma de manusear uma ferramenta, descrita também genericamente, ser qualificada como «cuidadosa»?; pode certo ato lesivo, com certas características, ser entendido como

«incumprimento de um contrato» ou como um ato de «enriquecimento sem causa à custa do património de outrem» (como se pode verificar neste caso, pode estar em causa mais do que um conceito)?

Note-se que o conceito relevante tanto pode estar previamente previsto na lei, na doutrina, em anteriores discussões e decisões judiciais (um elenco de tais «fontes» será abordado no ponto seguinte), como pode ser necessário formular um conceito novo, encontrar e formular alguma expressão que seja capaz de identificar o «estado» ou «condição» (des)equilibrada da coisa, pessoa ou ação tal como ela se apresenta após a realização da operação distributiva ou comutativa. Na formulação de tal conceito novo será, naturalmente, relevante recorrer à «fonte das fontes» (questão que se abordará no ponto 4.4.2.4), ou seja, à própria noção de justo distributivo ou comutativo (daí a importância de compreender exatamente em que consiste), sem prejuízo da necessidade de tal noção permanecer como o critério último de adequação do conceito, mesmo nos casos em que o mesmo já está previamente estabelecido. A necessidade de, nalguns casos, se formular um conceito-chave novo encontra-se, aliás, refletida no D.: *plura sunt negotia quam vocabula* (D. 19.5.4), sendo que a sua ocorrência será, naturalmente, mais provável se o caso *sub iudice* respeitar a alguma realidade nova. Note-se também como a questão jurisdicional, aquela com que os julgadores se confrontam, é sempre uma questão de «qualificação», ou seja, de um juízo de integração do caso nalguma classe concetual.

Assim, é importante esclarecer que, para se definir a causa, para identificar convenientemente o problema teórico de conhecimento de uma realidade em análise no processo, subjacente ao litígio entre as partes, será necessário incluir o conceito-chave numa pergunta que enuncie o referido problema de qualificação e de cuja resposta irá depender a determinação do equilíbrio ou desequilíbrio, pelo que a resposta à mesma pode sempre ser formulada com um «sim» ou com um «não».

Recorrendo aos mesmos exemplos, pode formular-se as seguintes perguntas: «Pode um juro que visa anular o efeito da desvalorização da moeda ser considerado como um rendimento para efeito de tributação em sede de IRS?»; «Pode alguém que apresente rendimentos baixos e uma potência contratada elevada (segundo os critérios legais) por necessitar de fazer funcionar uma máquina elevatória de cadeiras de rodas ser considerado como alguém que se encontra em «situação financeira precária» para efeito da atribuição da tarifa social da eletricidade?». É esta a «*quaestio iudicialis*», uma questão que identifica um problema relativo ao justo particular numa relação social interpessoal concreta, que permite definir adequadamente a causa, *ponere causam*, e,

consequentemente, orientar o processo decisório do julgador para a procura daquilo que é relevante para, no caso, responder à mesma, bem como para, na medida do possível, o julgador orientar, limitar a discussão das partes exclusivamente para o que for relevante para tal objetivo.

Esta forma de iniciar o método dialético-prudencial pela enunciação interrogativa de um problema concreto corresponde, aliás, à determinação das «matérias [propostas para investigação] sobre que versam os raciocínios [dialéticos]» (Top. 101b), sendo precisamente pela enunciação de questões que apelam a uma resposta *sic aut non* que se iniciavam as *Quaestiones Disputatae* da escolástica medieval («*utrum...*», «*acaso...*»), de que são exemplos magistrais a *ST* e, precisamente, as várias *Quaestiones Disputatae* de TOMÁS DE AQUINO. De resto, a dialética aristotélica tem, precisamente por objetivo encontrar uma definição para um conceito que seja relevante *in casu*.³³⁶

Note-se ainda que, como se pode verificar pela forma como se enunciaram as questões exemplificativas, está em causa a procura de uma resposta à questão identificada não para encontrar a resposta que permita definir o conceito-chave de forma absoluta, mas apenas uma definição cuja «validade» se limita ao tipo de matéria suscitada pelo caso³³⁷. Prova disso é a indicação, nas referidas perguntas exemplificativas, da expressão «para efeito de...».

Efetivamente, apenas é possível encontrar um conhecimento daquilo em que consiste o justo particular *in casu* que seja válido, precisamente, para esse caso, em função das suas características, não sendo possível encontrar definições de conceitos que traduzam de forma mais específica o justo particular e cuja validade seja universal (concretualismo), dado que, como se tem vindo a defender, a realidade aqui em causa é dinâmica, caracterizável por uma ordem apenas em potência (sem prejuízo, como se verá no terceiro passo, de a resposta à questão jurisdicional poder ser considerada em futuros juízos dialético-prudenciais jurisdicionais). Tal faz com que cada caso seja sempre potencialmente dotado de características que podem fazer com que a definição de um conceito anteriormente fixada não seja apropriada para a determinação do justo particular nesse caso e necessite de ser reformulada (aspeto que adiante se retomará).

Aqui reside também a razão da desadequação da conceção da natureza do conhecimento jurídico como um sistema coerente, admitindo-se a possibilidade de

³³⁶ A. GIULIANI, «The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition», p. 129, M. SIM, «Dialectic and Definition in Aristotle's Topics», p. 1.

³³⁷ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 60.

definições contraditórias, incompatíveis entre si precisamente porque cada uma delas, embora referindo-se ao mesmo conceito, vale para casos diferentes, é formulada «para efeito de...» diferentes situações factuais.

Em conclusão, o termo deste primeiro passo do método dialético-prudencial aplicado à arte judiciária não é atingido senão quando se identifica, se formula, a referida questão. Só então a causa estará definida, elevada do litígio entre as partes e recentrada num «elemento abstrato do litígio, um aspeto de direito»³³⁸, sendo que aí se poderá encontrar uma verdadeira questão relativa ao problema do justo particular. Só assim a causa estará «suficientemente» circunscrita para que a discussão possa ter lugar sobre a «matéria», o objeto próprio da arte judiciária.

Efetivamente, para resolver um conflito entre duas partes não é necessário que se procure em que consiste o justo particular em determinada operação de distribuição ou troca: pense-se num exemplo de um conflito entre um comprador e um vendedor que, em resultado de uma negociação mútua, é dirimido por acordo. Tal acordo pode, naturalmente, não corresponder àquilo que implicaria o «justo corretivo» no seguimento da discussão dialética que, procurando por desequilíbrios, determinaria em que consiste o equilíbrio no caso. Nada aí se assemelha à finalidade da arte judiciária. Diferentemente acontece se algum órgão jurisdicional emitir uma sentença: aí estabelecer-se-á um juízo relativo ao equilíbrio ou desequilíbrio do caso *sub iudice* por referência a um conceito-chave. Trata-se de um juízo cognoscitivo, de estabelecer um conhecimento sobre certa realidade. É nessa aceção que se deve entender as afirmações que um dos sentidos derivados da palavra «direito» identificados por TOMÁS DE AQUINO se refere à arte judiciária, entendida como arte «*qua cognoscitur quid sit iustum*» (ST, II-II, 57, 1, ad. 1), bem como que a *iuris prudentia* ou *prudentia iuris* (outro nome da arte judiciária dado em razão da virtude própria de quem a exerce, a prudência) é a arte que visa um verdadeiro conhecimento de certa realidade, «*rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*» (D. 1.1.10.2). Ora, só identificando a «*quaestio juridicialis*» se centra a análise do caso no objeto próprio da arte judiciária: o conhecimento de tal realidade, a qual se tem designado por realidade-ideal, a configuração do (des)equilíbrio distributivo e comutativo *in casu*. Isto porque, como se tem vindo a afirmar, o direito está nos factos da causa, *in causa ius esse positum* (D. 9.2.52.2).

³³⁸ M. VILLEY, *Le Droit Romain*, p. 43.

4.4.2. Segundo passo: o confronto de opiniões

4.4.2.1. Introdução

Uma vez definida a causa com a formulação da respetiva questão definitiva, segue-se a fase que tem por objetivo a procura de perspetivas relevantes para fundamentar uma das duas respostas possíveis à questão formulada.

O primeiro aspeto a referir neste segundo passo é a sua simultaneidade cronológica com o primeiro passo. Relembrando que está em causa a descrição de um método de determinação do justo particular *in casu*, sendo, por essa razão, um método que orienta a atividade do julgador, e não das partes, aquele irá ser confrontado com a exposição destas relativamente às respetivas versões factuais e, em face delas, poderá então formular a questão definitiva da causa. Simultaneamente, poderá também procurar na exposição das partes (embora não só, como se verá), possíveis razões para decidir «sim» ou «não» à questão formulada, sem prejuízo da necessidade de o juiz orientar a discussão das partes para o problema enunciado na questão, caso tal discussão não se circunscreva a tal problema (algo que, por exemplo, no direito processual civil português é efetuado por meio de um «convite de aperfeiçoamento» que o juiz dirige às partes, referido no art. 590.º, n.ºs 3 e 4 do Código de Processo Civil). O segundo passo sucede ao primeiro não numa ordem cronológica, mas apenas lógica.

Visando o método dialético-prudencial orientar o julgador na análise do (des)equilíbrio na operação de distribuição ou comutação, o seu traço mais distintivo, tendo em conta o seu caráter dialético, é o confronto de opiniões sobre o problema enunciado na questão definitiva da causa, de forma a assim se responder às aludidas dificuldades de conhecer a forma que os universais adotam em particulares determinados, concretamente a forma do justo particular no caso *sub judice*. Conforme se referiu, um elemento essencial do método dialético é a consideração de *endoxa*, de opiniões tidas por verdadeiras. Ora é precisamente pela consideração de vários *endoxa* que melhor se conseguirá seguir um método que considere várias opiniões, opiniões especialmente dotadas de autoridade, de pertinência sobre o problema em análise.

Assim, nas poucas passagens dos *Tópicos* que abordam especificamente a descrição do método dialético, encontramos a exposição dos quatro «instrumentos», *organa*, deste método (Top. 105a). O primeiro de tais «instrumentos» é, precisamente, aquele que se

pode adequadamente intitular como «a procura de *endoxa*» (tradução nossa)³³⁹ (v. Top. 105b).

Como se processa tal procura? Em primeiro lugar, é necessário ter em conta que essa procura tem em vista um objetivo bem definido: a descoberta de *endoxa* que permite encontrar razões para decidir «sim e não», cada uma das respostas possíveis, à questão definidora da causa. Conforme se referiu, *endoxa* são as opiniões da maioria ou das autoridades mais reconhecidas no problema em questão. ARISTÓTELES ao se referir à definição de *endoxa*, indica uma importante clarificação acerca de um dos sentidos particulares que se pode atribuir a este conceito: «interessam também [considerar entre os sentidos deste conceito] todas as [opiniões comumente aceites] que são conformes a um ramo *específico* do conhecimento [em tradução literal: «todas as opiniões em consonância com as artes (técnicas)»]» (Top. 105b; destaque presente no original). Este esclarecimento é de uma importância fulcral para o entendimento do método dialético-prudencial aplicado à arte judiciária.

Assim, sendo a noção mais abrangente de *endoxa* correspondente à opinião da maioria ou à opinião dos mais experientes, quando se trata de aplicar o método dialético a certo tipo de arte, concretamente a uma arte de meios incertos, a opinião da maioria corresponde à opinião que a maioria dos praticantes de tais artes ou aqueles mais experientes consideram como estando «em consonância com as artes (técnicas)» e que, portanto, goza da presunção de verdade característica das *endoxa*. Tal corresponde ao que se tem sugestivamente designado por *leges artis*, o conjunto de conhecimentos que quem é entendido em certa arte considera como sendo relevante para a mesma, para atingir o objetivo que é visado por tal arte. Ora, as *leges artis* constituem um corpo de conhecimentos que é indispensável aos respetivos praticantes conhecer e que se encontra, pelo menos nas formas de arte mais desenvolvidas, organizado na forma de «catálogos» de *endoxa*, divididos por subáreas de conhecimento no âmbito da arte em causa. Novamente recorrendo à comparação com a arte médica, pense-se em todo o corpo de saber que integra cada especialidade desta arte: cirurgia, ortopedia, pediatria, oftalmologia, dermatologia, etc.

Também a arte judiciária tem as suas *leges artis*, as *endoxa* relevantes para a determinação do justo particular, sendo esta a parte teórica desta forma de arte. Trata-se das razões, que podem ser encontradas com base num conjunto variado de

³³⁹ S. RUBINELLI, *Ars Topica*, pp. 33-7. Em sentido semelhante v. Y. PELLETIER, *La Dialectique Aristotélicienne*, pp. 366-74.

conhecimentos, para, à luz do valor do justo particular e como tradução de certa regularidade na forma como esse universal comumente se realiza nas relações sociais interpessoais (este aspeto particular será abordado no terceiro passo), responder num ou noutro sentido à questão definidora da causa. Por essa razão, por estar implicado um conjunto de conhecimentos que permite determinar o justo particular, a tais conhecimentos pode adequadamente atribuir-se a qualificação de «fontes», não no sentido em que tais conhecimentos constituem o próprio conhecimento jurídico, a forma do justo particular *in casu*, mas no sentido em que os mesmos permitem analisar o caso de maneira a se poder chegar a uma conclusão razoável relativamente a esse objetivo, por, precisamente, neles ser possível encontrar razões pró e contra certa definição do conceito-chave ou, por outras palavras, para responder «sim e não» à questão definidora da causa.

Note-se como a imagem das «fontes» é adequada. Uma fonte, por definição, é um meio para chegar a um fim. Uma fonte, no seu sentido mais primário, é o local onde se vai buscar água, ou seja, é um meio para obter água. Já num sentido derivado fonte significa o princípio, origem ou causa de algo, concretamente do conhecimento de alguma realidade. Em ambos os casos, ir à fonte significa ir ao local onde se encontra o meio que permite realizar o fim, seja ele obter água ou algum conhecimento. Sendo, naturalmente, relevante para o direito o sentido derivado de fonte, é adequada a utilização, já tradicional, desta imagem para designar o conjunto de realidades que se podem qualificar como princípio ou origem do conhecimento jurídico, nas quais se poderão encontrar o conjunto variado de conhecimentos que, constituindo as *endoxa* ou *leges artis* da arte judiciária, permitem a determinação de tal conhecimento, da forma do justo particular *in casu*. Conhecer tais realidades, tais fontes e obter delas razões, *endoxa* relevantes para fundamentar ambas as respostas possíveis à questão definidora da causa é o que está em causa na aplicação do primeiro *organa* do método dialético à arte judiciária.

Para facilitar a compreensão de tais realidades, dividir-se-á a análise das «fontes do direito», as fontes de *endoxa* da arte judiciária, em lei e contrato e em jurisprudência e doutrina, dada a semelhança entre cada um dos elementos dos pares de fontes, finalizando-se a análise pela referência à hipótese supletiva necessária para o caso de essas fontes não fornecerem *endoxa* adequadas.

4.4.2.2. *Lei e contrato*

Inicia-se a análise pela lei e pelo contrato (utiliza-se a expressão «contrato» em sentido amplo, abrangendo qualquer estipulação, ou seja, qualquer declaração que regule uma operação comutativa, independentemente da sua natureza unilateral ou bilateral), conjuntamente. A razão de tal tratamento conjunto reside precisamente na circunstância de ambos apresentarem as mesmas funções no âmbito da arte judiciária, diferenciando-se, naturalmente, em razão da sua origem e do seu âmbito de aplicação. A respeito das funções de ambos, é necessário um esclarecimento inicial, na forma de uma distinção.

Uma distinção entre, por um lado, uma função que se pode sugestivamente designar de «performativa» e outra que se pode adequadamente designar de «endoxal». A primeira refere-se ao efeito que a lei e o contrato apresentam no que toca à realização das operações distributivas ou comutativas, no sentido em que a sua entrada em vigor tem como efeito a realização, a «passagem à existência», daquelas operações: ao entrar em vigor uma lei que impõe o pagamento de um imposto, essa operação distributiva realiza-se, passa a poder ser exigido o pagamento do mesmo, segundo o critério distributivo previsto na lei; ao ser celebrado e começar a produzir os efeitos um contrato, realiza-se a operação comutativa correspondente, passando a poderem ser impostos os créditos e os débitos aí previstos.

A segunda refere-se ao efeito que a lei e o contrato apresentam no que toca à sua capacidade de fornecer *endoxa* que permitem contribuir para aferir o equilíbrio distributivo ou comutativo da operação cuja existência decorre da anterior função.

Note-se, portanto, a sequência lógica destas funções: primeiro a lei ou o contrato alteram a realidade, sendo por meio de ambos que se realiza a operação distributiva ou comutativa; só depois, tendo a operação sido realizada, é que existe alguma *res debita*³⁴⁰, algo devido entre o todo e a parte (distribuição) ou no âmbito das partes entre si (comutação), e só então se poderá avaliar essa realidade, essa operação, de modo a aferir nela o justo particular. É, aliás, por essa razão que é mais correto falar em justo na distribuição ou na comutação, *justum in distributionibus*, *justum in commutationibus*, do que simplesmente em justo distributivo ou comutativo.

³⁴⁰ Apresentando a noção de *res debita* como o «fundamento do reino da justiça» (tradução nossa), a condição prévia para que se possa proceder à aferição do justo *in casu*, v. G. GRANERIS, *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*, p. 24. Fazendo referência à noção de *res debita*, embora no âmbito do enquadramento da conceção subjetiva do realismo clássico, v. M.B. CHORÃO, «A questão da verdade do direito», p. 587.

Assim, a lei e o contrato, além de consistirem no instrumento da realização das operações, podem também consistir em fontes de critérios auxiliares da aferição do justo particular nas mesmas, nisso consistindo a sua função «endoxal». Note-se como só relativamente a esta última função tem sentido designar a lei e o contrato como «fontes de direito», entendendo este na aceção de conhecimento jurídico, pelo que só a função «endoxal» da lei e do contrato é que apresenta relevância na arte jurisdicional.

Ora, também no que toca à função «endoxal» lei e contrato apresentam o mesmo tipo de efeitos, o mesmo «funcionamento» no que toca à aferição do justo particular. Sintoma de tal semelhança é, aliás, o facto de os contratos serem designados, no direito romano, como *leges privatae*³⁴¹. De que modo, então, se processa a função «endoxal» da lei e do contrato?

Percebê-lo implica compreender os dois modos pelos quais qualquer lei humana – jurídica (visa o justo particular) ou moral (visa o justo geral) – deriva da lei natural (*ST*, I-II, 95, 2, co.), a qual, recorde-se (ponto 2.2), consiste nas tendências ou inclinações naturais presentes e verificáveis em cada ser humano e que, portanto, são características definitórias da natureza humana (*ST*, I-II, 94, 2, co.).

Antes, porém, de analisar tais modos de derivação, é necessário que se compreenda em que consiste a própria operação de derivação: o conteúdo da lei natural, limitando-se às referidas tendências ou inclinações naturais do homem, é abstrato, no sentido em que se limita à enunciação de princípios (como as tendências humanas para a vida em sociedade, para o trabalho, o lazer ou as belas-artes). Por isso, é necessário, de modo a que de tal conteúdo se possa formular alguma disposição concreta, que «a razão humana proceda para dispor mais particularmente algumas coisas. E estas disposições particulares descobertas segundo a razão humana dizem-se leis humanas» (*ST*, I-II, 91, 3, co.). Não é difícil pensar em vários exemplos de tais disposições no âmbito da lei humana jurídica, a única que interessa para a atividade judiciária, pois incidindo esta sobre a análise das operações de distribuição e de comutação, o único princípio relevante da lei natural para a arte judiciária é, na perspectiva defendida, a tendência humana para a vida em sociedade - a qual só é viável se for pacífica, sendo para tal uma condição essencial o equilíbrio das referidas relações -, pelo que de tal princípio é possível «dispor mais particularmente», concretizá-lo de várias maneiras: punir, com determinada pena, quem mata, viola ou rouba, impor o pagamento de uma compensação a quem causou danos a outrem, assegurar

³⁴¹ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 323. Essencial relativamente à questão das *leges privatae* é a obra de V. GEORGESCO, *Essai d'une Théorie Générale des «Leges Privatae»*, especialmente as pp. 37-44.

que um imposto sobre o rendimento seja aplicado de forma diferenciada em função do maior ou menor rendimento daqueles a quem é aplicado, etc.

Ora, tal derivação pode ocorrer de duas maneiras. A primeira consiste na enunciação, na lei ou no contrato, de máximas de justiça, *regulae iuris*, ou seja, de fórmulas de âmbito mais ou menos abrangente, mas sempre com certo grau de genericidade, que descrevem uma forma particular que a ideia mais vasta de justo particular pode assumir (para além de serem caracterizadoras do conteúdo desta forma de derivação da lei natural, as máximas de justiça apresentam um papel essencial na arte judiciária, que será abordado no ponto 4.4.3.3, onde se desenvolverá esta matéria). Como exemplos pode enumerar-se, na lei, as disposições legais que definem a responsabilidade civil nas suas várias formas, o enriquecimento sem causa, também nos seus variados tipos, a boa-fé no cumprimento dos contratos, as várias formas de «abuso de direito», entre várias outras. Esta forma pela qual a lei humana deriva da lei natural designa-se por derivação conclusiva, «*per modum conclusionum*», dado que a lei humana apresenta uma conclusão de um raciocínio de derivação, o qual particulariza um princípio mais abrangente (ST, I-II, 95, 2, co.).

Já a segunda consiste na especificação ou fixação de algum aspeto geral que, sendo por natureza relativamente indefinido, é fixado na lei ou no contrato – pelo que estas disposições são chamadas determinativas –, de modo a facilitar a aplicação prática das conclusões particularizadoras aferidas pelo anterior modo de derivação. Trata-se de uma matéria para cuja compreensão os exemplos são essenciais.

Na lei, pode enumerar-se os exemplos das disposições legais que fixam prazos, os trâmites concretos que um processo judicial pode assumir, as penas aplicáveis aos crimes, as competências legislativas e administrativas dos diversos órgãos estaduais, etc.³⁴² Note-se como cada um destes exemplos visa criar condições para pôr em prática alguma das «derivações conclusivas» anteriores: a definição de prazos, por exemplo de prescrição, visa fixar um período preciso no qual alguém possa exigir em juízo alguma pretensão de outrem, pelo que visa criar condições claras para por em prática a máxima de justiça que indica que quem não exerce uma pretensão legítima, conforme ao justo particular, durante algum tempo perde a tutela judiciária respetiva; a definição dos concretos trâmites de um processo judicial permite fixar as condições nas quais o andamento processual põe em prática as máximas de justiça «processuais», as quais, estando em causa o justo distributivo (a distribuição de vantagens, desvantagens e encargos dos sujeitos

³⁴² M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 329.

processuais), são derivações do critério distributivo adotado, que corresponde, neste exemplo, ao modelo processual adotado: tomando como exemplo o processo civil, adotando-se o modelo cooperativo, as máximas de justiça respectivas correspondem aos princípios processuais desse modelo, como o princípio da economia processual, do dispositivo ou da cooperação, relativamente aos quais são determinativas as normas legais que visam, por exemplo, fixar o momento em que o juiz deve dirigir às partes um convite ao aperfeiçoamento (cooperação) ou os casos e o momento processual em que é admitida a reconvenção (economia processual); a definição legal da chamada medida abstrata da pena para os vários tipos de crime permite pôr em prática a máxima, fundamental para a compreensão da igualdade comutativa *secundum quid*, que a gravidade da pena deve ser proporcional à gravidade do crime; as normas legais que fixam as concretas competências legislativas e administrativas de cada órgão do Estado permitem criar as condições para que se operacionalizem as máximas relativas ao funcionamento dos órgãos estaduais, as quais, estando em causa o justo distributivo (a distribuição de vantagens, desvantagens e encargos entre tais órgãos), são derivações do critério distributivo adotado, como, por exemplo, um critério de subsidiariedade.

Já nos contratos, os exemplos de disposições determinativas já foram referidos no ponto 3.4.3.3.2, quando aí se identificou as declarações contratuais determinativas que fixam as circunstâncias associadas às prestações acordadas, designadas por *pacta adjecta*, pactos acessórios. Tais disposições, como ali se referiu, facilitam muito a concretização, a tradução prática das correspondentes disposições de ânimo que fixam o tipo contratual. Estão em causa, portanto, disposições que estipulam aspetos como o preço, os prazos contratuais (de realização de alguma prestação, de duração de certa vantagem), o local em que é devida alguma prestação, o concreto conteúdo da mesma, etc.

Assim, não só as disposições legais conclusivas como também as disposições legais determinativas ou os *pacta adjecta* derivam da lei natural, concretamente de um aspeto determinado da lei natural, o justo particular, de duas maneiras diferentes: enquanto que as primeiras são conclusões na forma de uma particularização abstrata do justo particular, as segundas são determinações concretas da forma pela qual essa particularização se realiza, ou seja, são derivações da lei natural «*per modum determinationis*»: «algumas coisas, entretanto, derivam [da lei natural] a modo de determinação, por exemplo, a lei da natureza determina que aquele que peca, seja punido; mas que seja punido por tal pena é uma determinação da lei da natureza. Umas e outras, pois, se acham na lei humana imposta» (ST, I-II, 95, 2, co.).

Note-se como as disposições determinativas apresentam um papel muito importante na determinação concreta do justo particular. Este, muito frequentemente, dificilmente poderia ser determinado se a lei ou o contrato não delimitassem previamente alguns aspetos de cuja fixação prévia depende a própria possibilidade prática de distinguir aquilo que, nas operações distributivas ou comutativas (mas especialmente nas primeiras), é equilibrado ou desequilibrado: pense-se na fixação da idade da maioridade, na fixação da condução de automóveis pela esquerda ou pela direita ou de concretos prazos de prescrição. Pode mesmo dizer-se que estas fixações, que envolvem uma álea de arbitrariedade, são criadoras de um critério distintivo daquilo que passa a ser, ou não ser, conforme ao justo particular³⁴³, no sentido em que são essenciais para pôr a justiça «em funcionamento»: se se fixa a condução automóvel pela direita (decisão arbitrária), conduzir pelo lado esquerdo da estrada, ainda que tal não envolva quaisquer danos pessoais ou patrimoniais, corresponde a um desequilíbrio comutativo *secundum quid*, já que quem o faz «rouba» de toda a comunidade que circula na via pública o «sentimento de segurança», pelo que deve ser sancionado. Repare-se como esta disposição é necessária para pôr a justiça «em funcionamento», dado que sem ela apenas se disporia da máxima de justiça, da disposição conclusiva, que indica que não é conforme à justiça particular que se conduza um automóvel de forma descuidada ou perigosa (de modo a não «roubar» tal «sentimento de segurança» de toda a comunidade que circula na via pública), mas não se saberia como determinar quais os concretos comportamentos que permitem que se concretize essa máxima e, conseqüentemente, que permitem determinar que, *in casu*, se está, ou não, perante uma situação de justo particular.

Note-se que também são determinativas as leis que determinam questões dotadas de «menor arbitrariedade», no sentido em que apenas está em causa a arbitrariedade relativamente ao justo particular, ou seja, a arbitrariedade relativamente ao sentido estrito, determinável, funcional de direito (ponto 2.2), mas não ao justo geral: é o caso daquelas que definem montantes e condições de atribuição de impostos ou subsídios, os quais visam, naturalmente, o justo geral. Também estas disposições são necessárias para pôr a justiça «em funcionamento», pois só definindo um montante e as condições para a sua imposição ou atribuição é que, posteriormente, se poderá aferir o justo (particular) nessa

³⁴³ Ibid., p. 317. Aqui VILLEY chama mesmo a atenção para o facto de este justo criado pela lei chega a ter implicações não só jurídicas, mas também morais: «quem duvidaria que seria “pecado” conduzir à esquerda no continente [europeu]?» (tradução nossa).

distribuição, *justum in distributionibus*, de acordo com o critério desenvolvido no ponto 3.4.3.2.

Refira-se, incidentalmente mas com grande proveito para a compreensão do papel da lei e do contrato, que as disposições legais ou contratuais determinativas correspondem àquilo que se pode, com maior propriedade, designar por «direito positivo», no sentido em que se trata das próprias enunciações textuais que instituem certa relação social interpessoal equilibrada, ou seja, é a própria fixação legal ou contratual a origem do equilíbrio - «quanto ao direito positivo, a lei escrita o contém e o institui, conferindo-lhe a força da autoridade» (*ST*, II-II, 60, 5, co.); sendo um dos sentidos de direito, aquilo que é equilibrado (a própria relação equilibrada ou justa), é então adequado que, nesses casos, se fale de um direito positivo. Evidentemente, uma das características do direito positivo é a sua limitada aplicabilidade ao âmbito de aplicação da lei ou do contrato que o instituiu, razão pela qual também se pode chamar «direito convencional».

Já as disposições legais conclusivas correspondem àquilo que se pode, igualmente com propriedade, designar por «direito natural» (note-se bem que se usa a expressão «direito natural» e não a expressão «lei natural», pois esta tem um sentido muito mais abrangente, já abordado), no sentido em que se trata de decorrências particularizadoras da ideia genérica de justo particular, pelo que a função dos textos legais se limita a uma conclusão particularizadora mas ainda abstrata de tal ideia; sendo um dos sentidos de direito, aquilo que é equilibrado (a própria relação equilibrada ou justa), é então adequado que, nesses casos, se fale de um direito natural pois está em causa uma decorrência meramente especificadora da lei natural, na parte em que esta se refere à convivência humana caracterizada pelo justo particular, pois estes preceitos descrevem - não instituem: «*legis scriptura ius quidem naturale continet, sed non instituit*» (*ST*, II-II, 60, 5, co.) - os contornos genéricos de certa relação social interpessoal equilibrada.

Inversamente ao que ocorre com o «direito convencional», uma das características do direito natural é a sua aplicabilidade universal, razão pela qual também se pode chamar «*ius gentium*»: «deve-se dizer que o direito das gentes [a tradução não é feliz pois *ius gentium* não é passível de tradução vernácula³⁴⁴] é de algum modo natural ao homem, segundo é racional, enquanto deriva da lei natural a modo de conclusão [sublinhe-se que TOMÁS DE AQUINO expressamente identifica o *ius gentium* com as disposições conclusivas], que não é muito afastada dos princípios.» (*ST*, I-II, 95, 4, ad. 1).

³⁴⁴ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 163.

À luz do que se acabou de referir, facilmente se entende que, comparando as disposições conclusivas com as determinativas, «umas e outras, pois, se acham na lei humana imposta. Mas aquelas que são do primeiro modo [conclusivas], são contidas na lei humana não apenas enquanto são impostas somente pela lei, mas têm também algo do vigor da lei natural. Aquelas coisas, porém, que são do segundo modo [determinativas], têm apenas vigor da lei humana» (ST, I-II, 95, 2, co.).

Corroborando o que se acabou de referir quanto à distinção entre direito natural e direito positivo, veja-se a clarividência das seguintes palavras de TOMÁS DE AQUINO: «o direito ou justo vem a ser uma obra ajustada a outrem, segundo certo modo de igualdade. Ora, isso pode realizar-se de duas maneiras: 1. Em virtude da natureza mesma da coisa. Por exemplo, se alguém dá tanto para receber tanto; isso se chama o direito natural. 2. Por convenção ou comum acordo. Por exemplo, quando alguém se dá por satisfeito de receber tanto. O que se pode dar de dois modos: primeiro, por uma convenção particular, quando pessoas privadas firmam entre si um pacto; segundo, por uma convenção pública, quando todo o povo consente que algo seja tido como adequado ou proporcionado a outrem, ou assim o ordena o príncipe, que governa o povo e o representa. Isso se chama direito positivo.» (ST, II-II, 57, 2, co.).

Lei e contrato apresentam, portanto, as mesmas funções relevantes para a determinação do justo particular *in casu*: a função conclusiva e a função determinativa. A determinativa é uma função exclusiva da lei e do contrato, não sendo possível encontrá-la em quaisquer outras fontes, daí a identificação destas com o direito positivo; a função conclusiva é partilhada, como se verá de seguida, com outras fontes. De que modo estas funções fornecem orientações para a decisão jurisdicional sobre o justo particular? Em ambos os casos a lei e o contrato são fontes de *endoxa* relevantes para determinar o justo particular, mas, comparando as disposições conclusivas com as determinativas, o grau de probabilidade com que cada um destes tipos de disposições «endoxais» pode revelar o justo particular *in casu* é diferente.

As disposições conclusivas apresentam um valor «endoxal» decorrente da sua natureza particularizadora da ideia de justo particular: trata-se de máximas que se têm por verdadeiras, por consistirem na conclusão da discussão jurídica que se foi consolidando no tempo e que se vem a condensar nas disposições conclusivas (pense-se, por serem bastante significativos a este respeito, nos exemplos das disposições que enunciam os institutos da responsabilidade civil ou do enriquecimento sem causa). Como estas disposições particularizam a ideia de justo particular para um certo tipo genérico de

situação, de operação distributiva ou comutativa, o seu «valor de verdade» *in casu* dependerá sempre da hipótese de o caso *sub judice* apresentar contornos suficientemente próximos da situação-tipo que esteve na base da formulação da disposição conclusiva para que nela se possa encontrar um *endoxon* capaz de descrever o justo particular no caso em análise.

Ora, dada a mutabilidade, o dinamismo inerente à realidade social interpessoal, o valor «endoxal» das disposições conclusivas será o correspondente à probabilidade de tal «proximidade», sabendo sempre que a situação mais comum corresponde à definição das disposições conclusivas com base nas situações-tipo mais comuns. Por isso, pode afirmar-se que o seu valor «endoxal» não será, em abstrato, mais elevado do que uma «preponderância de probabilidades»: se certa disposição conclusiva aponta para certa configuração do justo particular no caso, então a sua correspondência com a realidade será mais provável do que improvável.

Todavia, tal não é mais do que uma avaliação em abstrato, sendo que o determinante para decidir é o confronto das *endoxa* com a realidade (que se abordará no 3.º passo), pelo que, em todo o caso, este valor «endoxal» em abstrato considerado é importante apenas na medida em que fornece uma indicação prévia, ainda que provisória, de qual pode ser a configuração do justo particular no caso, contribuindo para que se vá construindo uma «imagem» mais definida dos contornos de tal configuração. Note-se que, como já se referiu e ainda se desenvolverá, é perfeitamente expetável que se possa encontrar *endoxa* nas disposições conclusivas que apontem para diferentes configurações do justo particular no mesmo caso, sendo, naturalmente, tais disposições alegadas por cada uma das partes em juízo, pelo que, estando em causa duas disposições conclusivas que apontem em sentidos distintos e sendo estas dotadas de um valor meramente preponderante, verificar-se-á um «empate» cuja resolução virá, naturalmente, apenas com o confronto das *endoxa* com a realidade (3.º passo), momento no qual se abordarão os critérios de decisão à luz dos vários *endoxa* relevantes.³⁴⁵

³⁴⁵ Uma nota é aqui devida a respeito de um tipo particular de disposição legal conclusiva: os elencos de direitos humanos. Na realidade, trata-se de um tema controverso no âmbito do realismo jurídico clássico, dado que VILLEY se pronunciou de forma genericamente crítica relativamente ao papel dos mesmos na discussão jurisdicional (v. a sua obra mais significativa nesta matéria: M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, em especial as pp. 8-13), tendo sido criticado por tal posição (v., entre outros, R. RABBI-BALDI CABANILLAS, «Michel Villey e o tema dos direitos humanos» e G. PECES-BARBA MARTINEZ, «Michel Villey et les droits de l'homme»). Parece-nos, todavia, que esta controvérsia decorre de um mal-entendido. Não cremos ser correto afirmar, sem mais, que VILLEY se oponha a qualquer relevância jurisdicional dos direitos humanos. Isto porque as suas críticas aos mesmos são dirigidas não aos direitos humanos *tout court*, mas antes a uma certa forma de os entender (algo que se justifica pela circunstância de tal entendimento ser relativamente comum no discurso público sobre os direitos humanos). Trata-se da conceção dos direitos

Já no que toca às disposições determinativas, estas apresentam um valor «endoxal» mais elevado, sempre considerado neste âmbito abstrato. De facto, como está em causa uma disposição que «cria» o justo particular, e não uma disposição que procura descrevê-lo tal como ele poderá configurar-se na realidade, a probabilidade de a disposição determinativa ser idónea para determinar o justo particular no caso em análise é bem mais alta, uma vez que nela encontramos a sua própria origem. Pense-se numa norma que estabelece um prazo de prescrição: se tal prazo já tiver sido ultrapassado à data da proposição da ação e estiverem reunidas outras condições que, eventualmente, a lei determinativa preveja para que a prescrição opere, então o caso em análise não corresponderá, muito provavelmente, a uma situação de injusto particular, pelo que será razoável declará-lo como justo. VILLEY, a este propósito, refere que está aqui em causa um contexto favorável à «interpretação literal»³⁴⁶.

De facto, a probabilidade de uma lei determinativa, como a que estabelece um prazo de prescrição, não ser adequada para determinar o justo particular num caso em que se verifiquem as condições nela previstas é baixa, já que não é fácil encontrar uma situação em que, verificando-se tais condições, ainda assim contenha uma situação injusta. Mas tal pode acontecer: imagine-se que a razão pela qual a ação não foi proposta dentro do prazo de prescrição é o facto de o autor da mesma estar enganado, por alguma razão legítima, acerca da identidade do réu, tendo proposto a ação contra quem não cometeu o ato gerador de responsabilidade dentro do prazo, mas só se apercebendo do erro após o

humanos como justificações «diretas», que permitem legitimar certa pretensão num caso concreto. É apenas nesta aceção que são aplicáveis as críticas de VILLEY dirigidas ao carácter contraditório e potencialmente contrário à justiça do caso concreto dos direitos humanos, pois naturalmente que, se apenas se considerar certo direito humano relevante em determinado caso concreto com o qual um órgão jurisdicional seja confrontado, tal apenas irá fornecer uma visão parcial do caso em análise. Ora, como se tem vindo a defender, qualquer questão jurisdicional apresenta um cariz controversial, implicando a consideração de perspetivas distintas sobre a mesma questão. Se se ignorar esta realidade e se achar que se pode simplesmente invocar certo direito humano ou fundamental para justificar alguma pretensão em juízo, tal apresenta-se como tendo, por um lado, subjacente uma noção «forte» do valor deste tipo de disposições que implica que as mesmas, globalmente consideradas, sejam contraditórias, dado que é sempre possível encontrar outro destes direitos com o qual o primeiro possa conflitar e com base no qual se possa obstar à pretensão defendida (direito ao descanso e direito à iniciativa económica; liberdade de imprensa e direito ao bom nome, etc.); por outro lado, tal posição «unilateral» implica um sério risco de gerar decisões jurisdicionais injustas, porque limitadas na sua análise. No entanto, há a alternativa, que, aliás, o próprio VILLEY parece reconhecer (M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, p. 14), de entender os direitos humanos ou fundamentais como *endoxa*, como razões possíveis para decidir em certo sentido, ainda que tais razões apresentem grande generalidade por se limitarem a indicar finalidades genéricas a atingir no âmbito das relações sociais interpessoais, nada referindo quanto à forma concreta que as vantagens, desvantagens ou encargos relevantes nessas relações podem assumir para garantir as referidas finalidades. Na classificação que se aborda no texto, apresenta-se, portanto, como adequado o seu entendimento como disposições conclusivas, ainda que caracterizadas pela referida grande generalidade. Em sentido próximo desta nossa visão v. N. CAMPAGNA, *Michel Villey: le droit ou les droits*, 104-5.

³⁴⁶ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 323.

decurso do mesmo. Trata-se, naturalmente, de casos raros, mas ainda assim possíveis dado que, partindo do justo determinativo, a justiça «entra em funcionamento» e, subsequentemente, estabelecer-se-ão derivações conclusivas particularizadoras semelhantes àquelas que, partindo da ideia de justo particular, se podem encontrar nas disposições conclusivas.

Em suma, lei e contrato – que, como resulta do que se referiu, são, materialmente, no que toca às suas funções, a mesma realidade – são fontes de *endoxa* relevantes para a arte judiciária, fontes importantes, mas não as únicas fontes. A este respeito é muito elucidadora a afirmação de TOMÁS DE AQUINO «a lei não é propriamente o direito, mas a regra do direito» (*ST*, II-II, 57, 1, ad. 2). Esta tradução, além de infeliz, é incompleta, sendo relevante, para fundamentar o que se acabou de afirmar, transcrever o texto originário: «*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*». Uma melhor tradução seria: «é lei não é, com propriedade, sinónimo de direito, mas uma certa [*aliqualis*, esta palavra está ausente da tradução citada e corrobora precisamente o que se referiu a respeito de a lei ser uma, entre outras, fontes de *endoxa*, que consistem numa possível razão para o direito, o justo particular, apresentar certa configuração] razão do direito [entre os vários significados de *ratio* não se encontra o de «regra», mas o de razão, no sentido de princípio, causa, argumento]». Nos pontos seguintes abordar-se-ão outras fontes de *endoxa*, além da lei e do contrato.

Feita esta exposição das duas funções da lei e do contrato no âmbito da arte judiciária, a função conclusiva e a determinativa, as quais correspondem aos dois modos pelos quais a lei e o contrato constituem *endoxa* da arte judiciária, é agora necessário avançar uma importante clarificação relativa à função da lei e do contrato, uma vez que estes são predominantemente encarados não como fontes de *endoxa* mas como fontes de normas comportamentais, impositivas, proibitivas e permissivas.

Abordar esta questão implica recuperar um aspeto essencial para a compreensão da conceção do direito inerente ao realismo jurídico clássico, já analisado no ponto 2.2. Trata-se da questão de o direito, nesta conceção, visar o justo particular, que visa diretamente um bem particular, o equilíbrio distributivo ou comutativo, e não o justo geral, que visa o bem comum. Aproveitando esta distinção entre as duas formas de encarar o justo, é agora necessário explicitar não tanto aquilo que elas têm de diferente, mas de comum, o que em nada afeta a sua distinção, pressupondo-a, aliás.

Assim, tanto o justo geral como o particular são qualificações que podem incidir sobre o mesmo objeto, as operações de distribuição e de comutação, as quais podem, até,

ser exatamente as mesmas. Visando o justo geral toda a moralidade, incide sobre quaisquer atos humanos sobre os quais se pode realizar um juízo moral, pelo que aí se incluem também, embora não só, aqueles atos pelos quais o agente interage com outras pessoas atribuindo-lhes vantagens, desvantagens ou encargos sobre coisas, pessoas ou ações; já o justo particular releva apenas nestes últimos casos, ou seja, nas operações distributivas – nas quais os responsáveis pelo todo da sociedade interagem com as partes – e comutativas – nas quais as partes interagem entre si – nas quais se realiza, precisamente, a distribuição ou a comutação de vantagens, desvantagens ou encargos sobre coisas, pessoas ou ações. Assim, estando em causa um ato desse âmbito, ele pode ser analisado tanto sob o ângulo do justo particular como do justo geral. Veja-se alguns exemplos.

Começando pela análise das operações distributivas, pense-se numa operação de distribuição de um imposto cujo critério distributivo fixado numa disposição legal é a penalização das atividades económicas especialmente poluentes. Esta operação visa o justo geral no sentido em que promove o bem comum, criando um incentivo para a adoção de práticas amigas do ambiente. Mas a mesma operação visa também o justo particular, dado que permite que a distribuição recaia com maior intensidade na parte que apresenta maior preponderância no todo relevante segundo o critério distributivo adotado (ponto 3.4.3.2): quem mais paga é quem mais polui (pressupondo, naturalmente, que o concreto critério distributivo adotado permite que tal aconteça, ou seja, pressupondo que a lei determinativa em causa é, em abstrato, idónea para criar o justo particular, sem prejuízo da possibilidade de, dadas as circunstâncias particulares do caso concreto, tal poder não ocorrer pela aplicação de tal critério, caso em que será necessário considerar outra *endoxon* além da lei).

Como se pode verificar por este exemplo, justo geral e justo particular podem incidir sobre o mesmo ato distributivo, ou seja, sobre a mesma lei. Mas a forma como essa incidência «funciona», a qualificação que as duas formas do justo permitem conferir a tal realidade é distinta. A primeira tem em vista qualificar o ato como sendo referente ao bem comum, pelo que a conformidade com o justo geral garante que o ato legislativo criador do imposto é orientado para uma finalidade promotora do bem comum, como a proteção ambiental; a segunda tem em vista qualificar o ato como sendo dotado de equilíbrio distributivo, pelo que a conformidade com o justo particular procura garantir que o ato legislativo criador do imposto é orientado para um «justo» nas concretas relações entre o Estado e os destinatários do imposto, para um *justum in distributionibus*

que, se assegurado, permite que eles sejam tratados de forma «igual» - maior preponderância no todo relevante implica uma proporcionalmente maior atribuição de vantagens, desvantagens ou encargos -, segundo o critério distributivo adotado.

Já no que toca às operações comutativas, tome-se como exemplo a lei que fixa as penas aplicáveis aos vários tipos de crime ou as disposições contratuais que fixam o valor do preço e o local de entrega num contrato de compra e venda. Estas disposições visam o justo geral no sentido em que, respetivamente, promovem o bem comum, criando um incentivo concreto para que os crimes não sejam cometidos e estabelecendo concretas formas de agir nas relações entre os membros da sociedade – pagar o valor X pela compra de Y, que deve ser entregue no local Z – que geram segurança nas relações entre eles, garantindo previsibilidade que beneficia todos, facilitando a determinação das situações de cumprimento e incumprimento do contrato – nestes casos está, como se depreende, em causa um ato que visa o bem comum de forma indireta. Mas as mesmas disposições visam também o justo particular, dado que permitem que se fixe o «montante» que permite dar «tanto por tanto» para que a relação de comutação seja equilibrada, de modo que haja igualdade de valor entre as prestações, à luz do tipo de relação entre os membros da sociedade relevante em cada operação comutativa (ponto 3.4.3.3): a definição da pena permite fixar o «montante» da retribuição pelo dano provocado pelo crime (sem prejuízo da necessidade de ter também em conta as finalidades preventivas da pena, nos termos expostos no ponto 3.4.3.3.3), a definição dos referidos *pacta adjecta* do preço e local de entrega permite fixar os valores das prestações que devem ser considerados como consistindo uma prestação contratual equilibrada (pressupondo, naturalmente, que tais estipulações contratuais não desvirtuam o tipo de contrato celebrado, como aconteceria com a estipulação de um preço zero ou praticamente zero numa compra e venda).

Novamente, estes exemplos mostram como as qualificações de justo geral e particular podem incidir sobre os mesmos atos legislativos ou contratuais que contêm disposições determinativas. Novamente, a forma como essa incidência «funciona», a qualificação que as duas formas do justo permitem conferir a tais realidades é distinta. A primeira tem em vista qualificar o ato como sendo referente ao bem comum, pelo que a conformidade com o justo geral garante que a lei que pune o crime com determinada pena promove efetivamente o bem comum, sendo o tipo e a gravidade da pena ordenadas a tal promoção; já a conformidade com o justo particular visa que a gravidade da pena seja determinada em função da gravidade do crime (embora esse não seja o único critério, é imprescindível para assegurar o equilíbrio comutativo, como se viu no ponto 3.4.3.3),

assim se assegurando o *justum in commutationibus*. Do mesmo modo, as disposições determinativas de um contrato visam, por um lado, o bem comum no sentido em que facilitam a determinação daquilo em que consiste uma concreta relação equilibrada, garantindo maior previsibilidade à sociedade no que toca à determinação das responsabilidades contratuais, algo que pode ser determinante para credores; por outro lado, elas visam também o justo particular, dado que indicam a forma concreta em que se traduz a relação contratual equilibrada em função do tipo contratual em causa.

Ora, como decorre destes exemplos, existe uma ligação clara entre as disposições legais ou contratuais e determinados comportamentos. Uma lei que tribute atividades poluentes visa promover um comportamento, a realização de atividades económicas mais amigas do ambiente (permissão); uma lei que puna um crime visa evitar que esse crime seja cometido (proibição); uma disposição contratual que fixe o preço visa que o comprador pague o mesmo ao vendedor (imposição). De que tipo de ligação se trata?

Trata-se de uma ligação que se pode caracterizar como sendo de promoção de um efeito comportamental. Com efeito, qualquer tipo de lei tem em vista este efeito (*ST*, I-II, 92, pr. e I-II, 92, 2, co.), sendo tal mais evidente nas leis morais, as quais preceituam certo comportamento de forma «direta», ou seja, incluindo na sua enunciação o próprio efeito comportamental visado: «não matarás, não furtarás», etc. (*ST*, I-II, 99, 2, co.).

As leis jurídicas não apresentam diretamente esse conteúdo, antes determinando a atribuição ou a determinação do concreto «valor» de vantagens, desvantagens ou encargos sobre coisas, pessoas ou ações: o montante e o critério de que depende a aplicação de um imposto, a delimitação da pena que pune certo tipo de crime, a estipulação que define o preço, etc. Com efeito, os preceitos judiciais são «determinações da justiça a ser observadas entre os homens» (*ST*, I-II, 99, 4, co.). Mas delas também decorre a promoção de determinados comportamentos, conforme indicado. Note-se, todavia, que tais comportamentos promovidos enquanto efeitos expectáveis das leis jurídicas são comportamentos que apenas relevam para efeito da promoção do bem comum: a proteção do ambiente, a diminuição da criminalidade, a previsibilidade das relações entre membros da sociedade, entre muitos outros, naturalmente.

Contra este entendimento poder-se-ia argumentar que as leis jurídicas também têm em vista a adoção de comportamentos que visam o próprio equilíbrio distributivo ou comutativo: a lei que pune certo crime visaria o comportamento do Estado que impõe a aplicação da pena definida; a lei que prevê certo imposto visaria o comportamento do Estado que impõe a aplicação do imposto estabelecido; a disposição que estabelece o

preço visaria o comportamento do comprador de pagar o mesmo. Esse entendimento não é correto uma vez que, conforme explicado no ponto 4.2, o comportamento a ser imposto pelas autoridades competentes no seguimento de uma decisão jurisdicional depende das condições efetivas que permitam, em maior ou menor medida, a «execução da sentença», ou seja, a imposição de comportamentos que levem a que o justo particular estabelecido na decisão se efetive, pelo que a imposição de comportamentos é dependente de um juízo prudencial posterior à decisão jurisdicional, não decorrendo necessariamente da lei.

Do mesmo modo, mas ainda com maior razão devido à maior generalidade da lei (aplicável a muitos casos) quando comparada com a sentença (no caso, naturalmente, de se colocar a questão da «aplicação da lei» fora do âmbito jurisdicional), também a aplicação ou execução das leis jurídicas, a sua tradução em concretos comportamentos, dependerá de uma avaliação casuística das condições de exequibilidade existentes em cada caso: uma lei que sancione a passagem automóvel num semáforo vermelho, implicando o comportamento de paragem no semáforo vermelho na maioria das vezes, não o implicará, não o terá como efeito, no caso de um automóvel ter de o ultrapassar para permitir a passagem de uma ambulância. Este é apenas um dos inúmeros exemplos em que o circunstancialismo, tão diverso e variável, de cada situação implica que o comportamento a adotar não seja aquele que supostamente seria efeito da lei para promover o justo particular.

Como tal, a finalidade específica das leis jurídicas não é a imposição de comportamentos. Embora estas apresentem como efeitos certos comportamentos, estes visam o justo geral, o qual, conforme se explicou no ponto 2.2, identifica-se com toda a moralidade que envolva relações interpessoais. As leis morais visam o justo geral diretamente, enunciando o comportamento a promover (mas cuja exequibilidade está também sujeita ao condicionalismo das circunstâncias de cada caso, tal como as leis jurídicas); já as jurídicas visam o justo geral indiretamente pois, ao procurarem descrever certa ordem, segundo o critério do justo particular, das operações de distribuição e de comutação, contribuem para o justo geral como seu efeito comportamental indireto. Mas trata-se apenas de um possível instrumento de tal promoção, entre outros: pense-se, como exemplo, que para diminuir a sinistralidade rodoviária, tanto se poderá sancionar comportamentos de condução automóvel perigosa como lançar uma campanha de sensibilização.³⁴⁷

³⁴⁷ Refira-se, a este respeito, é a que este tipo de considerações que se aplica o chamado princípio da proporcionalidade, o qual é relevante, portanto, nos juízos prudenciais necessários para a formulação das

É devido a este efeito comportamental das leis jurídicas que, aliás, a sua feitura corresponde ao exercício de um tipo particular da virtude da prudência (na linguagem tomística, uma «parte subjetiva»), a prudência «*legispositiva*» ou «ciência do governo» (ST, II-II, 50, pr. e II-II, 50, 1, co.), própria de quem detém o poder de fazer as leis – a qual, refira-se incidentalmente, constitui um tipo de prudência «perfeito» ou completo, pois inclui os referidos três atos, incluindo o último, o *praeceptum*, dado que, precisamente, visa comandar, embora indiretamente, um comportamento –, pelo que se trata de uma matéria que escapa ao âmbito jurisdicional³⁴⁸, domínio da *prudencia iuris*³⁴⁹.

Clarifique-se que, ao se classificar este efeito das leis jurídicas como indireto, não se pretende desvalorizá-lo, algo que, aliás, seria incompatível com a existência de um tipo particular da virtude da prudência que se destina especificamente a orientar a feitura das leis para a referida prossecução do bem comum.

Simplemente se pretende colocar no devido lugar o efeito comportamental das leis jurídicas, o qual é prosseguido indiretamente como efeito da determinação legislativa, «endoxal», do justo particular, algo que é essencial ter em conta no momento da feitura das leis, rejeitando que as mesmas possam implicar e ser instrumento de uma regulação precisa ou totalmente previsível da sociedade. Os comportamentos não decorrem de forma dedutiva da aplicação das leis, sendo antes necessário ajuizar prudencialmente os

leis jurídicas, os juízos prudenciais relativos à prudência «*legispositiva*», que a seguir se mencionam no texto. Trata-se, assim, de um princípio relevante no âmbito legislativo e não jurisdicional. No entanto, como, nalgumas jurisdições, a certos tribunais é atribuída a função de ajuizar acerca das normas consideradas em abstrato e não há luz de qualquer caso concreto, ultrapassando-se, assim, o âmbito do jurisdicional, este tipo pautas de avaliação prudencial das normas, de que o princípio da proporcionalidade é um bom exemplo – note-se como as partes integrantes da prudência relevantes na fase do *praeceptum* (o qual se aplica à prudência «*legispositiva*», conforme se explica, de seguida, no texto) vão ao encontro do tipo de juízo próprio do princípio da proporcionalidade: conforme se refere na n. 355, elas são a previdência, a circunspeção e a cautela, sendo que, por exemplo, é a previdência que permite conjeturar quais as consequências prováveis da imposição de certa sanção legal, de forma a permitir aferir se existe outra solução legal igual ou superiormente idónea para a promoção de certo comportamento que seja menos lesiva –, são decididas por órgãos «jurisdicionais». É o que ocorre na jurisdição portuguesa sempre que o Tribunal Constitucional é chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de certa norma no âmbito de um procedimento de fiscalização abstrata da constitucionalidade.

³⁴⁸ Especialmente clara a esse respeito é a seguinte passagem da ST relativa à determinação de quais as «partes potenciais» da virtude da justiça: «deve-se dizer que na enumeração da quarta objeção estão algumas virtudes pertencentes à estrita justiça. À justiça particular pertence a *boa comutação*, que consiste no hábito de guardar a igualdade nas comutações. À justiça legal [geral], quanto às obrigações que devem ser obedecidas por todos, pertence a virtude dita *legislativa*, que Andrônico define como: “ciência das comutações políticas para o bem comum”.» (ST, II-II, 80, ad. 4).

³⁴⁹ Veja-se como esta distinção entre os âmbitos jurisdicional e legislativo foi corretamente intuída por um dos AA do *Code Civil*: «há uma ciência para os legisladores, tal como há uma para os magistrados; uma não se assemelha à outra. A ciência do legislador consiste em encontrar, para cada matéria, os princípios mais favoráveis ao bem comum: a ciência do magistrado consiste em colocar esses princípios em ação, ramifica-los, estendê-los, por uma aplicação sábia e fundamentada, às hipóteses particulares» (tradução nossa) J.-É.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, p. 23.

efeitos expectáveis de certa lei jurídica, sendo que o «lugar» próprio de tal juízo prudencial não é a arena judicial, mas o debate político, concretamente o efetuado por órgãos democraticamente legitimados.

É com base em tal juízo que se deverá, seguindo os mesmos exemplos, determinar qual o critério de que depende a aplicação do imposto de forma a que melhor se promovam comportamentos amigos do ambiente (pressupondo sempre que se respeita o critério do equilíbrio distributivo), fixar qual o tipo e a gravidade concreta das penas que melhor promovam a diminuição da criminalidade (pressupondo sempre que se respeita o critério do equilíbrio comutativo, o qual, em matéria penal, implica a correspondência entre gravidade do crime e gravidade da pena) - além do tipo e da gravidade das penas dever ser o resultado de um juízo prudencial, a própria decisão de criminalizar ou não certo ato também o deve ser, pois é necessária uma análise prudencial para perceber se a criminalização terá ou não o efeito comportamental esperado (cfr., a este respeito, a n. 367 *infra*) -, ou fixar a forma concreta de expressar os valores do preço ou dos prazos contratuais que melhor expresse a intenção das partes para regular a sua relação (pressupondo sempre que se respeita o critério do justo comutativo, o qual, em matéria contratual, implica o respeito pelo equilíbrio decorrente do tipo contratual relevante).

O que é próprio, definitivo das leis jurídicas é a formulação de «determinações da justiça a ser observadas entre os homens» (*ST*, I-II, 99, 4, co.), ou seja, é a definição da pena, do imposto, do preço, de tal forma nelas se possa encontrar um modelo de equilíbrio dotado de um valor «endoxal» elevado³⁵⁰ que descreva uma operação equilibrada: a pena proporcional à gravidade do crime, o imposto aplicado de acordo com o critério distributivo adotado, o preço aferido de acordo com o estabelecido entre as partes. É nesse sentido, e unicamente nesse, que as leis jurídicas (lei e contrato) são relevantes para a arte jurisdicional.

³⁵⁰ A referência a um valor «endoxal» elevado denota que aqui nos referimos apenas às disposições determinativas, algo que é corroborado pelos exemplos que aqui se apresentam, todos correspondendo a disposições determinativas. Assim é, porque estando em discussão no texto o problema de encarar a lei como contendo disposições prescritivas de comportamentos, essa é uma matéria que só diz respeito ao âmbito das disposições determinativas pois estas constituem propriamente o «direito positivo», sendo aqui que se levanta a questão da regulação da sociedade por efeito das normas jurídicas (cfr. *a contrario sensu* *ST*, I-II, 104, 1, ad. 2). De facto, nas disposições conclusivas, o seu valor «endoxal» é mais facilmente compreensível, por serem decorrências da ideia de justo particular.

4.4.2.3. *Jurisprudência e doutrina*

Iniciando agora a análise da jurisprudência e da doutrina enquanto fontes de *endoxa*, o primeiro aspeto a referir é de cariz expositivo: embora, do ponto de vista da organização da exposição, seja mais apropriado analisar estas fontes, uma vez que se está, precisamente, a analisar o tema das fontes de *endoxa*, do ponto de vista da compreensão da exposição seria mais indicado abordá-las apenas no final do terceiro passo, o qual, adiante-se, consiste na formulação de conclusões. Isto porque só é possível explicar devidamente os termos em que a jurisprudência e a doutrina são fontes de *endoxa* quando se abordar em que consiste o último ato da arte jurisdicional, aquele que «fecha» a discussão dialética e que fixa o «produto», o resultado da arte jurisdicional, pois só conhecendo esse resultado será possível compreender em que medida a jurisprudência é uma fonte de *endoxa*. O mesmo ocorre com a doutrina, dado que, sem colocar em causa a possibilidade de distinção, trata-se, materialmente, do mesmo tipo de fonte, conforme se verá.

Assim, opta-se por uma abordagem intermédia. Aqui explicar-se-á mais simplifadamente em que consiste a jurisprudência e a doutrina enquanto fontes de *endoxa*, e esta matéria será retomada no terceiro passo, onde será abordada de forma mais completa.

Em primeiro lugar, esclareça-se que se adota aqui a conceção de jurisprudência e de doutrina prevalecente atualmente: a primeira consiste no conjunto das decisões de órgãos jurisdicionais e a segunda nas obras de AA de competência reconhecida incidentes sobre matérias jurisdicionais, ou seja, sobre questões relativas à determinação do justo aplicável em casos concretos. Assim, apesar da validade desta distinção, a função própria da jurisprudência e da doutrina é essencialmente a mesma: analisar casos em que os interesses das partes se apresentam efetivamente em conflito, na jurisprudência, ou casos em que, típica ou provavelmente, tais interesses se apresentam em conflito, procurando encontrar critérios de decisão.

Não interessa aqui descrever o modo como na jurisprudência se determinam tais critérios de decisão, pois disso se trata em todo este ponto 4, nem tão-pouco interessa descrever esse processo relativamente à doutrina, dado que, *mutatis mutandis*, o método é o mesmo: definida uma questão relativa ao entendimento de um conceito de cuja resposta depende a tomada de decisão no âmbito do litígio que divide as partes, procurar *endoxa* que iluminem possíveis fundamentos para as duas possíveis respostas à questão

e tomar uma decisão - ou (melhor dizendo quanto à doutrina) adotar uma posição - orientada prudencialmente com base na realidade, conforme se explicará neste ponto.

Interessa, sim, sublinhar que o resultado da atividade jurisprudencial, bem como da discussão doutrinal, apresenta-se como conclusões que se podem formular sob a forma de descrições tipológicas de operações distributivas ou comutativas equilibradas. Estas descrições tipológicas assumem, como melhor se verá no ponto 4.4.3.3, a forma de definições conceituais que vão circunscrevendo (ou seja, definindo progressivamente os tipos de casos abrangidos) certo conceito, como o descritivo de determinado tipo contratual ou, no fundo, qualquer conceito relevante para aferir o equilíbrio da relação, como o de «trabalhador» ou de «consumidor».

Este conjunto de definições conceituais é, no fundo – aí residindo a razão essencial da sua importância –, relevante para a discussão jurisdicional na medida em que, sem permitirem encontrar subsuntivamente a solução de casos concretos, são consideradas como *endoxa* na discussão jurisprudencial e doutrinal de casos futuros. Além disso, este conjunto de definições conceituais é a base para a formulação de disposições legais conclusivas, especialmente se a discussão jurisprudencial ou doutrinal sobre as mesmas estiver estabilizada (algo que também melhor de explorará no ponto 4.4.3.3). Aí reside, aliás, a razão da estabilidade de certos diplomas legais, como acontece com o código civil ou com a parte geral, dogmática, do código penal: neles se pode encontrar o produto de discussões jurisprudenciais e doutrinárias estabilizadas.

4.4.2.4. *Hipótese supletiva: a natureza das coisas*

As referidas até ao momento correspondem às mais frequentes fontes de *endoxa* usadas na arte judiciária. No entanto, a conceção da realidade objeto do conhecimento jurídico que se defende, uma realidade ordenada mas dinâmica, implica que o conjunto de fontes relevantes para a arte judiciária não seja possível de ser exaustivamente elencado³⁵¹, uma vez que o dinamismo da realidade, o qual se tem acentuado na época contemporânea, origina a possibilidade de o caso *sub judice* apresentar contornos novos, relativamente aos quais não é possível encontrar uma resposta, um *endoxon* adequado nas fontes já abordadas.

³⁵¹ Afirmando ser essa a posição no âmbito do direito romano, que serve como inspiração para a abordagem metodológica seguida, v. D. NÖRR *apud* J. LUIS ALONSO, «Customary law and legal pluralism», pp. 375-6.

Existe, assim, a necessidade de se considerarem outras fontes relevantes³⁵², sendo que uma delas apresenta-se especialmente pertinente no caso de as fontes abordadas não fornecerem *endoxa* adequadas, podendo mesmo, em razão de tal pertinência, falar-se de uma hipótese supletiva para encontrar razões justificadoras das respostas à questão jurisdicional: a natureza das coisas³⁵³.

Por tal expressão apenas se pretende aludir de forma mais sugestiva a algo que se tem vindo a abordar: a existência de uma ordem existente, efetiva ou potencialmente, na realidade, concretamente na realidade relevante para a arte judiciária, a tendência para o justo particular, distributivo e comutativo. Ora, sendo tal tendência uma qualidade dos factos – a qualidade «jurídica» dos mesmos, conforme se justificou –, caso não se encontre algum *endoxon* nas fontes abordadas, a natureza das coisas, entendida como essa própria tendência, funciona como uma *endoxa* genérica, uma *endoxa* de grande abrangência, aquela a que se poderá recorrer para analisar o caso de forma a nela poder encontrar um critério de análise do mesmo que serve de referência, apesar da sua genericidade, para poder determinar qual a forma concreta que o justo particular assume no caso *sub judice*.

Note-se que, conforme melhor se explicará no terceiro passo, o resultado da arte jurisdicional consiste na formulação de descrições particulares do equilíbrio distributivo ou comutativo, *endoxa* que poderão servir de orientação decisória para casos futuros, pelo que este recurso supletivo à própria noção de justo particular irá, emitida a sentença, «alimentar» o conjunto de *endoxa*, nomeadamente nas fontes jurisprudencial e doutrinal, que se poderão utilizar para analisar casos futuros. Efetivamente, a análise de uma realidade dinâmica suscita a necessidade de uma metodologia de análise da mesma que acompanhe esse dinamismo: a ideia de justo particular, sendo o critério pelo qual se

³⁵² É digna de referência a possibilidade de o costume poder ser encarado como fonte relevante para a arte judiciária. A este respeito, refira-se que, sem excluir tal possibilidade, a probabilidade de tal ocorrer é baixa, pela simples razão de a função própria da arte jurisdicional, a determinação do justo particular distributivo ou comutativo *in casu*, consistir numa função de carácter «técnico», pouco dado a constar de disposições consuetudinárias: é raro (sem excluir tal possibilidade, repita-se) que estas contenham preceitos que determinem questões como as concretas penas a aplicar aos crimes, tipos de situações que podem levar à responsabilização por danos (como tipos de responsabilidade civil ou de enriquecimento sem causa) ou disposições supletivas aplicáveis às relações contratuais. As disposições consuetudinárias apresentam muito mais frequentemente a natureza de disposições morais, que visam diretamente a regulação de comportamentos, mas não a natureza de disposições jurídicas (distinção abordada no ponto 4.4.2.2). Sem ter a pretensão de encontrar neste entendimento relativamente à baixa relevância do costume a explicação para o mesmo ocorrer no período clássico do direito romano, não se deixa de sublinhar tal coincidência: nesse sentido v. *Ibid.*, pp. 371-3, onde LUIS ALONSO expressamente refere tal realidade e a justifica com referência a fontes romanas, sublinhando o quão digno de nota é esta situação, tendo em conta a alta relevância do costume no direito romano em épocas anteriores àquele período.

³⁵³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 325-6.

decide acerca da adequação ou inadequação das *endoxa* existentes para revelar os eventuais desequilíbrios do caso, é, além disso, suficientemente abrangente para ser flexível ao ponto de poder ser aplicado diretamente aos casos concretos, podendo revelar tais desequilíbrios e, por meio da aplicação desse critério genérico a um caso concreto, gerar novas particularizações conclusivas do mesmo, novas *endoxa* passíveis de ser aplicadas a outros casos semelhantes.

4.4.2.5. *Eubulia*, a virtude própria do *consilium*

A descoberta de *endoxa* visa encontrar razões para, sempre à luz do critério do justo particular, responder sim e não à questão definitiva da causa. Já se abordaram as fontes de *endoxa* mas o conhecimento de tais fontes, sendo embora indispensável, não é suficiente para o correto exercício da arte judiciária. Com efeito, aí apenas está em causa o que se designou por parte teórica da arte judiciária. Para que se compreenda por que método se efetua a «passagem» do conhecimento das fontes para a concreta identificação das *endoxa* pertinentes para o caso, aquelas que permitem encontrar argumentos para responder sim e não à questão definitiva da causa, é necessário começar a considerar a parte prática da arte judiciária. E apenas começar, dado que as aplicações desta parte vão além da função de descoberta das *endoxa* relevantes *in casu*, incidindo também na capacidade de análise do caso de forma a, perante as *endoxa* relevantes, saber em que sentido decidir a questão formulada, aqui residindo o critério decisório do método dialético-prudencial, que se analisará no terceiro passo. Ora, é precisamente nesta parte prática que a virtude da prudência, na referida aceção de prudência imperfeita relevante para o exercício de formas de arte de meios incertos, como a arte judiciária, entra em ação: as duas fases relevantes do exercício desta virtude, o *concilium* e o *judicium*, são relevantes nesta parte prática. O primeiro é relevante, precisamente, na descoberta das *endoxa* relevantes no caso; o segundo na capacidade de analisar o caso para determinar como decidir. Abordar-se-á, portanto, o *concilium* em primeiro lugar, adiantando-se que um e outro estão estreitamente ligados.

O *concilium*, recorde-se, consiste na fase do juízo prudencial na qual se consideram, ponderam e descobrem os meios mais idóneos para a realização do fim em causa. Aplicando este passo à arte judiciária, sendo os meios as *endoxa* relevantes neste tipo de arte e o fim a determinação do justo particular *in casu*, o *consilium* consiste na fase em

que o julgador procede à descoberta das *endoxa* relevantes, aquelas que permitem fornecer respostas à questão definitiva da causa. Note-se que, nesta fase, se procede a uma pesquisa e à descoberta, à seleção, de entre as *endoxa* constantes nas fontes, daquelas que permitem encontrar razões para responder sim e para responder não à referida questão. Existe aqui, portanto, uma fase «seleção preliminar»³⁵⁴ (tradução nossa), no sentido em que o julgador seleciona quais as *endoxa* adequadas ao caso por permitirem fornecer razões para cada uma das respostas possíveis à questão definitiva da causa, mas não se trata, ainda, da decisão do caso, que apenas virá na fase do *judicium*. Como tal, ainda se está no âmbito, recorde-se, do primeiro *organon*, a descoberta das *endoxa* relevantes.

O que se acabou de referir consiste numa descrição «externa» do «funcionamento» do *consilium*, pelo que ainda não se deu conta do aspeto efetivamente prático, do saber-fazer envolvido nesta fase do método dialético-prudencial. Para tal é necessário considerar que o *consilium* «exige» do julgador uma virtude particularmente orientada para o correto exercício de pesquisar e ponderar as fontes de *endoxa* e de, em tais fontes, selecionar as *endoxa* relevantes. Essa virtude é a *eubulia* (utiliza-se a expressão latina, que, por sua vez, é originária do grego, dado não existir tradução vernácula). A *eubulia* pode, portanto, ser adequadamente descrita como uma das (sub-)virtudes de quem é prudente (na linguagem tomista, uma parte quase-potencial da prudência: *ST*, II-II, 51, pr.), a virtude de quem sabe bem deliberar, sabendo «averiguar e descobrir (...) os meios adequados para atingir o fim» (*ST*, II-II, 51, 2, ad. 3). Essa deliberação incide, portanto, sempre sobre os meios mais adequados para o fim e nunca sobre o próprio fim: «sendo a deliberação uma questão [no âmbito da arte judicial, a *quaestio jurisdictionalis*], não há deliberação do fim, mas somente do que é para o fim [*ad finem*]» (*ST*, I-II, 14, 2, co.), ou seja, dos meios.

Em que se traduz concretamente esta virtude pela qual o julgador é dotado do saber-fazer necessário para encontrar *endoxa* relevantes? Um princípio de resposta a esta questão poder-se-á encontrar na descrição que TOMÁS DE AQUINO efetua do vício contrário à virtude da *eubulia*, que é a precipitação: «a falta de deliberação [*concilium*], do que a *eubulia* se ocupa [a tradução não é feliz, por poder dar a impressão de que a *eubulia* trata da falta de deliberação, quando é exatamente o contrário; no texto originário lê-se: *quantum ad defectum consilii, circa quod est eubulia*, pelo que uma melhor

³⁵⁴ D. WESTBERG, *Right Practical Reason*, pp. 168.

tradução seria: «a deficiência na deliberação, à qual se aplica a *eubulia*», é *precipitação* ou *temeridade*, espécie de imprudência» (*ST*, II-II, 53, 2, co., *secunda pars*). A propósito desta, refere TOMÁS DE AQUINO que «os defeitos de docilidade, memória ou atenção [é incompreensível a tradução deste terceiro elemento por «atenção» dado que no texto originário consta «*ratione*»; deve-se, portanto, tomar o mesmo como «razão»] estão compreendidos na precipitação» (*ST*, II-II, 53, 2, co., *tertia pars*). Assim, a virtude da *eubulia* implica concretamente a mestria de tais três qualidades, aplicadas ao *concilium*: razão, memória e docilidade.

Ora, estas qualidades são «partes integrantes» da virtude da prudência que são relevantes, como referido, no primeiro ato do juízo prudencial, o *concilium* (sobre as partes da prudência em geral v. *ST*, II-II, 48, co.; sobre as partes integrantes v. *ST*, II-II, 49, 1 a 8), sendo por meio delas que se realiza um juízo prudencial que visa conhecer uma realidade, o qual, sendo necessário em qualquer juízo prudencial (mesmo na prudência perfeita é necessário conhecer a realidade para determinar adequadamente o que fazer, o *praeceptum*), é especialmente relevante na arte jurisdicional, na qual está em causa, precisamente, o conhecimento de uma realidade: «destas oito partes³⁵⁵, cinco pertencem à prudência enquanto é cognoscitiva: a memória, a razão, o intelecto [ou inteligência], a docilidade, a sagacidade» (*ST*, II-II, 48, co.). Três de tais cinco são, como referido, relevantes no *concilium*, sendo que as outras duas, a sagacidade e o intelecto, são relevantes no *judicium*, pelo que se abordarão no próximo ponto (note-se, todavia, que a razão e o intelecto são relevantes em ambas as fases, embora na primeira predomine a razão e na segunda o intelecto, daí a distribuição adotada).

Por isso, conhecer em que consiste a *eubulia* implica conhecer cada uma das referidas três partes integrantes da prudência, procurando compreender a forma como cada uma delas confere ao julgador uma habilidade particular, de modo a dotá-lo da capacidade de coligir, de descobrir *endoxa* relevantes.

Inicia-se a análise pela parte integrante da prudência de maior importância na descoberta de *endoxa* relevantes: a razão. O que se entende aqui por razão? Entende-se simplesmente a capacidade de raciocinar bem, de «realizar uma pesquisa que, partindo

³⁵⁵ Além das cinco referidas no texto, as outras três são a previdência, a circunspeção e a cautela. Estas três não serão analisadas dado que relevam apenas no âmbito do *praeceptum*, ato do exercício da virtude da prudência que, conforme referido no ponto 4.1, não é relevante na «prudência imperfeita», aquela que está em causa no método dialético-prudencial da arte judiciária. Todavia, note-se que essas três «partes integrantes» da prudência são importantíssimas no âmbito dos tipos («partes subjetivas», na linguagem tomística: cfr. *ST*, II-II, 48, co.) de prudência «perfeita», como é o caso da «*prudentia legispositiva*».

de certos dados, passa para outros» (*ST*, II-II, 49, 5, co.), partindo-se, assim, do conhecido, mais genérico, para o conhecimento do desconhecido, mais particular.

A razão, «que mais tarde [relativamente a TOMÁS DE AQUINO] os racionalistas cairão no erro de tratar como uma fonte de conhecimento, não passa de um instrumento»³⁵⁶ (tradução nossa), o qual contribui para compreensão do caso particular, pois consiste na capacidade de, perante o mesmo, se ser capaz de o analisar através de princípios gerais de forma a compreender de que modo eles «iluminam» o caso particular, assim se descobrindo a sua forma *in casu*, visto que, como se tem vindo a referir, a razão humana apenas pode compreender os particulares não de forma imediata mas apenas por intermédio dos universais, reconhecendo a forma como aqueles participam destes.

De que forma tal se processa? Vejamo-lo, naturalmente, a propósito da arte judiciária, na qual está em causa o universal «justo particular», pelo que esse será o «princípio», o ponto no qual se inicia a discussão dialético-prudencial (note-se que o conhecimento do universal, neste caso do justo particular, decorre do intelecto, sendo um dos sentidos do mesmo, que se abordará no próximo ponto). Como a realidade à qual esse princípio se aplica é mutável, não é correto realizar deduções lógicas de tal princípio para as aplicar, para conhecer o caso particular, dado que, apesar de o princípio ser um reconhecimento da ordem na realidade das relações sociais interpessoais, essa ordem pode sempre não se verificar, ou verificar-se de formas muito diversas (não se verificando completamente), no caso concreto, devido à dita mutabilidade. Por essa razão se compreende a afirmação de que os «princípios não são axiomas, “dos princípios nada se deduz”»³⁵⁷ (na qual, aliás, reside o fundamento da necessidade de um juízo prudencial e a exclusão da possibilidade de conceber o conhecimento jurídico como um sistema).

Conhecer o caso particular partindo do princípio do «justo particular» implica analisá-lo à luz de tal princípio geral, de modo a poder reconhecer algum aspeto que, no caso, se aproxime ou se afaste do mesmo, assim se procedendo «de certos dados» para «outros», algo que é «obra da razão» (*ST*, II-II, 49, 5, co.). De que forma tal se processa no caso da «aquisição» do conhecimento jurídico? Ora, o intelecto humano, como apenas conhece os particulares por intermédio dos universais, e como cada particular é caracterizável por vários universais e por vários tipos de universais, que indicam diversos

³⁵⁶ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 29.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 164. Trata-se de uma afirmação que VILLEY, na mesma obra, atribui, sem indicar qualquer citação, a MARIE-DOMINIQUE CHENU (p. 34).

aspectos do particular (como a sua essência, género, acidente ou propriedade³⁵⁸), não sendo capaz de apreender os particulares imediatamente de forma completa, procede de forma gradual no seu «movimento» de compreensão, por uma operação de composição e divisão progressiva dos dados parciais que vai captando da realidade sensível: «é necessário que o intelecto humano [que é sinónimo de razão: *ST*, I, 79, 8, co.] conheça por composição e divisão. Passando da potência ao ato, ele se assemelha às coisas passíveis de geração, que não têm imediatamente toda a sua perfeição, mas a adquirem gradualmente. Igualmente, o intelecto humano não obtém desde a primeira impressão o conhecimento perfeito de uma coisa; mas conhece primeiramente algo dela, por exemplo, a sua quiddidade [essência], que é o objeto primeiro e próprio do intelecto; depois conhece as propriedades, os acidentes, os modos de ser que têm relação com a essência da coisa. Desse modo, deve compor os elementos apreendidos ou dividi-los, e em seguida passar de uma composição ou divisão a outra, o que é raciocinar» (*ST*, I, 85, 5, co.).

Qual é, então, a operação intelectual de divisão ou de composição relevante na determinação do justo particular *in casu*? Trata-se de uma operação composição que TOMÁS DE AQUINO identifica claramente, ao se pronunciar acerca do sentido específico em que o *ius gentium*, o conjunto de disposições jurídicas conclusivas, já abordado, se pode considerar como um «direito natural», decorrente da natureza (da lei natural), não absolutamente considerada, mas da natureza especificamente humana: «algo é naturalmente adaptado a outrem, não segundo a razão absoluta da coisa em si, mas tendo em conta as suas consequências: por exemplo a propriedade privada. Com efeito, a considerar tal campo de maneira absoluta, nada tem que o faça pertencer a um indivíduo mais do que a outro. Porém, considerado sob o ângulo da oportunidade de cultivá-lo ou de seu uso pacífico, tem certa conveniência que seja de um e não de outro, como o Filósofo põe em evidência. (...) Ora, considerar alguma coisa, confrontando-a com as suas consequências, é próprio da razão. Portanto, isso é natural ao homem [ser por definição racional], segundo a razão natural, que dita esse proceder.» (*ST*, II-II, 57, 3, co.).

Assim, está em causa a operação de composição de dois dados distintos apreendidos pela razão: a essência da operação de distribuição ou comutação, ou seja, a compreensão do seu «conteúdo», a caracterização da concreta distribuição ou comutação de vantagens, desvantagens e encargos sobre coisas, pessoas e ações (no exemplo dado por TOMÁS DE AQUINO, a operação de distribuição ou de comutação da qual resulta a vantagem da

³⁵⁸ Com efeito, estes são os quatro tipos de relação (predicáveis) entre sujeito e predicado com base nos quais, segundo ARISTÓTELES, se enuncia qualquer proposição sobre qualquer problema (Top. 102a).

propriedade sobre uma coisa), e um dos «modos de ser que têm relação com a essência da coisa [da operação]» (ST, I, 85, 5, co.): as consequências de tal operação³⁵⁹.

Deste modo, a consequência de uma operação de distribuição de «campos», de terrenos agrícolas, é o seu cultivo, nomeadamente se tal operação tiver como critério distributivo a existência de determinadas condições das quais decorre a possibilidade de os respetivos destinatários procederem ao cultivo; do mesmo modo, a consequência de uma operação de troca incidente sobre terrenos agrícolas, por exemplo uma compra e venda, é o seu uso pacífico, decorrente do facto de a aquisição ter ocorrido por um meio justo (sempre no sentido do justo particular e, portanto, excluindo qualquer critério relativo ao preço justo, conforme referido no ponto 3.4.3.3.2). O terreno é de um e não de outro porque, respetivamente, a pessoa em causa o pode cultivar, algo que decorre da operação distributiva, ou o comprou, pagando o acordado com o vendedor, o que gera paz social, que decorre da operação comutativa. Refira-se que a capacidade de, pela razão, reconhecer em tais particulares uma certa forma do justo particular decorre, além da razão, do intelecto, de um outro sentido do intelecto, que igualmente se abordará no ponto seguinte, o qual consiste na capacidade de ter uma noção correta, não do próprio justo particular mas das formas que mais comumente ele pode assumir nos particulares (que se podem designar por tipos), como é o caso de uma troca com a «forma» de uma compra e venda.

Tais operações dizem-se, portanto, equilibradas, justas, em resultado de uma composição, de uma harmonização, da razão entre o conteúdo das mesmas e as suas consequências: ser o terreno de um e não de outro é a consequência por cuja consideração se compreende que certa operação-causa daquela é justa. A própria ideia de equilíbrio distributivo ou comutativo só se compreende à luz do confronto racional da realidade-objeto de tal qualificação, as operações de distribuição e comutação, com a realidade que se lhe segue, «*comparare ad id quod ex ipso sequitur est proprium rationis*» (ST, II-II, 57, 3, co.): só se pode, por exemplo, qualificar um crime de agressão física como injusto não apenas por referência ao ato de agressão em si, mas também por referência às suas consequências, por referência à realidade de que alguém, em consequência do ato, passou a ter um corpo «agredido».

Um outro exemplo ilustrativo pode ser encontrado retomando o caso, já avançado, no qual se discute a tributação de um juro pago como compensação pela desvalorização

³⁵⁹ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 163.

da moeda. Repare-se como nem sequer é possível descrever o caso, formular a questão jurisdicional, sem que se faça referência às consequências do ato de pagamento do juro: tal pagamento tem como consequência anular a desvalorização da moeda entre o momento da determinação do montante de uma indemnização e o momento do seu pagamento. De facto, se se considerasse apenas o ato de pagamento em si, em nada se distinguiria esse caso de outro em que o juro, por exemplo, constituísse um rendimento do seu beneficiário: ambos constituiriam uma situação em que apenas se constata o pagamento de um montante calculado como uma taxa anual por referência a um montante de base, não se conseguindo, portanto, identificar uma diferença entre os casos substancial ou relevante para poder conhecer devidamente o caso em análise.

TOMÁS DE AQUINO menciona, sem desenvolver, que esta capacidade de discorrer de umas coisas para outras que se lhes seguem, as suas consequências, de certas pessoas deterem uma «razão capaz de discorrer sobre coisas diversas (...) parece proceder das disposições da imaginação, que pode formar facilmente diversas representações imaginárias» (ST, II-II, 51, 3, co.). Sem prejuízo de esta matéria necessitar de maior aprofundamento, esta referência parece ser da maior relevância: é a capacidade humana de imaginar, ou seja, de reter e combinar as perceções que nos chegam dos sentidos (cfr. ST, I, 78, 4, co.) que permite descobrir as consequências implícitas e implicadas no objeto em análise, na operação de distribuição ou comutação, fazendo com que o conhecimento ultrapasse a mera constatação de um facto localizável no espaço e no tempo e seja capaz de alcançar certa qualidade do facto, a qualidade do equilíbrio ou do desequilíbrio.

Aqui chegados, uma questão impõe-se: qual a relevância, a contribuição da razão, parte integrante da prudência, para a descoberta de *endoxa* relevantes no caso? Esta relevância ou contribuição é essencial mas indireta, uma vez que só se poderão procurar e descobrir *endoxa* relevantes no caso se, primeiramente, se conhecer devidamente o caso. É esse, como se referiu, o papel da razão enquanto parte integrante da prudência, pelo que quanto melhor o julgador for capaz de realizar o dito raciocínio de composição, melhor será capaz de conhecer devidamente o caso, reconhecendo nele, com a ajuda do intelecto, a existência ou inexistência de certas formas de concretização do justo particular.

Ora, de tais formas decorrem razões para decidir num ou noutro sentido à questão jurisdicional: retomando o anterior exemplo, ao se reconhecer que o justo particular assume a forma de uma compra e venda, daí poderão decorrer razões para decidir num ou noutro sentido alguma questão jurisdicional que esteja subjacente ao litígio entre as partes de tal contrato. Ora, tais razões são, conforme se tem referido, as *endoxa* relevantes

no caso, que podem ser encontradas nas fontes. No entanto, tal processo de descoberta de *endoxa* pressupõe, além da razão e do intelecto, outras capacidades do julgador: a docilidade, pela qual ele adquire o conhecimento das fontes (*ST*, II-II, 48, co., *prima pars, in fine*), e a memória, pela qual é capaz de as reter e recuperar conforme a sua adequação aos casos.

Começando pela análise da memória, a razão pela qual esta é uma capacidade da qual depende a habilidade de o julgador encontrar *endoxa* é relativamente fácil de entender. Podendo as *endoxa* ser encontradas nas fontes já identificadas, essa operação de descoberta pressupõe, em primeiro lugar, a capacidade de reter, de memorizar a informação constante de tais fontes. O conhecimento, a experiência em lidar com as fontes é, como não podia deixar de ser, essencial para encontrar *endoxa*, pelo que a memória deve aqui ser entendida como a capacidade ou habilidade prática do julgador de reter o conteúdo das fontes e que decorre do contacto com todas as fontes mencionadas, exceto aquela que se designou por «natureza das coisas», a *endoxon* genérica funciona como uma «fonte», que é a própria noção de justo particular. A razão de tal exceção reside no facto de só poder haver memória relativamente a àquilo que ocorreu no passado, sendo fontes como a lei, o contrato, a jurisprudência ou a doutrina coleções de *endoxa, rationes decidendi* que justificaram a decisão de casos passados (mesmo fontes como a lei devem a sua formulação à experiência obtida pela consideração de casos passados), as quais revelam certa tendência de o justo particular assumir determinada forma específica em certos tipos de casos. Essa forma é relevada por tais *endoxa*, que, enquanto descrições do equilíbrio distributivo ou comutativo verificável, na maioria das vezes, *in plerisque*, em certo tipo de casos, constituem uma descrição sintética de factos passados, podendo ser memorizadas e usadas como *endoxa*, como razões para decidir, num ou noutro sentido, o caso *sub judice*: «do que é passado se deve tirar argumentos para o futuro [para o caso *sub judice*, que é presente e não futuro, mas tal discrepância deve-se à circunstância de TOMÁS DE AQUINO se estar a referir à prudência *simpliciter*, que visa determinar o que fazer no futuro, sendo necessário adaptar tal referência à prudência imperfeita que é relevante nas artes de meios incertos, como a jurisdicional]. Assim, a memória do passado é necessária para deliberar acertadamente a respeito do futuro» (*ST*, II-II, 49, 1, ad. 3).

Diferentemente ocorre nos casos cuja especialidade implica que nenhuma das fontes «regulares» seja capaz de fornecer *endoxa* relevantes para justificar alguma das duas possíveis respostas à questão jurisdicional. É precisamente nesses casos que a referida hipótese supletiva (daí a designação de «regulares» das restantes fontes) de utilizar a ideia

de justo particular como *endoxon* genérica apresenta o seu campo de aplicação (assunto que se desenvolverá no terceiro passo). Mas, para a correta utilização de tal ideia, para decidir tais casos não se pode dizer, com propriedade, que seja relevante a memória, no sentido de ter uma memória desenvolvida, pois apenas está em causa a retenção de uma ideia simples, a noção do justo particular. Já para descoberta de *endoxa* relevantes nos casos aos quais é relevante considerar as fontes «regulares» a memória é uma capacidade fundamental.

A última das partes integrantes da prudência relevante no *concilium* é a docilidade. De que se trata? Trata-se simplesmente da capacidade de o julgador saber procurar e acolher a opinião de outros, especialmente os mais experientes, relativamente à matéria cuja decisão tem em mãos, constante da questão jurisdicional. Um julgador dócil é, portanto, aquele que considera seriamente essas opiniões, não deixando que a sua visão pessoal *prima facie* sobre o caso que tem em mãos enviesasse a sua análise do mesmo.

É uma capacidade especialmente relevante em qualquer juízo prudencial, concretamente no juízo jurisdicional, devido, mais uma vez, às dificuldades de apreensão dos particulares que TOMÁS DE AQUINO designou por dificuldades *ex parte nostra* (já abordadas no ponto 4.2). Sendo o intelecto humano incapaz de conhecer diretamente os particulares, a visão distorcida que se tem dos mesmos presta-se a uma captação algo diferente por diferentes pessoas, conforme já se explicou. Como tal, perceber o particular, o caso em análise, concretamente pela descoberta de *endoxa* que sejam relevantes para avançar em tal conhecimento, é algo que será alvo de abordagens diversas por diferentes pessoas, tal não significando que algumas estejam necessariamente erradas e outras certas, mas antes que todas podem conter alguma parte de verdade.

A variedade dos aspetos que, nos casos em análise, o julgador pode ter de considerar é também outro motivo da grande conveniência em procurar e levar em conta as opiniões de outros, dado que assim se aumenta muito a probabilidade de alguém identificar algum aspeto decisivo para o bom conhecimento do caso (pelo uso da parte integrante que é a razão) e, conseqüentemente, descobrir (seja nas fontes «regulares», seja pela referida hipótese supletiva de utilizar a ideia de justo particular como *endoxon* genérica) algum *endoxon* relevante para fundamentar alguma das hipóteses de resposta à questão jurisdicional: «a prudência concerne às ações particulares [na arte jurisdicional, concerne aos contornos da forma que o equilíbrio distributivo e comutativo assume no caso particular], nas quais a diversidade é quase infinita [tal como ocorre, precisamente, no âmbito da arte jurisdicional]. Não é possível que um só homem seja plenamente

informado de tudo o que a isso se refere, nem em um curto tempo, senão em um longo tempo. Por isso, no que se refere à prudência, em grande parte, o homem tem necessidade de ser instruído por outro» (ST, II-II, 49, 3, co.). TOMÁS DE AQUINO identifica, inclusivamente, os vícios que se opõem a esta virtude da docilidade e que, portanto, importa ao julgador combater: «para que ela [a docilidade] seja plenamente desenvolvida, é necessário o esforço humano, isto é, que o homem atenda com solicitude, assiduidade e respeito ao ensinamento dos mais velhos [no sentido de serem os mais sábios], evitando negligenciá-los por preguiça, nem desprezá-los por soberba» (ST, II-II, 49, 3, ad. 2).

Sublinhe-se que não se pode, em verdade, subestimar a importância da docilidade no juízo prudencial. De tal modo assim é que uma das personagens que, na tradição judaico-cristã, é apontado como modelo de julgador expressamente identifica a docilidade como a qualidade-chave de que depende a possibilidade de julgar de forma sábia, ou seja, verdadeira, de saber apreciar os factos de modo a discernir o justo, no sentido apontado da qualidade de justo, ou injusto, que se pode identificar nos mesmos. Trata-se do Rei Salomão, o qual, como se pode verificar pelo que consta do primeiro livro dos Reis (capítulo 3, versículo 9), aquando da sua entronização, rezou pedindo a Deus que lhe concedesse a virtude que, sendo ele um Rei jovem, mais necessitaria para bem exercer as suas funções: «Concede ao teu servo um coração dócil, para saber administrar a justiça ao teu povo e discernir o bem do mal» (tradução nossa a partir da Vulgata).

Duas pequenas considerações são necessárias para «desmistificar» esta pequena referência: primeiro, a alusão ao «coração» não implica apenas uma referência ao âmbito sentimental. Conforme se referiu (ponto 4.4), o sentimento é também relevante na procura pelo justo, nomeadamente pela revolta, pelo choque que provoca uma situação patentemente injusta, mas tal está longe de esgotar o âmbito das faculdades necessárias para um bom julgador, funcionando antes como um teste indicativo da injustiça da solução e não como um elemento relevante no método para «chegar» à mesma. O «coração» é entendido, na mesma tradição judaico-cristã, como a «sede da vida emotiva e intelectual»³⁶⁰. Trata-se, naturalmente, de um sentido metafórico da ideia de coração que deve, portanto, ser entendido como a síntese das capacidades caracteristicamente humanas, incluindo as capacidades intelectivas, racionais, nas quais se inclui, naturalmente, aquelas capacidades, sub-virtudes, que se têm vindo a descrever como sendo integrantes da virtude da prudência.

³⁶⁰ Definição colhida no glossário constante de *Bíblia Sagrada*, p. 2080.

A outra consideração prende-se simplesmente com a necessidade de esclarecer que, na antiguidade, era o Rei quem administrava a justiça, além de, naturalmente, exercer todas as funções políticas, pelo que o pedido do Rei Salomão prende-se diretamente com a capacidade de bem julgar, de discernir o justo do injusto. A comprovar esta afirmação está, aliás, o facto de, pouco após o relato da referida oração de Salomão, se encontrar o famoso relato, que se pode encontrar em pinturas e esculturas decorativas de vários tribunais, relativo ao julgamento do Rei Salomão acerca da maternidade de um bebé que é disputada por duas mulheres (1Reis 3, 16-28). Sendo este relato ilustrativo de que Salomão tinha sido atendido na sua oração, é claro que a estória relatada é do âmbito jurisdicional³⁶¹.

Deste pequeno relato bíblico é possível avançar um pouco mais no entendimento da virtude da docilidade. Para tal é útil considerar que uma das traduções da Bíblia em língua inglesa (*Lexham English Bible*) adota um sentido muito sugestivo para dar conta da oração de Salomão: «*Give to your servant a listening heart to judge your people*». Em vez de «coração dócil», é aqui empregue a expressão «coração que escuta», ou seja, um coração atento, um coração que, na descrição que Deus faz acedendo ao pedido de Salomão (1Reis 3, 12), é «perspicaz»³⁶², um coração que sabe discernir. Desvela-se aqui um sentido mais amplo de docilidade: a capacidade de ser permeável não apenas à opinião dos outros, mas também, e essencialmente, à realidade do caso, sendo capaz de «ler» essa realidade, de a analisar, interpretar de forma fina, hábil, perspicaz.

No entanto, este sentido mais amplo de docilidade relaciona-se já com a fase do *judicium*, correspondendo às duas partes integrantes da prudência relevantes nessa fase do juízo prudencial, a sagacidade e o intelecto, pelo que se abordará tal sentido mais amplo da docilidade no terceiro e último passo da arte jurisdicional. Por essa razão, a docilidade enquanto parte integrante da prudência relevante no *concilium* deve ser limitada ao referido primeiro sentido, mais restrito. Sobre este é ainda necessário que se esclareça um último aspeto, de importância vital para o entendimento da relevância da docilidade para a arte jurisdicional.

Sendo a docilidade dirigida à permeabilidade do julgador à visão de outros, falta explicitar quem são esses outros. São, em primeiro lugar, as autoridades cuja competência

³⁶¹ B. XVI, «Discurso Do Papa Bento XVI - Palácio Reichstag de Berlim», disponível em http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html (consultado a 25/09/2020).

³⁶² *Bíblia Sagrada*, p. 470.

confere o aludido valor de verdade às *endoxa*: os AA que formam a doutrina, os julgadores, especialmente de tribunais superiores, que formam a fonte da jurisprudência, bem como as discussões de uns e de outros cujo produto consolidado se pode encontrar nas disposições conclusivas da lei e do contrato (esta questão será abordada no terceiro passo).

Mas a docilidade do julgador deve também dirigir-se a um outro alvo, que constitui, aliás, uma especialidade do juízo prudencial aplicado à arte judiciária: a discussão das partes. Esta discussão apresenta um papel muito importante na descoberta de *endoxa* relevantes no caso, uma vez que nela se pode encontrar um poderoso meio de realizar um dos pressupostos do método dialético-prudencial, a aludida diversidade de perspetivas sobre o caso. Assim é porque as partes apresentam uma predisposição maior para encontrar visões divergentes sobre a forma de responder à questão definidora da causa: sendo os seus interesses subjacentes à decisão da causa contrários, cada uma se encontra especialmente motivada e posicionada para encontrar, nas fontes, *endoxa* relevantes no caso que permitam resolver essa questão de formas opostas, encontrando razões para cada uma das duas hipóteses de resposta.

Por esse motivo é especialmente importante que o julgador seja dócil relativamente à discussão das partes no processo, à forma como elas expõem os factos e fundamentam, com recurso às fontes, as razões de eles serem equilibrados (réu) e desequilibrados (autor). Esta docilidade, note-se bem, dirige-se à discussão entre as partes, não porque na opinião das partes se encontre diretamente *endoxa*, pois nada do que as partes refiram apresenta, só por si, valor «endoxal», mas porque nessa discussão é, pela razão indicada, muito provável encontrar *endoxa* relevantes no caso e retiradas, colhidas, naturalmente, das fontes referidas.

Este segundo passo, recorde-se, designa-se por «confronto de opiniões». Qual é, afinal, o confronto de opiniões que aqui se processa, e qual a relevância que, no mesmo, apresenta as partes integrantes da prudência que se acabaram de analisar bem como o identificado propósito deste segundo passo, a procura de *endoxa*? Novamente, a ilustração com o referido exemplo relativo à tributação de juros em sede de IRS é clarificadora. As *endoxa* relevantes nesse exemplo são, naturalmente, as razões tidas por verdadeiras entre os praticantes da arte judiciária que permitem defender cada uma das duas respostas para a questão definidora da causa, ou seja, que permitem defender que o tipo de juros em causa deve ser tributado em sede de IRS e que não o deve ser. Tais

endoxa devem ser procuradas nas fontes indicadas, pois elas constituem catálogos reconhecidos de *endoxa* pertinentes para encontrar o justo particular. É conveniente explicitar esta afirmação. Sendo as *endoxa* proposições tidas por verdadeiras, neste caso, entre os praticantes da arte judiciária, as fontes de *endoxa* jurisdicionais, já abordadas, correspondem a tal definição dado que nelas se pode encontrar formulações que descrevem ou instituem, com verdade, uma qualidade relativa a certas operações de distribuição ou comutação tipologicamente identificadas: é o que ocorre na lei ou no contrato, onde se pode encontrar tal descrição nas disposições conclusivas e tal instituição nas determinativas, bem como na jurisprudência e na doutrina, onde apenas se encontram disposições conclusivas, conforme indicado.

Só assim não será se a fonte em causa conter alguma disposição da qual não resulte qualquer indicação de uma operação de distribuição ou comutação equilibrada. São disposições patológicas e pouco comuns, pois trata-se de disposições para as quais não é possível conceber qualquer caso relativamente ao qual elas indiquem uma relação equilibrada, mas não se trata de hipóteses académicas. Se for esse o caso, a atitude indicada do julgador é a de simplesmente ignorar a disposição, pois não existe nela qualquer via, qualquer instrumento para determinar o justo particular *in casu*, sendo essa a única função das fontes para a arte jurisdicional. Uma fonte da qual não jorra água não é uma fonte, dela não é possível retirar o que se busca: «tais textos não se hão de chamar leis, mas corrupções da lei, como já se disse. E, portanto, não se deve julgar de acordo com elas.» (*ST*, II-II, 60, 5, ad. 1). O mesmo vale, naturalmente, para as outras fontes.

No entanto, fora desses casos, existirá pelo menos algum caso para o qual certa disposição constante de uma fonte indica em que consiste o justo particular. É nesse sentido que se afirma que as disposições constantes das fontes são *endoxa* jurisdicionais. Note-se ainda que, em tal afirmação, não está em causa saber se certa disposição constante de uma fonte se adequa ao caso, no sentido em que permite descrever o justo particular *in casu* (em cuja operação está em causa uma qualificação, conforme referido). Essa é a questão crucial do método judiciário, da arte judiciária, a qual é, mais propriamente, objeto do terceiro passo da arte judiciária, o *judicium*, sem prejuízo da contribuição essencial do *consilium*. Ao se afirmar que nas fontes se pode encontrar *endoxa* judiciárias está simplesmente a afirmar-se que nelas é possível (salvo os referidos casos patológicos) encontrar razões para, à luz do critério do justo particular, fundamentar cada uma das duas respostas possíveis à questão definidora da causa, sendo que na fase em cuja análise nos encontramos, o *concilium*, é apenas isso que se pretende.

Retomando o dito exemplo, quais são, então, as *endoxa* que permitem defender que o tipo de juros em causa deve ser tributado em sede de IRS e que não o deve ser? Exemplos de tais *endoxa* podem ser as seguintes: no sentido de os juros em causa não deverem ser considerados como rendimentos sujeitos a tributação em sede de IRS está, por exemplo, recorrendo à lei portuguesa, o disposto no art. 4.º, n.º1 da Lei Geral Tributária (Decreto-Lei n.º 398/98 de 17 de dezembro): «Os impostos assentam essencialmente na capacidade contributiva, revelada, nos termos da lei, através do rendimento ou da sua utilização e do património». Desta disposição pode inferir-se que rendimento sujeito a tributação será apenas o acréscimo patrimonial do qual decorra um aumento da capacidade de pagar impostos. Ora, um juro destinado a manter o valor real da indemnização em face da desvalorização da moeda não revela qualquer aumento da capacidade de pagar impostos, apenas implica que o ressarcimento de um dano se mantém ao mesmo nível em diferentes períodos, mantendo a sua efetividade enquanto tal. Por definição, um ressarcimento não implica qualquer aumento da capacidade contributiva.

Já no sentido de os mesmos juros deverem ser sujeitos a tributação em sede de IRS, está, por exemplo, a *endoxon* decorrente do disposto no art. 5.º, n.º1 do Código do IRS (Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro): «Consideram-se rendimentos de capitais os frutos (...) sejam pecuniários ou em espécie, procedentes, direta ou indiretamente, (...) de direitos ou situações jurídicas (...)». Daqui decorre que os juros em causa estão sujeitos à tributação por constituírem um fruto de um rendimento de capital procedente de um direito, concretamente, o direito à indemnização. Este entendimento pode ser corroborado pela consideração de que, apesar de a tributação dos mesmos implicar uma diminuição real do património do lesado que não incide sobre um rendimento seu, essa diminuição constitui um novo dano que, como tal, deve ser imputado ao lesante. Estaria aqui, portanto, em causa uma decorrência do «princípio» da responsabilidade civil, cuja observância implica aliás, que o Estado não fique prejudicado pela não sujeição a tributação em sede de IRS de uma operação legalmente prevista como estando sujeita a esse tributo, sendo que, naturalmente, o Estado é alheio tanto à causa do dano como (até certo ponto, pelo menos) à desvalorização da moeda.

Como se pode verificar por este exemplo, estes argumentos, estas *rationes decidendi* são *endoxa*, são opiniões tidas por verdadeiras constantes, neste exemplo, da lei. Considerando cada uma delas, é relativamente fácil pensar em casos nos quais elas indicam em que consiste uma operação equilibrada. Além disso, são relevantes para o caso em análise pois permitem encontrar razões cada uma das hipóteses da questão

jurisdicional. São estas as *endoxa* que são relevantes neste ponto e que interessa ao julgador encontrar e colocar em confronto, como se acabou de fazer: apresentar as razões que podem levar o julgador a decidir a questão jurisdicional em certo sentido e em sentido contrário.

Ainda não se está, repita-se, portanto, numa fase decisória, mas antes numa fase do juízo dialético-prudencial que é preparatória (embora intimamente ligada, como se verá) daquela: para decidir uma matéria que é, por natureza, pelas razões já indicadas, probabilística, cujo objeto a ser conhecido é mutável e diverso, e do qual só se pode ter uma percepção parcial e imperfeita, é imprescindível esta etapa preparatória na qual se reúnem as perspectivas mais distintas entre si sobre a qualidade equilibrada ou desequilibrada do caso. Armado com tais perspectivas poderá então o julgador tomar uma decisão esclarecida, que as leve em conta e que permita superá-las, fornecendo uma visão mais abrangente, algo que se abordará no próximo ponto, o *judicium*.

Note-se também como o exemplo dado ilustra que a descoberta das *endoxa* relevantes leva à realização do segundo *organa* ou instrumento do método dialético referido por ARISTÓTELES (*Top.* 106a), a distinção dos vários sentidos que se pode atribuir ao conceito em discussão: por um lado, o juro é tomado enquanto uma forma de rendimento; por outro lado, o juro é tomado enquanto fruto de rendimento de capital decorrente de um direito. A própria distinção dos vários sentidos atribuíveis ao conceito em discussão é um instrumento do método dialético pois ajuda na procura de *endoxa*: dever-se-á indagar nas fontes *endoxa* que permitam descobrir diferentes sentidos para o conceito em discussão.

Para descobrir estas perspectivas é, então, imprescindível que o julgador detenha o melhor domínio possível das capacidades identificadas nas partes integrantes da virtude da prudência, já referidas: razão, para bem compreender o caso de modo a poder, identificar corretamente as *endoxa* relevantes, memória das fontes para que detenha a «matéria-prima» necessária à descoberta das mesmas e docilidade para ser devidamente permeável à visão de outros. O julgador que reúna estas qualidades será capaz de realizar um bom *concilium*, um bom conhecimento do caso e das hipóteses de o decidir. Esse julgador será, então, detentor da (sub-)virtude da *eubulia*, a virtude de quem sabe bem indagar «os meios adequados para atingir o fim» (*ST*, II-II, 51, 1, ad. 3).

O confronto de opiniões que aqui releva é, portanto, o confronto de *endoxa*, confronto esse que fornece a «matéria-prima» para a próxima e última fase do método dialético-prudencial.

4.4.3. Terceiro passo: decisão e conclusão

4.4.3.1. Introdução

Vista a forma como o método dialético-prudencial, na fase do *consilium*, permite encontrar *endoxa* relevantes para o caso, chegou então o momento de o julgador decidir, dando uma resposta justificada à questão definidora da causa, a qual, como se referiu, confirma ou infirma certo entendimento, certa definição acerca do conceito do qual depende a conclusão acerca da existência ou inexistência de desequilíbrio no caso em análise. Ora, se na fase do *concilium* a virtude relevante do julgador é a *eubulia*, a capacidade de, pela razão (juntamente com o intelecto, conforme referido), memória e docilidade, bem indagar, averiguar de forma não precipitada, cuidadosa, a respeito das *endoxa* relevantes, já no *judicium* serão relevantes as virtudes necessárias para saber avaliar, com verdade, o caso. Essas virtudes são a *synesis* e a *gnome* e nelas reside a capacidade para saber compreender o caso para decidir de forma «justa», adequada ao mesmo. Analisar essas virtudes é, portanto, indispensável para compreender o método dialético-prudencial nesta fase decisiva do *judicium*.

Com essa análise, que se segue, finda a abordagem propriamente metodológica, terminando-se o presente ponto 4 com uma descrição do «produto» do método dialético-prudencial aplicado à arte judiciária, que consiste na formulação de conclusões descritivas de certo equilíbrio distributivo ou comutativo referente a uma situação-tipo. Tal muito contribuirá para a compreensão da forma como o método proposto «alimenta» as «fontes regulares», sendo, portanto, indispensável para consolidar o saber jurídico, para a compreensão da forma como se avança no conhecimento das formas típicas que o justo particular assume em cada momento e lugar.

4.4.3.2. *Synesis* e *gnome*, as virtudes próprias do *judicium*

Conforme referido, a *synesis* e a *gnome* são virtudes que conferem ao julgador a capacidade de executar corretamente a fase do *judicium*. Torna-se, portanto, necessário, como forma de melhor compreender a função destas virtudes e antes de analisar o seu «funcionamento», explicitar, de forma mais desenvolvida, em que consiste esta fase.

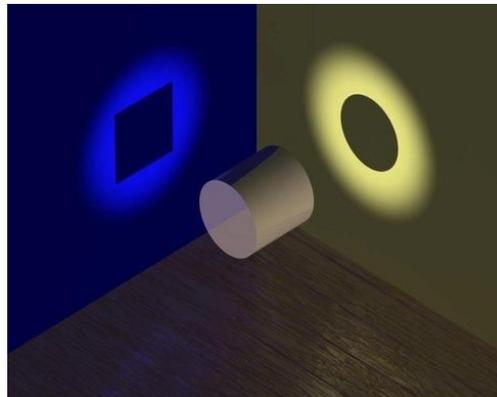
No *judicium* está em causa uma decisão que determina a forma como, à luz das *endoxa* encontradas no *concilium*, estas «iluminam»³⁶³ o caso de modo a que nele fique visível algum desequilíbrio distributivo ou comutativo, caso o mesmo exista. Sendo assim, será pertinente a seguinte pergunta: não é exatamente essa, também (além do processo de indagação, de procura de *endoxa*), a finalidade da fase do *concilium*, dado que nela se visa descobrir *endoxa* adequados ao caso, ou seja, que permitam responder a alguma das hipóteses de resposta da questão jurisdicional? A resposta a esta pergunta – excetuando o aspeto lateral de as *endoxa*, no *concilium*, poderem indicar a existência de um desequilíbrio ou a sua inexistência, não justificando diretamente o equilíbrio mas apenas a possibilidade de inexistência de desequilíbrio (pelas razões que se indicam no ponto 4.2), enquanto que no *judicium* o julgador deve concluir expressamente pela existência de equilíbrio ou de desequilíbrio na operação em causa – é afirmativa.

Assim sendo, como diferenciar estas duas fases? Além da, já indicada, dimensão de indagação exclusiva do *concilium*, no *judicium* o julgador completa, leva ao término, a tarefa iniciada no *concilium*. Neste procura-se, nas fontes, por perspetivas que ajudem a compreender o caso. Mas, como se tem vindo a referir, não é possível compreender o caso de forma «instantânea», não é possível apreender todas as suas «fachadas» com um só olhar, sendo que o *concilium* «apenas» fornece tais «fachadas», tais ângulos de visão sobre o caso que, note-se bem, são verdadeiros, ou seja, fornecem uma perspetiva adequada do caso, as *endoxa* são relevantes *in casu*. A perspetiva é adequada, mas não suficiente. Só pela consideração de todas as perspetivas adequadas ou relevantes no caso se poderá adquirir uma visão suficientemente abrangente do caso para poder ajuizar sobre a sua configuração. É precisamente isso que está em causa no *judicium*, fase em que o julgador, munido das diversas perspetivas, das diversas *endoxa* que lhe permitem avaliar a qualidade equilibrada ou desequilibrada dos factos que formam caso, é chamado a compor todas essas perspetivas para elaborar uma visão mais completa da realidade. A finalidade do *concilium* e a do *judicium* é, portanto, a mesma, distinguindo-se estas fases apenas pelo grau de completude na sua realização. É precisamente neste âmbito que se deve entender a seguinte afirmação de TOMÁS DE AQUINO: «toda consideração das coisas

³⁶³ Esta capacidade «iluminativa» das disposições constantes das fontes foi, aliás, sendo progressivamente esquecida ao longo do tempo, com a progressiva disseminação das doutrinas de matriz nominalista, que se abordaram no ponto 2.1.1. No entanto, os primeiros AA partidários da herança nominalista, visto escreverem numa época em que aquela capacidade das normas não estava totalmente esquecida, sentiram a necessidade de a afastar expressamente. Assim se compreende a, já citada, afirmação de SUÁREZ: «*lex non tantum est illuminativa* [da qualidade equilibrada ou desequilibrada do caso], *sed motiva et impulsiva* [de um comportamento]» (*De Legibus*, I, IV, 7).

que se têm em conta no conselho [*consilium*] se ordena a um julgamento [*judicium*] reto; por isso a consideração se aperfeiçoa no juízo» (ST, II-II, 53, 4., ad. 2); «a deliberação, [tem por fim] a indagação a respeito do que se deve fazer [TOMÁS DE AQUINO refere-se aqui, como na esmagadora maioria das suas referências à prudência, à prudência *simpliciter*, aquela que tem em vista determinar o que se deve fazer em certa situação; adaptando a referência à prudência verdadeira mas «imperfeita» que, conforme se referiu, é a relevante na arte judiciária, deve entender-se esta referência como a «indagação a respeito» de como se deve decidir o caso], e o juízo, a certeza [trata-se da certeza possível num juízo prudencial, que é sempre, por natureza, probabilístico: cfr. ST, II-II, 47, 3, ad. 2 e II-II, 47, 9, ad. 2]» (ST, II-II, 51, 2, ad. 2).

Para se ilustrar o que se acabou de referir, atente-se na seguinte imagem³⁶⁴:



Com esta imagem pretende-se ilustrar como a composição de perspetivas distintas permite chegar a uma conclusão mais abrangente da realidade, que as integra e supera. A figura é útil para comparar com o que ocorre no juízo prudencial uma vez que nela se ilustra como se pode ter uma impressão limitada de uma realidade (que no caso do juízo prudencial é o particular, o caso em análise), a qual, pela sua limitação, manifesta-se em perspetivas diferentes, mas ambas verdadeiras, adequadas ao caso, porque parciais.

Veja-se como, ao se ter apenas em conta a perspetiva resultante do sombreado do lado esquerdo, pode pensar-se que o objeto que gera a sombra é um cubo; já ao se ter apenas em conta a perspetiva resultante do sombreado do lado direito pode pensar-se que o objeto que gera a sombra é uma bola. Ambas as perspetivas, apesar de diferentes, são verdadeiras, porque cada uma reflete uma parte da realidade. No entanto, só se consegue inferir qual o objeto, a «realidade» em causa quando se combina ambas as perspetivas,

³⁶⁴ Imagem retirada do sítio *web* seguinte:
https://es.wikipedia.org/wiki/Dualidad_onda_corp%C3%BAsculo#/media/Archivo:Dualite.jpg
(consultado a 26/06/2020)

sabendo, naturalmente, que a realidade que elas refletem é unívoca. Só tendo em conta que o objeto a ser conhecido e a que não se acede diretamente é um objeto que, numa perspectiva, tem a forma quadrada e, noutra, tem a forma circular é que se pode inferir que o mesmo é, provavelmente, um cilindro.

Vejamos então em que consistem as duas virtudes capazes de dotar o julgador das capacidades necessárias, do saber-fazer para julgar de forma tão próxima da realidade quanto possível. Tal como se referiu a propósito do *consilium*, também agora se iniciará a análise de tais virtudes pela consideração não das mesmas diretamente, mas antes pela análise do vício contrário às virtudes da *synesis* e *gnome*, um dos vícios contidos na imprudência, que se designa por inconsideração. A propósito desta, refere TOMÁS DE AQUINO que «a consideração implica um ato do intelecto que considera a verdade da coisa. E, assim como a indagação [em que consiste o *consilium*] é própria da razão, o juízo é próprio ao intelecto (...) É por isso que a consideração se refere sobretudo ao juízo. Também a falta de julgamento reto se refere ao vício da inconsideração, conforme alguém falha no julgamento reto pelo fato de desprezar ou de negligenciar atender àquilo do qual procede o julgamento reto.» (ST, II-II, 53, 4, co.).

Interessa destacar especialmente esta última frase, na medida em que nela é possível encontrar as duas possíveis razões pelas quais o julgador pode falhar no ato de julgar: por um lado, o desprezo e, por outro, a negligência relativamente aos dados relevantes do caso que são, na arte judiciária, as circunstâncias factuais que revelam a existência eventual de algum desequilíbrio. Será então muito útil, para começar a compreender em que consistem as referidas virtudes de bem julgar, a *synesis* e a *gnome*, atentar nos dois vícios do mau julgamento, que são duas formas distintas de inconsideração relativamente aos aspetos relevantes da realidade dos quais «procede o julgamento reto», o desprezo e a negligência. Inicia-se a análise pelo desprezo.

O julgamento pressupõe que quem o executa, o julgador, esteja devidamente disposto, «inclinado» para esse fim, a determinação do justo particular: «juiz significa aquele que *diz o direito*. Mas o direito é objeto da justiça, como já ficou explicado. Segue-se que o julgamento, na aceção primeira do termo, implica uma determinação ou definição do que é justo ou do direito. Ora, o que leva a definir o que convém nas ações virtuosas é o hábitus da virtude. Assim, o homem casto decide bem o que respeita à castidade. Logo, o julgamento que implica a determinação reta do que é justo pertence propriamente à justiça. Eis por quê, o Filósofo diz: “recorre-se ao juiz como à justiça viva”» (ST, II-II, 60, 1, co.). Esta inclinação para o que é justo, no sentido do justo

particular (o único que, como se verificou, releva no âmbito jurisdicional), é a primeira condição do bom julgador, uma condição que incide sobre a própria intenção do julgador visar esse fim na sua decisão. Faltando essa disposição do julgador verificar-se-á o primeiro dos referidos vícios, o desprezo.

Assim, o desprezo implica uma inconsideração «direta», «dolosa» das circunstâncias factuais que revelam a existência eventual de algum desequilíbrio. Trata-se aqui dos casos mais graves de falha no ato de julgar. Como forma de melhor compreender de que se trata, deve tomar-se em conta uma distinção entre o desprezo a que se pode chamar exterior e aquele a que se pode chamar interior, tendo por referência a pessoa do julgador.

A inconsideração no juízo por desprezo exterior ocorre sempre que alguma causa externa ao julgador o leva a desprezar as circunstâncias factuais relevantes para julgar de acordo com a realidade. É o que ocorre sempre que o julgador, por exemplo por se deixar corromper por algum benefício ou por se deixar influenciar pelo afeto ou pela proximidade pessoal com alguma das partes, deliberadamente ignora tais circunstâncias para justificar um juízo contrário àquele que ele próprio sabe ser o conforme com o justo particular e, portanto, o devido naquela situação. Para evitar este vício no julgamento é adequada, respetivamente, a punição e o afastamento da possibilidade de julgar relativamente qualquer julgador que se possa suspeitar haver tal proximidade pessoal.

Já para compreender em que consiste a inconsideração no juízo por desprezo interior, é útil recorrer a um exemplo: pode um juiz que agride a pessoa com quem é casado ser um bom julgador num caso de violência doméstica? A resposta dependerá do motivo da agressão: se tal juiz agredir com a noção de que tal agressão pode ser um ato justificado, então esse juiz não tem para si o justo particular como um fim bom, pelo contrário, admite como bons atos contrários ao justo particular (concretamente ao justo comutativo *secundum quid*), pelo que, por essa razão, não está disposto a considerar como bom e digno de ser prosseguido o fim próprio da arte judiciária, o justo particular, algo que vicia à partida qualquer juízo prudencial que vise a determinação da forma do justo particular *in casu*; pelo contrário, se tal pessoa agredir com a noção que está a fazer algo maldoso e censurável, sendo a sua conduta atribuível à incapacidade de tal pessoa controlar os seus impulsos, a sua raiva ou cólera que o levou a cometer a agressão, então essa pessoa, merecendo naturalmente ser punida pela agressão, poderá ser um bom julgador dado que tem uma noção verdadeira acerca do fim próprio da arte judiciária, sendo que apresenta falhas graves no exercício de outras virtudes que não a justiça particular, como a fortaleza

ou a temperança, cujo domínio não é necessário para que o julgador seja um bom artífice na sua arte.

Trata-se, portanto, de uma condição essencial para alguém ser um bom julgador «a disposição de quem julga, donde lhe vem a idoneidade para julgar retamente. Assim, no que toca à justiça, o juízo [o julgamento] procede da justiça, assim como decorre da fortaleza o juízo em matéria que a esta se refere. Logo, o juízo é ato da justiça, enquanto inclina a julgar retamente» (ST, II-II, 60, 1, ad. 1). No entanto, sublinhe-se, esta condição do bom julgamento é relativa ao fim, já que quanto ao meio de o proferir, ou seja, quanto à questão, de que nos temos ocupado, da capacidade, do saber-fazer do julgador para determinar o justo particular, está em causa, como já se referiu, não a virtude da justiça particular do julgador mas a prudência do mesmo: «o juízo é ato da justiça, enquanto inclina a julgar retamente, da prudência, porém, enquanto o profere» (ibid.); «o justo, pela virtude da prudência, profere o seu julgamento, baseando-se nas regras do direito [*ex regulis iuris*, ou seja, as *leges artis* da arte judiciária, que, conforme se explicou, são as *endoxa* relevantes neste âmbito]» (ST, II-II, 60, 1, ad. 2).

Ora, só no caso do julgador que entende que a violência doméstica pode ser justificada existirá nele o vício do desprezo interior, pois a sua disposição pessoal não está devidamente inclinada para a prossecução do justo particular, concretamente a sua determinação na decisão. Nesse caso também deverá tal pessoa ser afastada da função de julgar.

Já a outra forma pela qual o julgador pode possuir o vício da inconsideração das circunstâncias factuais relevantes para determinar o justo particular é o (sub-)vício da negligência, pelo qual o julgador também não leva em conta tais circunstâncias, mas agora por uma razão distinta da falta da adequada disposição para o justo particular. Tal disposição existe, o julgador é dotado da virtude da justiça particular – pela qual é inclinado a determinar e praticar o justo particular, embora tal possa não acontecer efetivamente pela sua incapacidade no âmbito de outras virtudes morais, conforme referido – mas falha na prática da virtude que orienta o próprio ato de determinação do justo *in casu*: a prudência! Não está aqui em causa, naturalmente, uma falha em toda a «virtude imperfeita» da prudência que, conforme referido, é relevante no âmbito jurisdicional, mas apenas a falha em certa parte dela: a falha na diligência ou solícitude. É precisamente nisso que consiste a negligência: a falta de diligência ou solícitude do julgador para considerar as circunstâncias factuais relevantes na determinação do justo particular, sendo este o motivo que mais frequentemente pode levar a que o julgador

pronuncie um julgamento injusto, devido à conseqüente inconsideração das mesmas na decisão.

Diligência ou solícitude têm aqui o sentido de vigilância, atenção, perspicácia, sagacidade ou agudeza no reconhecimento das características relevantes do caso, sendo essencial no juízo prudencial: «Segundo diz Isidoro, solícito vem de *solers* (sagaz) e de *citus* (rápido), enquanto alguém, a partir de certa sagacidade do espírito, é rápido para cumprir o que se deve fazer. Ora, isso pertence à prudência» (ST, II-II, 47, 9, co.).

Nesta passagem, como em quase todas onde se aborda genericamente a virtude da prudência, TOMÁS DE AQUINO refere-se à prudência pessoal ou *simpliciter* que visa determinar como agir *hic et nunc* e conformar a própria ação com essa determinação. Ora, parte da passagem citada só tem cabimento na prudência pessoal, aquela que se refere à rapidez no cumprimento da ação determinada. Mas a outra parte da mesma é perfeitamente aplicável à «prudência imperfeita» relevante na arte judiciária, a relativa à «sagacidade do espírito», à atenção ou perspicácia pela qual se determina o equivalente ao que «se deve fazer» *hic et nunc*, ou seja, a forma do justo particular *in casu*. De facto, do mesmo modo que se diz que alguém é negligente na sua ação ao provocar algum dano por falta da devida solícitude, atenção ou cuidado em determinada situação, também o mesmo se pode dizer do procedimento do julgador que, pelo mesmo tipo de falta de solícitude, atenção ou cuidado, desconsidera as circunstâncias factuais relevantes para conhecer adequadamente a «qualidade» equilibrada ou desequilibrada da operação de distribuição ou de comutação em análise.

Ser solícito, não ser negligente é, portanto, uma condição para evitar a inconsideração das referidas circunstâncias factuais, de modo que a «negligência é parte da imprudência. – Isso é deduzido também da própria palavra. De fato, Isidoro diz: “negligente significa o que não elege” [*nec eligens*]. Ora, a reta eleição dos meios pertence à prudência. Portanto, a negligência pertence à imprudência.» (ST, II-II, 54, 2, co.). Esta referência à «reta eleição dos meios» fornece um bom ponto de partida para que se compreenda melhor o que implica concretamente ser o juiz solícito na análise do caso: «a negligência consiste na deficiência de um ato interior, ao qual se refere a eleição.» (ST, II-II, 54, 2, ad.1).

De facto, sendo a arte judiciária, como referido no ponto 4.1, uma arte de meios incertos, será necessário não só uma fase dedicada à descoberta desses meios, que corresponde à fase do confronto de opiniões reputadas, de *endoxa*, já abordada, como também uma fase destinada à «eleição» de tais meios, de forma a decidir quais deles, ou

qual combinação de meios, é a adequada ao fim em causa, à determinação da forma do justo particular no caso. Essa é a fase do *judicium*, a fase decisória, o terceiro passo da arte judiciária, que agora se analisa. Nesta fase está, por isso, propriamente em causa evitar um tipo particular de imprudência, a negligência dos referidos meios.

Mas o que significa concretamente um julgador não ser negligente, ser solícito, atento, cuidadoso na análise dos meios, das circunstâncias factuais relevantes para decidir com a maior adequação, justeza possível à realidade? Para responder a esta questão refere TOMÁS DE AQUINO que os «defeitos de inteligência e de sagacidade pertencem à negligência e à inconstância» (*ST*, II-II, 53, 2, co., *tertia pars*). Ora, deixando de lado a «inconstância», por ser apenas relevante no âmbito da execução (v. *ST*, II-II, 53, 5, co.) e, por isso, irrelevante para a arte judiciária (sê-lo-ia apenas para a prudência *simpliciter*), é adequado interpretar esta passagem no sentido que se os «defeitos de inteligência e de sagacidade pertencem à negligência», então o correto «uso» da «inteligência» e da «sagacidade» pertence à solícitude, à atenção ou cuidado na «eleição», na escolha dos meios relevantes que é exigida ao julgador. A chave está, pois, na análise destas duas capacidades.

Efetivamente, tal como na fase do *consilium* é essencial, como se viu, a análise das partes integrantes da prudência nessa fase relevantes para determinar as qualidades do julgador adequadas para a descoberta de *endoxa* pertinentes, também aqui, no *judicium*, encontramos na inteligência e na sagacidade, partes integrantes da mesma virtude, as qualidades práticas necessárias para bem decidir, concretamente para não cair vício da inconsideração enquanto negligência.

Começando pela sagacidade, dir-se-á, primeiramente, que a docilidade está para o *consilium* como a sagacidade está para o *judicium* (cfr. *ST*, II-II, 48, co., *prima pars*).

A docilidade visa obter algum conhecimento sobre o objeto através dos outros, a sagacidade visa obter algum conhecimento sobre o objeto através da própria pessoa que julga, algo essencial para decidir: «Uma reta avaliação ou opinião na ordem prática, como no plano especulativo, se adquire de dois modos: primeiro, encontrando por si mesmo; segundo, aprendendo de outros. E, assim como a docilidade dispõe para bem receber a reta opinião de outro, também a sagacidade dispõe para adquirir a reta avaliação por si mesmo» (*ST*, II-II, 49, 4, co.). Assim, para compreender o seu «conteúdo» é útil ter em conta que está em causa uma parte integrante da prudência que permite encontrar rápida e diretamente a solução do caso, a forma do justo particular no mesmo, sem que para tal seja necessário considerar as opiniões divergentes, as várias *endoxa* relevantes que se

descobrem pela docilidade. O que se acabou se referir pode parecer incompatível com o que antes se afirmou a propósito da necessidade da fase do *consilium* no juízo prudencial, a qual se apresentou como sendo prévia à do *judicium*, na qual se procede à composição das perspetivas diversas encontradas na fase anterior, de modo a encontrar a solução do caso o mais adequada possível à realidade.

Tal aparente incompatibilidade é ultrapassada ao se considerar que ambas as visões são verdadeiras, mas em situações diferentes. Na maioria dos juízos da arte judiciária haverá tempo para uma fase de *consilium*, para indagar, nas fontes, quais as *endoxa* relevantes, considerando a discussão das partes a esse respeito. Mas haverá também situações em que a urgência em emitir uma decisão, em face de um perigo iminente ou de um grave dano já efetivo, não permitem que essa oportunidade exista. Nessas situações o julgador é confrontado com a necessidade de decidir prontamente. É então necessário que exista uma capacidade prática, uma virtude, especialmente destinada apenas a estes casos: «a sagacidade (...) é “a conjetura fácil e rápida a respeito dos meios”, como diz o Filósofo. (...) Andrônico (...) enumera a sagacidade como parte da prudência (...) pois ele diz que “a sagacidade é um hábito pelo qual, de repente, se descobre o que convém”» (*ST*, II-II, 49, 4, co.); «às vezes é necessária [a sagacidade]; assim quando, de improviso, ocorre algo que se deve fazer. [no sentido em que ocorre algo que é necessário fazer para evitar um mal]» (*ST*, II-II, 49, 4, ad. 2). É o que ocorre sempre que o juiz seja confrontado com a necessidade de decidir no âmbito de procedimentos urgentes, como é o caso, no direito português, das providências cautelares.

O que está em causa nesta virtude? Não é fácil sabê-lo dado que se trata de um processo decisório que é, por natureza, perfunctório, baseado numa certa «intuição» ou «faro». De todo o modo, poder-se-á dizer que está aqui em causa uma síntese de todas as capacidades práticas relevantes no juízo prudencial (as já referidas a respeito do *consilium* e a que se irá abordar de seguida) que fazem com que o julgador sagaz seja dotado da capacidade de decidir rapidamente qual a forma do justo particular *in casu*, reconhecendo se o caso apresenta uma operação de distribuição ou de comutação equilibrada ou, caso contrário, indicando qual o «justo corretivo» que equilibra a mesma, mesmo que não consiga fundamentar de forma tão completa a sua decisão.

Novamente recorrendo à comparação com a arte médica, esta síntese de todas as capacidades práticas em que consiste a sagacidade ou perspicácia de julgamento é semelhante à habilidade necessária para que um médico ou enfermeiro, ao ser confrontado com uma urgência, saiba qual o melhor procedimento a adotar em favor da

saúde do paciente, sem que tenha tempo de realizar todos os exames de diagnóstico ou de consultar livros ou outros profissionais.

Esta comparação permite, aliás, pôr em relevo um aspeto muito importante e talvez aquele que mais contribui para desenvolver a sagacidade: a experiência prática acumulada na resolução de casos semelhantes. Só esta irá permitir que o julgador, tal como o médico, aguça a sua perspicácia para, rapidamente e com a maior probabilidade possível, conseguir avaliar corretamente o caso e encontrar a solução mais adequada à realidade (sem excluir nunca a possibilidade de erro). Na sagacidade é, aliás, especialmente clara a sua dimensão de saber-fazer, a qual chega ao ponto de impedir uma análise teórica capaz de descrever o seu funcionamento, sem prejuízo de se poder identificar o fator que contribui para a sua promoção, a experiência prática repetida na análise de casos. É esse o meio pelo qual, aliás, se cresce em qualquer virtude – o treino repetido desenvolve a memória, orienta a docilidade, aguça a razão e, como se verá, dota o intelecto das noções necessárias ao bom julgamento –, embora seja especialmente relevante na sagacidade. Por isso não seria descabido, por exemplo, destinar aos julgadores com alguns anos de experiência a exclusividade para decidir providências cautelares.

Analisada a sagacidade, inicia-se agora a análise da parte integrante da prudência da qual decorre, na maioria dos casos, aqueles que ocorrem em situações «normais», não urgentes, a capacidade de bem julgar: o «intelecto ou inteligência» (*ST*, II-II, 48, co.).

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer bem do que se trata, dado que este conceito é dotado de um sentido vulgar que não corresponde exatamente ao sentido aqui relevante, embora também não seja totalmente distinto, sendo certamente bem mais definido. O próprio TOMÁS DE AQUINO preocupa-se com essa clarificação terminológica, esclarecendo que «o raciocínio da prudência atinge seu termo em uma ação particular que é como uma conclusão, à qual é aplicado o conhecimento universal, como foi dito [cfr. *ST*, II-II, 47, 3 e II-II, 47, 6]. Ora, uma conclusão particular se obtém pela via do silogismo a partir de uma proposição universal e de uma proposição particular. É preciso, portanto, que a razão da prudência proceda de um duplo intelecto. Um deles é conhecedor dos universais e figura entre as potências intelectuais;» (*ST*, II-II, 49, 2, ad. 1).

Assim, uma primeira noção de intelecto corresponde à capacidade humana de conhecer os universais, quais são, segundo a conceção *universalia in rebus* que se defende, essenciais para a compreensão da realidade, dos particulares, cuja inteligibilidade depende da capacidade de neles reconhecer alguma participação nos universais. Para tal é primeiramente necessário conhecer bem os universais, sendo,

naturalmente, aqui relevante para o julgador um excelente conhecimento do universal «justo particular». É essa a relevância metodológica do que se referiu nos pontos 3.4.3.2 e 3.4.3.3 a respeito daquilo em que consiste, da caracterização, do justo particular, nas variantes distributiva e comutativa. O conhecimento dos universais é, portanto, a primeira condição de inteligibilidade dos particulares, sendo o intelecto humano imbuído de tal conhecimento, que é nele «fixado» pela memória (*ST*, I, 79, 6 e I, 79, 7) e que é posto em funcionamento pela razão (*ST*, I, 79, 8) a qual, conforme explicado no ponto anterior, «rege o movimento [a passagem] de uma proposição a outra, de uma intelecção [conhecida] a outra [desconhecida]»³⁶⁵ (tradução nossa) de forma a ir formando uma imagem adequada da realidade, ele torna-se uma «potência» capaz apreender a realidade. De facto, este entendimento corresponde ao significado etimológico da palavra «intelecto»: «o *intelecto* compreende, ele «lê dentro» das coisas (*intus-legere*) aquilo que aí encontra de inteligível»³⁶⁶ (tradução nossa; destaque presente no texto originário).

Todavia, para que tal potência intelectual aceda ao conhecimento dos particulares não é suficiente ser dotada de uma conceção verdadeira dos universais. Para que o intelecto encontre nos particulares algo de inteligível de modo a ser capaz de dotar o julgador da capacidade necessária para um juízo verdadeiro acerca do caso é necessário que o intelecto seja dotado do que se pode designar por um conhecimento tipológico das mais frequentes concretizações particulares dos universais, de modo a poder reconhecer, na análise dos particulares, a sua participação, mais ou menos fiel, nos universais: «o outro intelecto [necessário à compreensão dos particulares pertinente ao juízo prudencial], como diz Aristóteles, é aquele que conhece “o extremo”, quer dizer, algo primeiro, singular e contingente operável [a tradução de «*contingentis operabilis*» não é feliz; melhor seria traduzir por «uma matéria prática contingente»], como a proposição menor, a qual deve ser particular em um silogismo de prudência, como foi dito. Ora, este primeiro singular é um fim singular, como está dito na mesma passagem. Portanto, o intelecto que figura como parte da prudência é a reta avaliação de um fim particular.» (*ST*, II-II, 49, 2, ad. 1). Este conhecimento tipológico das mais frequentes concretizações particulares dos universais é, portanto um «fim singular», ou seja, uma finalidade ou tendência inerente à realidade singular em análise da qual depende a análise correta, verdadeira do caso; também é chamado de «princípios próprios das coisas», de tal modo

³⁶⁵ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 29.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 29.

que «deve-se dizer que o juízo deve ser tomado a partir dos princípios próprios das coisas» (*ST*, II-II, 51, 4, ad. 2).

Aplicando estas considerações à arte judiciária, os «princípios próprios das coisas», ou seja, das concretas operações distributivas ou comutativas, os «fins singulares» que nelas se podem descobrir, na forma efetiva ou potencial, e que constituem as mais frequentes concretizações do universal do justo particular correspondem às *endoxa* constantes das fontes «regulares», já mencionadas, uma vez que nelas se pode encontrar, precisamente, razões para decidir os casos particulares. Ora, só poderá constituir uma *ratio decidendi* constante de tais fontes precisamente alguma concretização tipológica daquele que é o critério decisório genérico de qualquer questão jurisdicional: a conformidade ou desconformidade do caso com o universal «justo particular». O intelecto das *endoxa* é, portanto, para o julgador comparável a uma luz que ilumina certa parte da realidade de modo a que ele a possa «ver», compreender, reconhecer nela uma «imagem» identificável, inteligível.

É, portanto, essencial, para julgar bem, que o julgador tenha uma noção correta das *rationes decidendi*, das *endoxa* aplicáveis aos casos particulares de modo a poder determinar se a operação de distribuição ou comutação de cada caso apresenta ou não uma configuração que participa, de alguma forma particular e que se pode constatar em vários casos semelhantes (tipo), do equilíbrio distributivo ou comutativo. Assim é pois o mero conhecimento do universal, sendo embora imprescindível, é demasiado genérico para permitir o conhecimento dos particulares: dada a mutabilidade e a diversidade da realidade, os universais materializam-se de formas muito diversas, em graus variáveis de «realização», mas é ainda possível reconhecer na realidade formas típicas de tal materialização, as quais podem ir sendo progressivamente reconhecidas e fixadas nas fontes «regulares», nisso consistindo as *endoxa*, que fornecem o enquadramento, as perspectivas necessárias para «descer de nível», de uma definição genérica de justo particular para uma sua materialização tipológica ou concetual captadora das mais frequentes formas de tal materialização, o que possibilita uma avaliação prudencial do justo particular no caso concreto: «deve-se dizer que a infinidade de singulares não pode ser abarcada pela razão humana (...). No entanto, pela experiência, a infinidade dos singulares é reduzida a um número finito de casos, mais frequentes, cujo conhecimento é suficiente para a prudência humana» (*ST*, II-II, 47, 3, ad. 2). Nisso consiste todo o arsenal concetual que forma o arcaboço da formação jurídica e a que se fez referência no ponto

4.4.2.3: a existência de tal conjunto de conceitos pressupõe e denota a referida tipificação na forma como se materializa, se concretiza o justo particular.

É, portanto, o intelecto de tais «princípios próprios» que propriamente constitui parte integrante da virtude da prudência, visto que o intelecto dos universais é necessário para a realização de qualquer tipo de ato cognitivo, incluindo, por exemplo, a descrição do funcionamento genérico de alguma realidade (pense-se, por exemplo, na descrição do ciclo de vida das plantas), o qual, por não se reportar a uma realidade *hic et nunc*, não tem natureza prudencial. Só num juízo prudencial é realmente necessário o intelecto dos «princípios próprios», para que, por eles, se possa devidamente conhecer o caso particular.

Note-se como ser dotado desta particular virtude do «intelecto» contribui para um conhecimento do caso segundo diversas perspectivas que, conforme referido, é um objetivo do método dialético-prudencial. Ainda que o julgador seja dócil a várias perspectivas, a várias *endoxa* relevantes no caso, elas só poderão funcionar como efetivos critérios de análise do caso pelo julgador se ele for capaz de ter uma noção correta, verdadeira de tais *endoxa*, para que as possa realmente utilizar para, com a «luz» que delas brota, encarar o caso por diferentes perspectivas e, conseqüentemente, saber decidir de acordo com essa visão abrangente. O exemplo que adiante se retomará servirá para ilustrar esta consideração.

Neste ponto, encontramos-nos em condição de compreender em que consiste a virtude de bem julgar, a *synesis*. Bem julgar, conforme referido, consiste, pela negativa, em evitar o vício da inconsideração enquanto desprezo pelo fim a atingir e enquanto negligência dos aspetos factuais relevantes. Dado que na primeira hipótese está em causa um vício que depende de uma escolha pessoal do julgador, não reside aí qualquer questão de âmbito metodológico. O problema jusmetodológico coloca-se antes na segunda hipótese, sendo que é nesse âmbito que incide a virtude da *synesis*, pois aí está realmente em causa um método para julgar bem, para encontrar os meios da descoberta de uma decisão («a *synesis* se ocupa mais dos meios»: *ST*, II-II, 51, 3, ad. 1, *in fine*) que apresente a maior probabilidade possível de ser ajustada aos factos do caso *sub iudice*³⁶⁷: «a falta de

³⁶⁷ É aqui relevante uma pequena nota explicativa dos termos da necessidade de compreensão particular de um certo aspeto da virtude da *synesis* a respeito das situações em que é relevante aferir como repor a igualdade comutativa *secundum quid*, ou seja, os casos de direito penal. Tal como referido no ponto 3.4.3.3.3, para determinar a pena é relevante tanto a retribuição do mal cometido como a prevenção do mal futuro. Ora, se para aferir a pena retributiva basta analisar o caso, concretamente o grau de imputabilidade do dano ao gente (de acordo com os 4 graus ou tipos de punibilidade referidos naquele ponto: privilegiada, negligente, voluntária e qualificada), sendo aí, portanto, relevante analisar a mesma realidade que para as

juízo, objeto da *synesis* e *gnome*, [novamente, a tradução não é feliz, pois pode dar a impressão que a *synesis* e a *gnome* incidem sobre falta de juízo, quando é exatamente o contrário; no texto originário lê-se: *quantum vero ad defectum iudicii, circa quod sunt synesis et gnome*, pelo que uma melhor tradução seria: «a deficiência no juízo, à qual se aplica a *synesis* e a *gnome*»] é *inconsideração*» (ST, II-II, 53, 2, co., *secunda pars*). Para já, considerar-se-á apenas a *synesis*, pois da sua compreensão depende a possibilidade de posterior análise da *gnome*.

Sendo a *synesis* a virtude de bem julgar, o seu domínio consiste na síntese de todas as competências que se acabaram de abordar como sendo integrantes do juízo prudencial, tanto as relativas ao *consilium* como as relativas ao *judicium*, dado que o segundo é, pelas razões indicadas, o logro ou realização acabada do primeiro: boa memória, docilidade às perspectivas que se encontram nas fontes, boa capacidade de raciocínio capaz de encontrar, pela imaginação, as prováveis consequências das operações de distribuição ou comutação e – muito particularmente por aqui residir a capacidade de que depende diretamente a possibilidade de conhecer o caso – um intelecto imbuído de noções verdadeiras acerca dos «princípios próprios» que mais frequentemente caracterizam tais operações, ou seja, das *endoxa* ou *rationes decidendi*, não bastando para tal ter memória ou ser dócil relativamente às mesmas dado que tal implica apenas um conhecimento da sua «existência», um conhecimento «livresco», sendo antes necessário ser dotado de uma

restantes situações em que se afere a igualdade comutativa e distributiva, ou seja, a realidade dos factos do caso *sub iudice*, já para aferir o carácter preventivo da pena é necessário atentar numa outra realidade: a própria pessoa do criminoso. Deste modo, é, em primeiro lugar, necessário considerar que é a lei determinativa (ponto 4.4.2.2) que associa determinadas penas a certos tipos de crime (medida abstrata), pelo que é por este tipo de lei que, de acordo com o juízo prudencial legislativo (*prudencia legispositiva*) direcionado para o bem comum, se determina se certo desequilíbrio comutativo deve ou não ser punido e, estabelecendo-se a punição, se determina também, em cada tipo, a punibilidade ou não punibilidade de cada um dos referidos graus bem como o tipo e o *quantum* da pena (aqui residindo a especial importância da lei no direito penal). Cabe então ao julgador analisar os factos do caso de modo a determinar qual o grau existente *in casu*, assim se garantindo o carácter retributivo da pena já que se assume como primeiro passo a necessidade de existir algum grau de imputabilidade do dano ao agente. Após esse passo e dentro da referência da medida abstrata, a determinação da medida concreta deve seguir os critérios indicados também no ponto 3.4.3.3 e que visam determinar as necessidades de prevenção do agente em juízo, nomeadamente o carácter habitual, esporádico ou único com que o agente comete o crime em causa, a circunstância de o agente revelar um desejo de procura de prazer com a prática do crime, ou a circunstância de o crime poder ser cometido com facilidade ou poder ser facilmente ocultado (este último critério deve ser entendido como revelador das necessidades de prevenção do agente que pratica tais atos, e não como um critério relativo às características dos próprios atos). Efetivamente, todos estes critérios são reveladores da maior ou menor necessidade de reabilitação do agente, seja do agente concreto *sub iudicio*, seja de outros potenciais agentes. Assim, aferir a (des)igualdade implica aqui ter por referência não as «coisas», nomeadamente a ação criminosa, mas antes a própria pessoa do agente. Está, portanto, aqui em causa não um *judicium de rebus* mas um *judicium de hominibus* (Ibid., pp. 126-7.). Assim, é tendo em conta esta importante particularidade relativa a este aspeto específico que deve ser entendida a *synesis* nos casos de direito penal.

compreensão profunda das mesmas, do seu funcionamento, que permita o seu reconhecimento na análise de casos (novamente, o exemplo *infra* ajudará na exposição deste aspeto).

Sem prejuízo de esta matéria necessitar de ser alvo de uma investigação de maior amplitude, a virtude da *synesis* só pode ser totalmente compreendida ao se considerar que a principal capacidade para bem julgar, o intelecto, decorre do *sensus communis*, - «[certas pessoas] às vezes não sabem julgar bem por deficiência do intelecto, o que procede, sobretudo, da má disposição do senso comum, que não julga bem.» (ST, II-II, 51, 3, co.). Este consiste num sentido ou potência unificadora, sintetizadora das distintas perceções sensoriais – que constituem, na arte judiciária, às perceções sensoriais que o julgador obtém dos factos através dos meios de prova, ouvindo testemunhas, analisando documentos, relatórios periciais ou constatando presencialmente certos factos ou objetos – de modo a, juntamente com a capacidade humana de conhecer os particulares «por uma espécie de comparação» (ST, I, 78, 4, co.), a *vis cogitativa*, possibilita o reconhecimento de um tipo, a conclusão que o particular em análise integra um tipo.³⁶⁸

De facto, tal conclusão decorre de uma comparação entre as características percecionadas do particular, do caso *sub judice*, com as características genéricas da situação ou caso típico, reconhecendo, entre um e outro, semelhanças suficientes para que se possa concluir que o particular é uma espécie, uma forma de concretização do caso típico. Na arte judiciária, tais situações ou casos típicos são, naturalmente, todas as referidas *endoxa*, *rationes decidendi* ou definições conceituais com os seus elementos ou características típicas: trata-se daquilo a que a doutrina designa normalmente por «pressupostos» das figuras ou conceitos (que se poderiam mais sugestivamente designar por «referentes factuais») que se podem encontrar nas fontes, tais como os pressupostos da responsabilidade civil, do enriquecimento sem causa, do abuso de direito, etc. (esta operação de comparação será ilustrada, adiante, com recurso a um exemplo).

Note-se, então, como caso o julgador tenha uma noção falsa de tais conceitos que constam das fontes (por falsidade entende-se, naturalmente, uma noção dos mesmos que não seja adequada ao reconhecimento de um tipo, de um caso particular de ocorrência frequente de materialização do justo particular, nisso consistindo o seu valor de verdade, de conformidade com a realidade), ainda que, por exemplo pela contribuição da discussão entre as partes, tenha identificado *endoxa* relevantes, adequadas ao caso, tal falsa noção

³⁶⁸ Sobre esta matéria v., entre outros, A. LISSKA, *Aquinas's Theory of Perception*, pp. 249-54.

irá inquirar, viciar o julgamento do caso impedindo-o de ser «conforme às coisas tal como elas são»³⁶⁹ (tradução nossa), dado que as «lentes» pelas quais o mesmo é analisado, percecionado não são adequadas, dirigidas ao objetivo, ao aspeto dos factos, que tem, como referido, a natureza de uma qualidade e que se pretende determinar: o equilíbrio distributivo ou comutativo.

Para transmitir a mesma ideia TOMÁS DE AQUINO utiliza a imagem, já referida, de um espelho: «deve-se dizer que o juízo reto consiste em que a potência cognoscitiva apreenda as coisas tais como são em si mesmas. Isto se dá, quando está bem disposta, como um espelho em boas condições reproduz as imagens dos corpos como são em si mesmos. Mas, se for um espelho mal disposto, as imagens aparecem distorcidas e disformes. A boa disposição da potência cognoscitiva para receber as coisas como são em si mesmas provém radicalmente da natureza, e, quanto à sua perfeição, depende do exercício [como qualquer virtude] (...). E isso pode se dar de dois modos: diretamente por parte da própria potência cognoscitiva, que não está imbuída de concepções depravadas, mas verdadeiras e retas; tal é a função própria da *synesis* como virtude especial. E, indiretamente pela boa disposição da potência apetitiva, em virtude da qual o homem emite um juízo reto sobre o que é desejável [aspeto que se refere ao, já abordado, vício da inconsideração por desprezo pelo justo particular]. E, assim, os hábitos das virtudes morais influem sobre um bom julgamento virtuoso a respeito dos fins, enquanto que a *synesis* se ocupa mais dos meios.» (ST, II-II, 51, 3, ad. 1).

Por tudo isto, a *synesis* consiste na virtude pela qual o julgador «julga os atos segundo a lei comum» (ST, I-II, 57, 6, ad. 3), devendo entender-se esta referência à «lei comum» no sentido de ser o justo particular a tendência observável nas relações sociais interpessoais de distribuição e de comutação. Trata-se, portanto, de uma «lei comum», no sentido em que está em causa tal tendência observável nesse âmbito do funcionamento da sociedade (lei natural), pois o justo particular é, recorde-se, o aspeto da lei natural jurisdicionalmente relevante, sendo, portanto, uma «mera» tendência, uma «lei» que é «apenas» comum, já que, em certos casos, verifica-se a necessidade de o julgador não avaliar o caso segundo a «lei comum», mas segundo um critério distinto, dada a «excecionalidade» dos mesmos. Adiante-se que saber como decidir tais casos é o objeto da virtude da *gnome*, que se analisará de seguida e onde se especificará em que consiste aquela «excecionalidade». Para já, reforce-se a ideia de que, na maioria dos casos, é

³⁶⁹ T. DEMAN, *La Prudence – Somme Théologique*, p. 333.

pedido ao juiz que avalie o caso segundo a «lei comum» do justo particular, sendo a *synesis* a virtude que o torna capaz de realizar adequadamente essa avaliação. Alguns exemplos ajudarão a compreender o exercício desta virtude.

Para ilustrar o «funcionamento» da *synesis*, recupere-se o exemplo em que o julgador é chamado a determinar se um juro aplicado a certo montante indemnizatório para compensar o efeito da desvalorização da moeda deve ou não ser tributado. Na análise deste exemplo que se avançou no ponto anterior referiu-se duas *endoxa* que apontavam para diferentes formas de entender o caso, passíveis de justificar ambas as respostas possíveis à questão jurisdicional: por um lado, a noção legal de rendimento, da qual depende a possibilidade de tributar (aí residindo o critério distributivo definido na lei), não é aplicável a um juro como o que está em causa; por outro, o juro é um fruto de um rendimento de capital procedente de um direito, concretamente, o direito à indemnização, pelo que lhe é aplicável a aludida disposição legal que sujeita tais realidades a tributação e, não devendo o Estado ficar prejudicado pela circunstância de tal implicar um «novo dano», uma diminuição do valor real da indemnização, (uma vez que o Estado é alheio tanto à causa do dano como à desvalorização da moeda), deve tal diminuição ser imputável pelo lesado ao lesante, segundo o «princípio» da responsabilidade civil, que deve suportar, além dos juros, o imposto.

Assumindo que, por hipótese, o julgador seja confrontado com estas duas *endoxa* ou *rationes decidendi* através da discussão entre as partes, ele estará em boas condições para julgar o caso, dado que a sua decisão deverá levar em conta, considerar, de acordo com o método dialético-prudencial, as *endoxa* relevantes, como é o caso das referidas. Tal permitirá que o julgador possa ter uma visão mais abrangente do caso, pois consegue perceber duas formas diversas, mas ambas relevantes, para entender os contornos do caso. Para decidir bem perante elas, exercendo a virtude da *synesis*, deverá ser dotado de um intelecto adequado dos conceitos que integram as *endoxa* relevantes, que, neste caso, são o conceito de «rendimento» e o de «responsabilidade civil».

Ora, tal entendimento (juntamente com a aptidão de raciocinar bem) permite concluir que, enquanto que a primeira das perspetivas indicadas assenta sobre uma noção correta dos dois referidos conceitos – pois comparando a aplicação do imposto em causa com as suas consequências, como é próprio da razão, descobre-se que tal imposto implica uma diminuição do valor real da indemnização, pelo que se torna claro que não incide sobre um rendimento, além de não permitir o ressarcimento do dano – a segunda perspetiva indicada sobre o caso assenta sobre uma noção desadequada de ambos os conceitos.

Primeiro ignora que um fruto de um rendimento de capital procedente de um direito, concretamente, o direito à indemnização não constitui, neste caso, um rendimento e, além disso, e essencialmente, assenta sobre uma errada noção de responsabilidade civil, dado que implica a responsabilização do lesante por um dano maior do que aquele que o mesmo causou, o montante de imposto em causa, sendo que, apesar de este montante, tal como os juros, resultar do dano que ele realmente causou, não é (contrariamente ao que acontece com os juros) para o lesante previsível que o «dano do imposto» venha a verificar-se (falha de compreensão sobre o pressuposto do nexo de causalidade adequada).

Veja-se que este exemplo mostra que, subjacente ao seu «funcionamento», está uma operação de comparação entre as características do caso e as características típicas das *endoxa* relevantes, como é o caso do nexo de causalidade no âmbito da responsabilidade civil. Para bem orientar essa operação de comparação é essencial seguir o importante instrumento metodológico que ARISTÓTELES identificou nos terceiro e quarto *organa* do método dialético (*Top.* 108a-b). Estes consistem, respetivamente, na identificação de diferenças entre casos semelhantes e de semelhanças entre casos diferentes³⁷⁰. Note-se como é precisamente o que acontece na «aplicação» das referidas *endoxa* ao caso: na conclusão que os juros em causa não constituem um rendimento, está subjacente a comparação com «casos semelhantes» nos quais a mesma realidade, os juros, constituem um rendimento (sendo a esses que se refere a disposição legal que indica serem os juros sujeitos a tributação): eis a diferença entre casos semelhantes³⁷¹. Já na consideração –

³⁷⁰ S. RUBINELLI, *Ars Topica*, pp. 39-40. V. também sobre estes *organa* v. Y. PELLETIER, *La Dialectique Aristotélicienne*, pp. 382-4.

³⁷¹ Outro caso de diferença entre casos semelhantes, não tendo agora como referencia a lei mas a jurisprudência, pode ser encontrado no Acórdão n.º 453/97 de 25 de junho (que tem por relatora ASSUNÇÃO ESTEVES) do Tribunal Constitucional português que afere a constitucionalidade (que, segundo a perspetiva defendida do realismo jurídico clássico, se traduz, neste caso, na aferição do equilíbrio distributivo) da tributação dos juros de mora no pagamento de uma indemnização: a diferença, neste caso, não é suficiente para justificar um tratamento distinto, dado que apesar de no caso em análise no texto, os juros terem por função manter o valor da indemnização e de, no caso a que se refere o Acórdão indicado, terem por função atribuir um indemnização (nisto consistindo a diferença), em ambos os casos não existe um rendimento tributável, dado que, como uma indemnização visa apenas «anular» ou «neutralizar» um dano, a tal neutralização não corresponde qualquer acréscimo patrimonial real, mas apenas nominal. Apesar de o entendimento do tribunal ser em sentido contrário, o Acórdão indicado contém uma declaração de voto da Conselheira MARIA FERNANDA PALMA que vai precisamente ao encontro do que se acabou de defender, pelo que se justifica a sua transcrição: «Manifestei dúvidas quanto à decisão constante do Acórdão, por me parecer que pode haver colisão entre a integração dos juros de mora no pagamento de indemnização por acidentes de viação [artigo 6º, alínea g), do Decreto-Lei nº 442-A/88, de 30 de Novembro] no conceito de 'rendimento de capitais' e um conceito constitucionalmente adequado de rendimento tributável. Na verdade, um tal conceito constitucionalmente adequado de rendimento tributável não pode deixar de ser limitado por critérios de justiça mais profundos do que uma pura caracterização económica de um valor como rendimento. Ora, tais critérios tendem a negar o reconhecimento de um verdadeiro acréscimo patrimonial onde a própria compensação pelo infortúnio, não foi atempadamente atribuída, deixando perdurar a própria situação infortunistica. Assim, parece-me inaceitável que quem sofreu e não foi imediatamente compensado

errada mas aplicável ao caso, como referido – que a tributação dos juros em causa constitui um «novo dano» pelo qual deve ser responsabilizado o lesante, está subjacente a comparação com «casos diferentes» nos quais realidades diversas, concretamente a diminuição patrimonial resultante da aplicação de um imposto e a diminuição patrimonial resultante de um dano (sendo a estes que se refere as disposições legais relativas à responsabilidade civil), são tratadas da mesma maneira: eis a (suposta) semelhança entre casos diferentes. Tal não significa, naturalmente, que, noutros casos, a identificação de semelhanças em casos diferentes não possa indicar conclusões adequadas sobre o caso, e vice-versa.

Sublinhe-se que esta visão sobre o caso não é uma simples adoção da primeira perspectiva e rejeição da segunda, dado que tanto uma como outra contribuem para uma melhor, mais abrangente compreensão dos contornos do caso, a qual, por seu turno, contribui para um melhor entendimento das próprias perspectivas, das *endoxa* relevantes: permite que se conclua que juros como aqueles que estão em causa neste exemplo não são um rendimento, bem como que a sua tributação não constitui uma diminuição patrimonial atribuível a quem causou o dano. Este importante efeito ou função da arte judiciária será abordado no ponto seguinte.

Outro exemplo relevante para compreender o «funcionamento» da *synesis* é o exemplo, também já abordado, relativo ao requerente da tarifa social da eletricidade, que lhe fora negada pela razão de o requerente ultrapassar a potência contratada máxima estabelecida na lei para a atribuição deste subsídio, sendo que o requerente apenas tinha contratado tal potência mais elevada por necessitar de fazer funcionar uma máquina elevatória da cadeira-de-rodas em que se deslocava.

Conforme referido, neste exemplo a eventual decisão jurisdicional relativa à atribuição ou não atribuição do referido subsídio envolveria a determinação do sentido

como devia, seja tributado pelos juros compensatórios do atraso lesivo. Em consciência, não posso deixar de exprimir perplexidade pela incapacidade de certas formulações jurídicas integrarem convincentemente o que é contrário ao sentido de justiça mais espontâneo. Onde o direito se desvia tanto dos sentidos da realidade, a sua comunicabilidade atinge o grau ínfimo de validade (cf. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, 1992, na medida em que faz depender a validade das normas de possibilidade dos atingidos como participantes num discurso racional poderem concordar com elas). Mas, apesar das formulações jurídicas ultrapassarem 'olimpicamente' o sentido de realidade, não deixa de ser possível argumentar, no campo do direito, contra a constitucionalidade da solução legislativa. Na verdade, é aceitável defender-se que o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição imporia uma discriminação positiva nestas situações, mesmo que se entendesse que elas configurariam a obtenção de um rendimento tecnicamente susceptível de tributação. Com efeito, a função do rendimento obtido nestas circunstâncias não é o produto de uma normal interação social, disponível pelo agente, mas resulta do infortúnio, do acaso e do acidente, o que não torna estas situações comparáveis com um normal acréscimo patrimonial».

adequado do conceito de «pessoa em situação de dificuldades financeiras», uma vez que está em causa uma operação distributiva prevista na lei que, ao estabelecer certos critérios para tal distribuição, tem subjacente uma possível especificação do referido conceito genérico. O critério que está em jogo neste caso é, recorde-se, a existência de uma potência contratada de eletricidade, por parte do requerente, superior a determinado máximo fixado na lei, critério esse que pode contribuir para determinar se o requerente do subsídio em causa é ou não uma «pessoa em situação de dificuldades financeiras», dado que alguém que se encontre nessa situação não terá, considerando a normalidade dos acontecimentos, uma potência contratada superior ao máximo previsto na lei, pois tal seria um sinal de que disporia em sua casa de vários equipamentos elétricos. Assim, é possível compreender o dito conceito, considerando o *endoxon* segundo o qual os critérios distributivos de subsídios devem visar a prevenção de abusos, sendo precisamente essa a justificação para o critério do limite máximo de potência contratada aqui em causa, que acresce ao critério «de base» de o requerente apresentar rendimentos inferiores a determinado limite. Esta perspetiva permite, portanto, defender que ao requerente do exemplo considerado não seja atribuído o subsídio.

Por outro lado, é também possível compreender o mesmo conceito considerando o *endoxon* ou *ratio decidendi* que não se pode traduzir em qualquer formulação concreta e específica e que, portanto, corresponde ao que se designou por «hipótese supletiva», ou seja, a própria ideia de justo particular, neste caso na vertente distributiva. Aplicando-a à realidade factual deste exemplo concreto constata-se facilmente que o requerente do subsídio, pela sua condição precária que motiva a própria necessidade de ter uma potência contratada superior à legalmente prevista, apresenta uma maior preponderância no conjunto dos destinatários do subsídio avaliada de acordo com o critério de fundo que orienta a distribuição do mesmo, precisamente a existência de certo nível de precariedade financeira.

Mais uma vez, é perante a consideração destas duas perspetivas que o julgador se encontrará na posição adequada para ter uma visão abrangente do caso e melhor poder decidir. Ora, esta perspetiva mais abrangente decorre, sublinhe-se novamente, da boa compreensão (intelecto) das *endoxa* relevantes, que se acabaram de enunciar. Assim, compreendendo devidamente o aspeto do âmbito de aplicação das *endoxa* enunciadas, verifica-se que a primeira, a prevenção de abusos, é adequada para orientar um âmbito das operações distributivas no qual não se conhecem os casos particulares, pelo que apenas se pode formular critérios distributivos baseados num juízo de «normalidade», de

acordo com aquilo que ocorre na maioria dos casos: é o que ocorre precisamente no âmbito da formulação da lei, âmbito no qual é relevante a *prudentia legispositiva* (ponto 4.4.2.2). Desse modo se explica que o critério legal que estabelece uma potência máxima para a atribuição da tarifa social da eletricidade seja fundado numa consideração de «normalidade», concretamente a já referida «regra de experiência» segundo a qual quem tem uma potência contratada superior a certo patamar não se encontra numa situação financeira precária que justifique a atribuição de subsídios. Mas, como qualquer consideração de «normalidade», poderá haver casos em que a mesma não se verifique.

Ora, tendo em conta os contornos deste exemplo concreto, trata-se aqui, precisamente, de um desses casos. Como tal, estando em jogo não a formulação de um critério distributivo genérico, mas a decisão sobre uma operação distributiva num caso concreto, na qual é possível, portanto, avaliar os seus contornos precisos, não é relevante um critério baseado na normalidade dos acontecimentos, mas antes apenas os critérios que permitam aferir, com verdade, tais contornos. Tal ocorre com a segunda perspetiva enunciada, mas não com a primeira, pelo que a decisão do caso deve ser em conformidade com a segunda.

Tal como no anterior exemplo, também aqui não está em causa uma simples adoção da segunda perspetiva e rejeição da primeira, dado que tanto uma como outra contribuem para uma mais abrangente compreensão dos contornos do caso e para um melhor entendimento das próprias perspetivas, das *endoxa* relevantes: permitem reconhecer o âmbito de aplicação adequado para cada uma delas e melhor justificar a decisão do caso.

Sublinhe-se finalmente que este exemplo permite ilustrar um importante efeito do método dialético-prudencial, já subjacente a muito do que sobre ele se referiu. Trata-se da possibilidade de «excecionar» (utilizando uma linguagem «normativista») a aplicação do disposto na lei nos casos em que tal aplicação leve a uma solução injusta, contrária ao justo particular, tal como aconteceria neste exemplo se a ele se aplicasse a solução prevista na lei³⁷². Note-se que a necessidade de sublinhar este aspeto apenas se justifica pela necessidade de diferenciar o método dialético-prudencial relativamente àquilo que se pode considerar ser um método demasiadamente baseado na aplicação da lei, que decorre das perspetivas sistemáticas tanto fechadas e formais como abertas e móveis, que

³⁷² Sublinhe-se que ainda não está aqui em causa os casos cuja «excepcionalidade» implica que não se vise o justo particular na decisão jurisdicional; estes analisam-se de seguida, a propósito da *gnome*, estando aí em causa, como se verá, uma excepcionalidade à lei natural. A «excepcionalidade» aqui relevante é aferida apenas relativamente ao disposto na lei positiva, precisamente porque esta não permite determinar o justo particular *in casu*.

se abordaram no ponto 3.2.1.1, sendo que estas últimas são, provavelmente, aquelas que maior influência têm apresentado na discussão e na prática jusmetodológica contemporâneas (v. ponto 5.1). Sobre esta necessidade de superar tais perspectivas e de recorrer a um método como o método dialético-prudencial incidirá o ponto 5, sendo que o exemplo que se acabou de enunciar é já uma boa ilustração de tal necessidade. De resto, considerando estritamente o método dialético-prudencial que se defende, não haveria qualquer necessidade de sublinhar este aspeto, dado que, como referido, a lei é uma fonte de *endoxa* entre várias outras, cujo peso na análise dialético-prudencial do caso é sempre proporcional à medida em que a lei sirva como instrumento para determinar o justo particular *in casu*, aqui residindo o critério decisório fundamental, sem prejuízo de, na maioria das decisões jurisdicionais, a lei ser uma fonte de *endoxa* de enorme importância, dada a abrangência que a mesma apresenta atualmente.

Analisada a virtude da *synesis*, estudar-se-á agora a outra virtude relevante no *judicium*, a *gnome*. Não se trata de outra virtude necessária para bem julgar nos casos em que é relevante a relevante a *synesis*, mas em casos distintos desses, nos quais a capacidade de bem julgar depende apenas da virtude da *gnome*. Assim, a primeira, como se referiu, é relevante nos casos de ocorrência mais frequente, nos quais o julgador deve seguir a «lei comum» - a *synesis*, recorde-se, consiste na virtude pela qual o julgador «julga os atos segundo a lei comum» (*ST*, I-II, 57, 6, ad. 3) -, procurando referências nas fontes (incluindo a referida hipótese supletiva) de modo a encontrar *endoxa* capazes de iluminar o caso, colocando à «vista» aquilo em que consiste o justo particular no mesmo. Nisso consiste, recorde-se, um dos pressupostos do próprio juízo prudencial que assenta no conhecimento adequado (pelo intelecto) dos casos de ocorrência mais frequente, com base nos quais são formuladas as *endoxa*, para determinar o que melhor convém em cada caso: «deve-se dizer que a infinidade de singulares não pode ser abarcada pela razão humana (...). No entanto, pela experiência, a infinidade dos singulares é reduzida a um número finito de casos, mais frequentes, cujo conhecimento é suficiente para a prudência humana» (*ST*, II-II, 47, 3, ad. 2).

Sendo assim, é pertinente questionar como decidir os casos para os quais não é apropriado aplicar qualquer critério decisório baseado nos casos de ocorrência mais frequente, dado que se trata de situações que «fogem à regra», que não são adequadamente decididos pela «lei comum» do justo particular (já se perceberá porquê). Não sendo adequada a procura pelo justo particular não é, conseqüentemente, adequada

a procura pelas *endoxa* que o podem revelar. Portanto, em tais situações, por um lado, a virtude da *synesis* não é relevante, dado que implica essencialmente a noção adequada (intelecto) das *endoxa* existentes nas fontes, sendo para elas que é relevante a memória, pois só se pode ter memória do passado, e, por outro, se torna relevante outro tipo de virtude pela qual o julgador julga com verdade, com justeza relativamente aos casos «excepcionais»: a *gnome*.

Com efeito, «deve-se dizer que a *synesis* julga bem todos os casos que caem sob as regras comuns. Mas, outras ações devem ser julgadas à margem das regras comuns» (*ST*, II-II, 51, 6, ad. 1), sendo nesses casos (TOMÁS DE AQUINO refere-se a «ações» porque está em causa, como se tem referido, a prudência *simpliciter* e não a prudência imperfeita relevante na arte judiciária) relevante a *gnome*.

À primeira vista, esta parece uma tarefa quase impossível, dificilmente compatível com a noção, que se tem vindo a defender, segundo a qual só se pode aceder ao conhecimento dos particulares através dos universais: aparentemente, os casos excepcionais, por definição, são casos a cuja compreensão não é aplicável qualquer ideia genérica. Deles não pode haver qualquer experiência prévia. Como conhecer então estes casos?

Veja-se a forma como TOMÁS DE AQUINO, primeiramente, reconhece esta dificuldade de tal forma que afirma que o conhecimento dos casos excepcionais é, na sua total extensão, uma tarefa sobre-humana, mas, por outro, abre a possibilidade de aceder a parte de tal conhecimento: «deve-se dizer que considerar tudo o que pode suceder à margem do curso normal da natureza pertence somente à providência divina; mas, entre os homens, o que for mais perspicaz, pode conhecer por sua razão muitas delas. A isso se ordena a *gnome*, que implica certa perspicácia no julgamento.» (*ST*, II-II, 51, 4, ad. 3).

Ora, a primeira tarefa que é necessário realizar para compreender a virtude da *gnome* é identificar, no âmbito da arte judiciária, qual a «regra», no sentido da regularidade de ocorrência na sociedade, a «lei comum» que funciona como um pressuposto da *synesis*, para que se possa seguidamente reconhecer quais os casos em que a mesma não se verifica, de modo que nesses se reconheça a necessidade de recorrer à *gnome*, algo que também muito contribui para conhecer o «funcionamento» desta.

Tal «regra» ou regularidade consiste em algo simples, mas que se encontra subjacente a todos os exemplos que se foram indicando para mostrar como a arte judiciária procura neles aferir o justo particular. Trata-se da conformidade ou compatibilidade entre a realização, nesses casos, do justo particular e a promoção do justo

geral. Recordando a diferença entre estes dois tipos de justo (ponto 2.2), o geral visa diretamente o bem comum, o bem de toda a sociedade, enquanto que o particular visa o bem particular de certos membros do todo social. Existe, portanto, entre um e outro uma relação parte-todo. Este tipo de relação pressupõe que a parte, sendo embora distinguível, delimitável relativamente ao todo, não seja contrária ou incompatível com o todo, no sentido em que a ordem, o equilíbrio próprio da parte é compatível, é «parte» da ordem, do equilíbrio do todo, tanto que a realização do primeiro promove, é «parte» da do segundo.

É precisamente esse o caso nos exemplos que se têm avançado dado que, apesar de os mesmos visarem o equilíbrio distributivo e comutativo em determinadas operações entre os membros da sociedade e de estar em causa um bem, o tal equilíbrio distributivo ou comutativo próprio de tais relações, elas contribuem para o bem de toda a sociedade, pois esse equilíbrio é um importantíssimo promotor de um valor essencial para o bem de toda a sociedade: a paz social. Uma sociedade onde o Estado «distribua» impostos ou subsídios de forma respeitadora da igualdade distributiva, e onde os membros da sociedade realizem entre si trocas de acordo com a igualdade comutativa, é uma sociedade onde se encontram reunidas as condições para a paz social³⁷³. Pelo contrário, uma sociedade onde tal não aconteça será uma sociedade onde os sentimentos de revolta, de fúria que as situações de injustiça naturalmente suscitam (veja-se o que se referiu no ponto 4.4 a esse respeito).

Esclareça-se que o respeito pelo justo particular não é uma condição suficiente para a paz social, havendo vários outros fatores ou operações que aí jogam um papel essencial, como a boa governação ou o empenho dos cidadãos em causas públicas, a solidariedade social. No entanto, o equilíbrio decorrente do respeito pelo justo particular é uma condição necessária, é mesmo a mais básica das condições para a paz social, pois assegura o que há de mais básico nas relações sociais interpessoais: dar a cada um aquilo que, em função de uma operação de distribuição ou comutação, já lhe é devido, já é «seu» (já se pagou por algo, já se cometeu um crime pelo qual se merece uma pena, já se praticou certo ato pelo qual se merece certo imposto ou subsídio). Falhar aqui é algo bem mais grave do que falhar nas outras operações sociais, já referidas. Por tudo isto, promover o justo particular implica contribuir, indireta mas decisivamente para o bem comum. Trata-se de uma regularidade constatável na sociedade.

³⁷³ Chamando a atenção para as muito benéficas consequências sociais de um sistema de justiça eficaz *v.*, entre outros, H. GENN, *Judging Civil Justice*, pp. 1-26.

Mas nem sempre é assim. Como qualquer regularidade ou tendência social, há casos em que não se verifica. No âmbito da referida regularidade, os casos em que a mesma não se verifica corresponderão àqueles casos, sem dúvida patológicos, que ocorrem «à margem do curso normal da natureza» (*ST*, II-II, 51, 4, ad. 3) das relações sociais interpessoais, nos quais assegurar o justo particular não contribui para o bem comum, para o justo geral, para o justo na sua aceção mais abrangente.

Que casos são esses? Comece-se por atentar no exemplo dado pelo próprio TOMÁS DE AQUINO: «acontece, às vezes, haver a necessidade de fazer algo à margem das regras comuns da ação. Por exemplo, não devolver um depósito ao inimigo da pátria, e outras coisas semelhantes.» (*ST*, II-II, 51, 4, co.). Para melhor entender este exemplo, é necessário atentar noutra disposição da *ST* na qual o mesmo exemplo é retomado, desenvolvido e clarificado. Trata-se do artigo referente à *epieikeia* ou «epiqueia [*sic*], que nós chamamos equidade» (*ST*, II-II, 120, 1, co.). Encontra-se aí a seguinte passagem: «Um exemplo: a lei [que pode ser tanto a positiva como a natural, pois trata-se de uma disposição conclusiva] determina que os depósitos sejam restituídos, porque na maioria dos casos isto é o justo. Mas, num determinado caso, isto pode ser nocivo. Exemplo: se um louco furioso que deu uma espada em depósito, a reclamar num acesso de loucura, ou se alguém exigir o depósito para lutar contra a pátria.» (ibid.).

Veja-se então como, neste exemplo, realizar o justo particular, concretamente o justo comutativo pelo cumprimento do contrato de depósito, implicaria, contrariamente ao que ocorre na maioria dos casos, um atentado ao bem comum, colocando em perigo a segurança pública. Note-se que também neste caso TOMÁS DE AQUINO se está a referir a uma situação que visa determinar o que fazer numa situação concreta, ou seja, está no âmbito da prudência *simpliciter dicta* e não no âmbito jurisdicional, no qual é relevante a prudência imperfeita, já abordada. No entanto, o mesmo exemplo pode tornar-se relevante no âmbito jurisdicional se, por exemplo, o dono da coisa dada em depósito exigir alguma compensação por eventuais danos que lhe possa ter causado a recusa em devolvê-la. Em todo o caso, seria conveniente para a compreensão da questão apresentar um exemplo mais propriamente jurisdicional, o que se fará *infra*. Mas, para já, o referido exemplo é suficiente para demonstrar como, em casos patológicos, o justo particular pode não só não contribuir, mas mesmo prejudicar o bem comum.

Isso mesmo se pode encontrar na primeira das duas questões que TOMÁS DE AQUINO dedica à equidade: «Quando se tratou das leis, foi dito, que os atos humanos que as leis devem regular [a referência a leis deve aqui ser entendida como uma referência às leis

que visam propriamente regular os atos humanos, ou seja, as leis naturais que consistem nas tendências observáveis no comportamento humano e relativamente às quais as leis positivas não são mais do que uma derivação por meio de disposições conclusivas e determinativas, conforme explicado *supra*], são [tais atos] particulares e contingentes, e podem variar ao infinito. Por isso, foi sempre impossível instituir uma regra legal que fosse absolutamente sem falha e abrangesse todos os casos. Os legisladores examinando atentamente o que sucede com mais frequência, procuraram legislar levando isto em conta. Mas, em alguns casos, observar rigidamente a lei vai contra a igualdade da justiça e contra o bem comum que a lei visa. [seguindo-se o exemplo referido no § anterior]» (ST, II-II, 120, 1, co.).

Procurando compreender a aplicação desta disposição à arte judiciária, o único aspeto da lei natural que interessa ao direito, conforme já se abordou, é a tendência para observar o justo particular nas operações distributivas e comutativas, sendo essa a tendência que as leis positivas emanadas do Estado visam determinar, por via conclusiva e determinativa, pois essa tendência traduz o que «sucede com mais frequência», pelo que os legisladores Estaduais «procuraram legislar levando isto em conta». Todavia, como se verificou pelo exemplo anterior, «em alguns casos, observar rigidamente a lei vai contra a igualdade da justiça e contra o bem comum que a lei visa», pelo que se torna necessário recorrer a uma «lei» (natural) diferente, um critério decisório que não seja baseado no justo particular, embora se aplique à mesma realidade, às operações distributivas e comutativas. É esse o âmbito próprio da equidade quando aplicada a tal realidade.

Assim, conclui-se que, tal como a *synesis* é a virtude do julgador pela qual ele determina o justo particular *in casu*, a *gnome* é a virtude do julgador pela qual ele determina o equitativo *in casu*: «deve-se dizer que a *epiqueia* não está anexada à justiça particular mas à legal [ou seja, refere-se ao justo geral (embora até o ultrapasse, como se verá) que visa o bem comum, corrigindo aqueles casos em que seguir a «lei», a lei natural, a tendência observável, é contrária ao bem comum]. Talvez possa ser atribuída a ela o que se atribui à *eugnosina*. [a *eugnomosyna* refere-se à capacidade de bem exercer a virtude da *gnome*: ST, II-II, 80, ad. 4]» (ST, II-II, 80, ad. 5).

De facto, é este o sentido próprio da *epieikeia*, e não o de simplesmente ignorar a lei positiva nos casos em que ela não é capaz de produzir resultados adequados. Tal já é assegurado pela *synesis*, pela sua atenção ao objetivo do justo particular e pela conceção de que o conteúdo das fontes deve ser encarado não como contendo prescrições normativas destinadas a ser aplicadas subsuntivamente mas como contendo *endoxa* ou

rationes decidendi que devem auxiliar o julgador na análise do caso tendo em vista tal objetivo e segundo o método que se tem vindo a descrever. O aludido exemplo relativo à atribuição da tarifa social da eletricidade é disso um bom testemunho. A *epieikeia* não é uma válvula de escape da lei positiva para encontrar o justo particular, é antes a solução adequada aos casos «excepcionais» (à luz da lei natural que orienta as relações sociais interpessoais distributivas e comutativas), patológicos, em que o justo particular é incompatível com o bem comum, o justo na sua aceção mais abrangente (ST, II-II, 120, 1, ad.1).³⁷⁴

Não sendo possível resolver estes casos através da aplicação do critério baseado no princípio ou tendência própria da específica realidade em causa, o justo particular, como se poderá, então, decidir adequadamente, de forma justa (na sua aceção mais abrangente) em tais situações? Para formular tal decisão torna-se necessário subir de nível de análise e aplicar um critério ou princípio decisório superior, que seja capaz de abranger uma maior porção da realidade, mesmo aquela onde se «situam» estes casos patológicos: «Em tais casos é mau seguir a lei estabelecida; e o bom então é, deixando de lado a letra da lei [formulada tendo em vista o justo particular], obedecer às exigências da justiça e do bem comum. É a isto que se ordena a epiqueia, que nós chamamos de equidade.» (ST, II-II, 120, 1, co.). Se a *synesis* decide «segundo a lei [natural] comum», a *gnome* decide «*secundum ipsam rationem naturalem*» (ST, I-II, 57, 6, ad. 3), segundo a própria natureza das coisas relativa ao caso *sub iudice*.³⁷⁵ É nesse sentido que se pode compreender a afirmação que «ela [a *epieikeia*] pode ser chamada de justiça por prioridade, antes mesmo da justiça legal, pois a justiça legal se dirige de acordo com a epiqueia. Desta forma ela se comporta como uma espécie de regra superior dos atos humanos.» (ST, II-II, 120, 2, co.).

Em que se traduz concretamente esta subida de nível de análise, esta «regra superior dos atos humanos» no que toca às situações, relevantes para a arte judiciária, onde o justo

³⁷⁴ A este propósito é pertinente citar as palavras de VILLEY: «Os modernos desfiguraram-na [a *epieikeia*]. Entregues ao positivismo legalista, mas levados a constatar que a estrita observância da lei conduziria frequentemente a decisões inaceitáveis, eles utilizam a equidade para *negar* a lei, e esquivar-se dela. Por outro lado, tendo perdido a arte da dialética, eles identificam a equidade com o sentimento, com a intuição decisória do juiz, com o irracional e o arbitrário» (tradução nossa; M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 326).

³⁷⁵ Não podemos acompanhar GOYTISOLO quando este A afirma (J.B.V. DE GOYTISOLO, *Metodologia - Parte Primera*, p. 3 e J.B.V. DE GOYTISOLO, *Metodología de las Leyes*, pp. 667 e ss.) que a *synesis* corresponde à aplicação prudencial referente à feitura das leis enquanto que a *gnome* corresponde à aplicação prudencial própria da «determinação do direito» (tradução nossa), ou seja, própria do âmbito jurisdicional. Por tudo o que se tem vindo a referir no texto, ambas são relevantes neste último âmbito mas em tipos de casos diversos, sendo que o exemplo que de seguida se avança no texto ajudará a compreender melhor o tipo de casos em que a *gnome* é a virtude necessária para bem julgar.

particular não promove o bem comum? Para o entender o meio mais adequado será recorrer a à ajuda de um exemplo. O exemplo é o de uma decisão de um tribunal português que ficou célebre aquando da crise financeira por que passou Portugal e que levou à necessidade de um pedido de resgate financeiro pelo governo português em 2011: a célebre sentença do Tribunal de Portalegre, que data de 4 de janeiro de 2012. Nela, sucintamente, o tribunal «confrontado com a manifesta *iniquidade* da solução a que uma decisão *ortodoxa* do problema com que estava confrontado conduziria [que implicava o reconhecimento do remanescente da dívida de um mútuo bancário após a venda executiva do imóvel hipotecado ao próprio banco por um valor inferior àquele que este tinha considerado ser o valor patrimonial do imóvel aquando «da celebração da compra e venda com hipoteca e determinação da modalidade de venda executiva»³⁷⁶], se atreveu, ao arrepio da mesma *ortodoxia*, a considerar parcialmente extinta a obrigação de dois mutuários perante o banco que, por três vezes, avaliou uma casa dada em hipoteca pelo mesmo montante e, depois, se apropriou da mesma casa por 70% desse montante, reclamando dos mutuários o pagamento dos remanescentes 30%.»³⁷⁷.

Não se pretende analisar detidamente a decisão e os seus fundamentos, apenas limitando-nos a referir que, apesar de concordarmos com o sentido da decisão, não consideramos serem os seus fundamentos os mais adequados dado que se prendem essencialmente à «lógica» do justo particular, baseando-se em argumentos como o abuso de direito e o enriquecimento sem causa (supostas válvulas de escape «equitativas», necessárias se se entender o conhecimento jurídico como um sistema, hipótese que já claramente se rejeitou).

Ora, em casos como este parece estar em jogo uma situação que aponta para a necessidade de um critério decisório que ultrapassa o justo particular, que suba de nível de análise relativamente ao mesmo. Assim é porque está em causa um caso que reclama uma partilha, entre bancos e consumidores, das consequências de uma crise financeira que afeta toda a sociedade, ao invés de as mesmas recaírem exclusivamente nos últimos. Esta visão ultrapassa claramente a perspetiva que seria exigível no âmbito da particular relação social interpessoal comutativa entre banco e consumidor. Trata-se, portanto, de um argumento que se pode qualificar como sendo de «justiça social». Este tipo de

³⁷⁶ Decisão do Tribunal Judicial de Portalegre de 4 de janeiro de 2012, disponível no sítio: http://www.inverbis.pt/2012/ficheiros/doc/tribunalportalegre_creditohipotecario.pdf (consultado a 13/07/2020).

³⁷⁷ V.P. DAS NEVES, «Crise, incumprimento e insolvência», p. 227.

argumento é, aliás, formulado muito claramente, por exemplo, nas sentenças de tribunais espanhóis que foram confrontados com casos semelhantes no âmbito da crise financeira e que decidiram em sentido semelhante ao Tribunal de Portalegre. Veja-se, o exemplo da decisão n.º 111/2010 de 17 de dezembro de 2010 da *Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra*³⁷⁸, que refere expressamente esse argumento de justiça social ao referir que tal partilha de consequências da crise financeira é tão mais justificada quando foram os próprios bancos que estiveram, em boa medida, na origem da mesma.

A *epieikeia*, a «*bona gnome*», visa casos como estes em que a subida de nível relativamente à concreta operação distributiva ou comutativa em análise, implica que o julgador tome em consideração outras finalidades ou tendências presentes na realidade além do justo particular, como a «justiça social», mas também outras, que fará com que ela «injetará dentro do direito a “utilidade”, a oportunidade, a “misericórdia” – *honestas, fides, pietas, humanitas, benignitas*: “*non omne quod licet honestum est*” (D. 50.17.144)»³⁷⁹ (tradução nossa).

Note-se bem que tais valores não devem, para que sejam adequadamente utilizados como critérios decisórios na arte judiciária, ser tomados absolutamente mas na medida em que revelam uma certa justiça mais abrangente, como se verificou em casos como o que foi decidido pelo Tribunal de Portalegre: «Tal não impede que a finalidade da *aequitas* – a expressão prova-o – seja ainda o igual, o *ison* de Aristóteles, uma excelente proporção na partilha de bens e encargos (...): a *aequibilitas* de Cícero, finalidade de toda a arte do direito (...) – “*super-justitia – epieikeia*”»³⁸⁰ (tradução nossa).³⁸¹

Trata-se, certamente, de uma virtude difícil³⁸², que exige uma excelente noção do justo e uma capacidade de identificá-lo na realidade (intelecto) extraordinária. A *gnome*, que visa o equitativo, é a virtude do juiz excelente. O que não a impede de ser muitíssimo necessária na atualidade, pois os casos patológicos, como os de crise social (de causa financeira, sanitária, bélica ou outra), nos quais ela é relevante são cada vez menos esporádicos.

³⁷⁸ Disponível no sítio

http://www.hipotecaconderechos.org/documentos/sentencias/AutoAudienciaNavarra201entrega_vivienda_cancelar_deuda.pdf (consultado a 13/07/2020).

³⁷⁹ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 326.

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 326.

³⁸¹ Para uma visão mais abrangente, incluindo também o âmbito político e moral, da necessidade de ter em conta esta perspectiva de orientação das relações sociais baseada em critérios de maior abrangência v. o capítulo «O Amor nos caminhos do Direito: *Amor e iustitia* no discurso jurídico moderno», incluído em A.M. HESPANHA, *A Política Perdida*, pp. 57-84.

³⁸² T. DEMAN, *La Prudence – Somme Théologique*, p. 335.

4.4.3.3. *A finalidade da arte judiciária: formulação de conclusões-definições e «dialectica perennis»*

Concluída a parte propriamente metodológica, será agora importante terminar o ponto 4 com uma explicitação do «produto» da arte judiciária, do método dialético-prudencial aplicado em tal forma de arte, algo que contribuirá para a compreensão da evolução do saber jurídico, para a forma como este, no seu dinamismo, se adapta a novas circunstâncias e necessidades, ainda que sempre ancorado na ideia fecunda e cheia de potencialidade cognoscitiva do justo particular.

Para tal é indispensável regressar ao início, ao ponto de partida. O primeiro passo da arte judiciária é, recorde-se, estabelecer a questão definítoria da causa, *ponere causam*. Nessa fase é necessário determinar o conceito cuja definição está em causa no processo, para que a questão jurisdicional seja formulada em torno do mesmo: decidir a causa, determinar o justo particular *in casu*, depende de saber se certo entendimento do conceito-chave é ou não idóneo para revelar, iluminar, o justo particular *in casu*. A arte jurisdicional baseia-se no «género» da definição, tão caro a ARISTÓTELES³⁸³. O juízo de adequação entre o conceito-chave e os contornos do caso, feito à luz do «critério último» do justo particular (do qual o conceito é uma manifestação particular), consiste em determinar se tais contornos ou características são qualificáveis como uma forma ou espécie do conceito-chave. Os exemplos que se foram avançando demonstram-no: pode um juro destinado a anular o efeito de desvalorização da moeda (contornos do caso) ser considerado um rendimento tributável (conceito-chave)? Pode uma pessoa que só não optou por uma potência contratada de eletricidade mais baixa por necessitar de fazer funcionar uma máquina elevatória de cadeiras-de-rodas (contornos do caso), ser considerada como uma pessoa em «situação financeira precária» (conceito-chave)? O método pelo qual se obtém a resposta a estas questões é o que se acabou de analisar: à procura (*concilium*) de *endoxa* que permitem justificar cada uma das duas possíveis respostas à questão jurisdicional, segue-se a decisão (*judicium*), baseada na capacidade de o julgador bem compreender as *endoxa* consideradas relevantes e analisar o caso à luz das mesmas, captando do mesmo uma visão abrangente, que as compreenda e

³⁸³ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, pp. 208-10 e A. GIULIANI, «The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition», p. 129.

«ultrapasse», concluindo, fechando o debate em torno das *endoxa* que apontam num e noutra sentido decisório.

Pressupondo que a questão jurisdicional é formulada de forma a enunciar os elementos factuais distintivos do caso, da sua individualidade (não existindo dois casos exatamente iguais, todos os casos são, naturalmente em grau muito diverso, dotados de certos elementos distintivos, nos quais reside a sua «novidade»), se a resposta à questão jurisdicional implicar uma decisão favorável ao réu então a definição, a noção preexistente do conceito mantém-se como já existia antes, a noção *prima facie* do conceito que se pode encontrar diretamente nas fontes. Neste caso a decisão vem confirmar esse sentido do conceito-chave, mostrando que, à luz da mesma, o caso em análise não é desequilibrado.

Já se a resposta implicar uma decisão favorável ao autor, a noção que se tem do conceito-chave é alvo de uma evolução. A essência, a natureza ou cariz básico de tal conceito permanece sempre inalterada, nisso consistindo o «princípio próprio» do tipo de realidade em causa. Mas não é possível aceder diretamente a essa essência, o respetivo conhecimento vai-se construindo por análise sucessiva de casos. De facto, conforme se tem vindo a defender no seguimento da adesão à conceção *universalia in rebus*, só se pode aceder ao conhecimento do particular por intermédio do universal, mas tal também não é possível ocorrer diretamente através do universal: é necessário fazer intervir nessa análise os aludidos «princípios próprios» da realidade em análise, que mais não são do que manifestações tipificadas do universal, dado que a ordem tendencial que caracteriza a realidade manifesta-se não só na tendência para o justo particular nas relações sociais interpessoais, mas também na tendencial adoção de formas pelas quais esse justo particular se concretiza. Essas formas, «princípios próprios», são conhecidas pela análise de vários casos semelhantes, assim se construindo, de forma sucessiva, uma noção do tipo, o modelo de relação social interpessoal equilibrada. Boa parte das *endoxa* constantes das fontes mais não são do que enunciações de tais tipos. Ora, como essa construção da definição tipológica ocorre pela análise sucessiva de casos semelhantes, as *endoxa* constantes das fontes são apenas um certo estágio na construção de tais noções tipológicas, pelo que a noção que, a dado momento, se pode encontrar nas fontes e, portanto, se tem como sendo adequada para traduzir um tipo de relação equilibrada é suscetível de ser revista de modo a excluir o que nessa noção não é essencial, assim se aproximando a mesma de tal essência, numa afinação ou ajuste sucessivo das noções concetuais.

Um exemplo simples desta permanente evolução concetual é o relativo à conceção de roubo. Primeiramente, considerava-se tal tipo penal como implicando necessariamente subtração da posse de algo; posteriormente a mesma ideia evoluiu para acabar objetos dos quais não se pode falar em «posse», como o roubo de eletricidade, ainda que para designar tais realidades se tenha adotado designações diferentes, como «burla de energia» (designação adotada no art. 215.º do Código Penal português).

O mesmo acontece com os exemplos que se foram dando ao longo deste ponto, sendo eles reflexo das duas formas possíveis de tal evolução: uma menos marcada, que consiste numa clarificação da ideia preexistente e outra mais marcada, que consiste numa rutura com algum elemento da noção existente.

A primeira forma é ilustrada pelo exemplo dos juros que visam anular o efeito de desvalorização da moeda, o qual, ao permitir concluir pelo sentido que tais juros não são um rendimento tributável, clarifica a ideia de rendimento, concretamente de quais os juros que podem constituir um rendimento, sem introduzir qualquer rutura nesse conceito.

A segunda forma é ilustrada pelo exemplo da atribuição da tarifa social da eletricidade à pessoa que, pelas suas dificuldades de mobilidade, tem um contrato de fornecimento de eletricidade com uma potência contratada superior ao máximo legal para essa atribuição: eis como aqui o conceito de «pessoa com dificuldades financeiras» relevante para a atribuição deste subsídio é alvo de uma evolução que rompe com um elemento que, até então, era considerado essencial na definição desse conceito, concretamente a referida potência contratada ser inferior ao máximo legal. Não que tal elemento passe a ser irrelevante, mas a sua relevância passa a ser medida à luz de um novo entendimento de tal conceito, o qual considera que uma potência de eletricidade contratada superior a certo valor só pode ser revelador da situação de «pessoa com dificuldades financeiras» se não existir nenhuma justificação para uma potência superior associada à necessidade de dar resposta às necessidades básicas de quem habita no local onde a eletricidade é fornecida.

De facto, quanto mais o conceito for definido, nas fontes, em termos detalhados, maior é a probabilidade de esse conceito não conter uma descrição do justo particular *in casu* e de, conseqüentemente, ser alvo de uma reformulação constante da conclusão da análise jurisdicional onde a qualificação do caso no mesmo seja discutida, onde esse conceito seja o conceito-chave, aquele que permite definir a causa, formular a questão jurisdicional. Eis, portanto, que, com este exemplo, ganham sentido as seguintes palavras de TOMÁS DE AQUINO a propósito de um outro exemplo, também já abordado: «é

verdadeiro e reto que se aja segundo a razão [trata-se de agir segundo o que é próprio à razão prática, ou seja, agir de acordo com a lei natural; desta apenas releva para a arte jurisdicional, como se tem vindo a defender, o justo particular]. Desse princípio segue-se, como uma conclusão própria, que os depósitos devem ser restituídos [trata-se de uma lei conclusiva, que tipifica uma relação social interpessoal (de troca, neste caso) justa]. E isso certamente em vários casos é verdadeiro, mas pode em algum caso acontecer que seja danoso, e, por consequência, irracional, se os depósitos são restituídos, por exemplo, se alguém exige, para combater a pátria. E tanto mais se manifesta essa falha, quanto mais se desce aos particulares, por exemplo, se se diz que os depósitos devem ser restituídos com tal caução, ou de tal modo; com efeito, quanto mais numerosas condições particulares forem postas, tanto mais serão os modos de falhar, de maneira a não ser reto ou restituindo ou em não restituindo.» (ST, I-II, 94, 4, co., *in medium*).

Assim, as definições dos conceitos relevantes para a formulação da questão jurisdicional e, conseqüentemente, para o adequado julgamento do caso, são, por natureza, provisórias, reflexo de um trabalho progressivo de descoberta das manifestações tipológicas do justo particular. Não apenas circunstancialmente progressivo, mas progressivo por natureza, infinitamente progressivo. Isso mesmo está subjacente à máxima romana que, embora pressupondo a existência e a utilidade das definições na arte judiciária, traduz precisamente essa ideia: «*omnis definitio in jure periculosa est. Parum est enim ut non subverti posset*» (D.50.17.202), em direito toda a definição é arriscada, rara é aquela não sujeita a revisão (tradução nossa). De tal forma é assim que, apesar de certo conceito ser revisto na sequência de ter sido posto em causa (literalmente) em determinada questão jurisdicional à qual se respondeu afirmativamente, esse mesmo novo entendimento pode ser novamente posto em causa num processo judicial posterior.

Eis outra máxima do Digesto (cuja tradução da última frase não é fácil) que refere precisamente essa possibilidade, contendo (algo raro no Digesto) como que uma breve descrição da metodologia seguida pelos juristas romanos, não sendo despidendo notar que se trata da primeira máxima do título XVII do livro L do Digesto, dedicada, precisamente, às *regulae iuris* (o referido título designa-se «*De diversis regulis iuris antiqui*»), as máximas de justiça, *endoxa* ou *rationes decidendi*:

«*Regula est, quae rem, quam est, breviter enarrat. Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur et (ut ait*

Sabinus) quasi causa coniectio est: quae, simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum» (D.50.17.1).

Eis uma possível tradução indicada por ANTÓNIO HESPANHA: «A regra é aquilo que descreve resumidamente uma coisa. De tal forma que da regra [genérica] não se pode extrair a solução jurídica [concreta], sendo antes desta que se deve extrair a regra. Por isso, apenas se transmite com a regra uma breve narração das coisas, sendo (como diz Sabino) como que uma presunção, a qual, na medida em que algo não se verifica, perde o seu efeito»³⁸⁴ (os comentários entre parênteses retos estão presentes no texto originário).

Começemos a análise pela última frase, onde residem maiores dificuldades de tradução, mas também aquela que contém um verdadeiro sumário da principal ideia que se pretende transmitir neste ponto final. Nela encontramos patente a ideia que a «regra» é «como que uma presunção, a qual, na medida em que algo não se verifica, perde o seu efeito», ou seja, a ideia, já abordada, do cariz provisório das *endoxa*. Esta tradução, contudo, omite um aspeto essencial do texto originário, uma comparação que lá é feita entre a «*regula*» e a «*causa*»: «*regulam (...) quasi causa coniectio est*». Vejamos a tradução que VILLEY apresenta para o mesmo trecho: «a regra de direito é análoga [no sentido em que apresenta uma certa semelhança, pela razão que seguidamente se indica] à definição da causa; ela corre o risco [tal como a definição da causa] de se encontrar “viciada” e de se revelar inutilizável»³⁸⁵ (tradução nossa da tradução de VILLEY).

Assim, descortina-se aqui uma importante distinção entre dois tipos de disposições presentes nas fontes: por um lado temos as *regulae*, expressão que se pode adequadamente traduzir por máximas de justiça³⁸⁶, as quais fornecem razões para decidir num ou noutro sentido – sendo, portanto, um tipo de *endoxa* – na forma de descrições genéricas, sem recorrer a enunciações factuais tipológicas concretas, do que constitui o (in)justo particular, sendo, no fundo, descrições abstratas de certa configuração particular deste (alguns exemplos: contrato, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, boa-fé, legítima defesa, dolo, negligência, coautoria, instigação criminal). Tratando-se da lei, as máximas de justiça são, portanto, aquilo que se designou por disposições conclusivas; já as disposições determinativas são também descrições genéricas do justo particular, mas

³⁸⁴ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia*, p. 220.

³⁸⁵ M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 210.

³⁸⁶ Sobre as máximas de justiça *v.*, entre outros, P. STEIN, *Regulae Iuris*, pp. 67 e ss. e A. CORTÊS, *Jurisprudência dos Princípios*, pp. 175-81.

criadas «artificialmente»: são justo particular porque o julgador assim o decidiu em matérias em que é necessário fazer escolhas arbitrárias, indiferentes quanto ao justo particular para que depois se possa, partindo dessa determinação, pôr a justiça em «funcionamento», conforme explicado no ponto 4.4.2.2.

Por outro lado, temos as definições concetuais que permitem definir a causa, as quais, portanto, também fornecem razões para decidir num ou noutro sentido (daí também constituírem *endoxa*), mas na forma de descrições de uma situação factual concreta, fornecendo um exemplo do que constitui uma operação justa em certa área da realidade, em certo tipo de operações de distribuição ou comutação. Exemplos prototípicos: disposições legais que contêm a descrição de tipos de crimes (associados à respetiva moldura penal) ou de tipos de contratos, bem como as várias formulações legais ou jurisprudenciais nas quais é apresentado um conceito descritivo de uma situação, tais como as chamadas cláusulas gerais (sendo estas especialmente claras a esse respeito, por apresentarem listas, não exaustivas, de exemplos de situações caracterizáveis pelo conceito definido). Nestas, como em todas as definições, «*omnis definitio in jure periculosa est. Parum est enim ut non subverti posset*» (D.50.17.202).

Tanto umas como outras são, portanto, *endoxa* potencialmente relevantes no método dialético-prudencial, sendo embora *endoxa* de diferentes «espécies»: como a decisão do caso implica ajuizar acerca da possibilidade de o caso ser, ou não ser, uma concretização do conceito que delimita um tipo de operação equilibrada, nisso consistindo a resposta à questão jurisdicional, as definições constantes das fontes podem considerar-se como mais relevantes nesse juízo do que as máximas de justiça, dado que, pela sua maior proximidade à realidade, permitem que se realize mais facilmente o raciocínio comparativo do tipo com o caso, próprio do método dialético-prudencial.

Deste modo, regressando à frase em comentário, verificamos que procura referir uma certa semelhança entre as máximas de justiça e as definições concetuais: o seu cariz «provisório» ou – usando uma a expressão que melhor traduz essa semelhança e que se tem vindo a usar – «endoxal». Essa semelhança de cariz pode ser enunciada da seguinte forma: tal como as *regulae* são provisórias, valem na medida em que possam ser usadas para «iluminar» o eventual desequilíbrio do caso concreto, estando sempre sujeitas a ser «superadas» por outras *regulae*, outras *rationes decidendi* mais adequadas ao caso, também as definições concetuais, que permitem definir a causa pelo uso de tal conceito na qualificação de certa coisa, pessoa ou ação, e que são o «resultado», o contributo da decisão jurisdicional para o saber jurídico, são provisórias, sujeitas a ser revistas no

futuro, em função de novos casos que melhor permitam «afinar» a definição, aproximá-la da sua essência e melhor permitindo que ela descreva um certo tipo de operação de distribuição ou comutação equilibrada. De facto, esta semelhança entre umas e outras denota a existência de uma forte ligação entre elas: quando um conceito usado na definição de várias causas vai sendo progressivamente afinado por ser considerado em várias decisões judiciais, ele atinge um certo grau de abrangência e, por via de uma certa generalização, permite que se «gere» uma máxima de justiça.

Para exemplificar tal fenómeno pense-se novamente no caso em que se discute a atribuição da tarifa social da eletricidade. Pela discussão jurisprudencial deste caso e, eventualmente, de outros semelhantes, nos quais se discuta a possibilidade de atribuição da referida tarifa mesmo nos casos em que o beneficiário da mesma detenha uma potência contratada superior ao máximo previsto na lei, pode ir-se formando a máxima de justiça segundo a qual as despesas relativas a necessidades básicas não revelam inexistência de dificuldades financeiras. Daí que, na referida passagem do Digesto, se encontre a seguinte frase: «*Non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*», não é adequado determinar a solução do caso a partir da máxima, *regula*, dado que a contribuição desta para a solução não é mais do que «endoxal», mas é antes da análise do justo, do equilíbrio, distributivo e comutativo, em vários casos (*ex iure, quod est*) que, pela referida operação de generalização, se «extraí» a *regula*. Esta é, portanto, algo que descreve resumidamente, de forma genérica, uma coisa, «*Regula est, quae rem, quam est, breviter enarrat*», a própria coisa justa, *ipsa res iusta*.

Note-se, portanto, como a provisoriedade, a natureza «endoxal», abarcando embora ambas as espécies de *endoxa*, conforme é indicado na passagem indicada do Digesto, se manifesta de maneiras diferentes: nas máximas de justiça, *regulae*, o seu carácter provisório manifesta-se «apenas» na suscetibilidade de a sua aplicação ao caso estar sempre sujeita a ser superada, ultrapassada por outra *regulae* que melhor se aplique ao caso, justificando ou afastando a qualificação de desequilíbrio no caso. Situação muito comum nos processos judiciais, já que a defesa de duas posições contrárias implica sempre a provisoriedade de alguma delas.

Já a provisoriedade das definições concetuais, por serem critérios decisórios mais concretos, incide sobre o seu próprio conteúdo, o qual é potencialmente, como se referiu, alvo de uma continua evolução: se no passado a definição de roubo teve de evoluir, deixando de abarcar a perda de posse física, para incluir situações como o «roubo» de eletricidade, nada garante que a mesma definição não venha, no futuro, a evoluir

novamente, de modo a poder compreender novas realidades. O mesmo se diga quanto às definições dos exemplos apontados, relativas a quais os juros que constituem rendimentos tributáveis ou a quais as pessoas «em dificuldades financeiras», sem prejuízo de se formarem máximas de justiça ao longo desse «caminho», conforme referido.³⁸⁷

As conclusões da arte jurisdicional, as definições concetuais descritivas de um tipo de relação social interpessoal de distribuição ou comutação equilibrado, são, portanto, provisórias, podendo a definição pela qual certa decisão jurisdicional conclui ser posta em causa, ou seja, ser rebatida pela questão jurisdicional de uma causa futura, na qual se proponha uma definição diferente do mesmo conceito.

Assim, a arte jurisdicional, como aliás qualquer saber para cuja aquisição seja adequado o método dialético, é uma arte cujo conhecimento do qual se parte para o seu exercício, para análise de cada caso, está em permanente evolução, como, aliás, o está a realidade à qual se aplica. Longe de se tratar de uma *philosophia perennis*, antes é uma verdadeira «*dialectica perennis*»³⁸⁸, longe de qualquer postura dogmática ou sistemática, defende-se uma postura zetética. Longe da noção de que o conhecimento jurídico é dado *ex ante* pela mera aplicação ao caso do chamado direito material, defende-se que é no processo judiciário, na sua dinâmica dialético-prudencial, que o direito, o conhecimento jurídico, o justo particular *in casu*, é descoberto. Daqui resulta a importância de uma metodologia jurídica centrada não apenas no conhecimento já adquirido, mas capaz de captar o próprio processo pelo qual esse conhecimento é «gerado». É esse o caso do método dialético-prudencial.

³⁸⁷ De facto, esta determinação de máximas de justiça resultante do «caminho» de afinação concetual resultante da atividade jurisdicional está na origem da formulação do conjunto de máximas que constitui a base do saber jurídico e que, ao longo do tempo, foram ganhando consagração legal. Alguns exemplos: «plena propriedade, usufruto, servidão (...)», aos quais se poderia acrescentar muitos outros, já referidos no texto, como contrato, responsabilidade civil, enriquecimento sem causa, boa-fé, ato administrativo, imposto, rendimento, legítima defesa, dolo, negligência, coautoria, instigação criminal, etc. Efetivamente, estes «resultados» da atividade jurisdicional podem verdadeiramente ser qualificados como «frágeis [no sentido em que estão sujeitos à provisoriedade indicada no texto] mas substanciais» (M. VILLEY, *Philosophie du droit*, p. 211).

³⁸⁸ M. VILLEY, *Questions de Saint Thomas*, p. 74.

5. A hipossuficiência da metodologia jurídica de base sistémica

5.1. Introdução

O essencial do presente trabalho já ficou exposto: apresentou-se uma defesa argumentada pelo realismo jurídico clássico, entendido como a conceção do direito que vê no justo particular o seu objetivo, bem como do respetivo método dialético-prudencial.

Falta agora abordar algo acessório para o objetivo a que nos propusemos mas bastante útil para a sua realização, concretamente no âmbito do método dialético-prudencial. No ponto anterior procurou-se defendê-lo pela «positiva», apresentando-se argumentos tanto a favor da sua exequibilidade como da sua adequação à proposta de entendimento de sentido do direito adotada, o realismo jurídico clássico. Todavia, apesar da essencialidade de tal exposição, em face do caráter tão distinto do método dialético-prudencial relativamente à metodologia jurídica mais correntemente aceite contemporaneamente – a de base sistémica³⁸⁹ –, torna-se necessário um excursus explicativo das razões da adequação daquele método à prática jurisdicional à luz desta metodologia. No âmbito deste repto, aproveitar-se-á para, tendo tal análise como «pano de fundo», responder a algumas críticas que, de acordo com a segunda, se podem apontar ao primeiro.

O meio que se seguirá para tal consiste em analisar, naturalmente sem quaisquer pretensões de exaustividade, AA e perspetivas sobre a metodologia jurídica contemporânea que, de diferentes maneiras, revelam a hipossuficiência da metodologia de base sistémica, abrindo assim o «caminho» para a necessidade de uma metodologia

³⁸⁹ Averiguar qual a metodologia seguida pelos órgãos jurisdicionais não é uma tarefa fácil pois a sua exequibilidade depende de vários fatores, como a jurisdição considerada, a formação dos magistrados ou mesmo a orientação pessoal de cada decisor. Ainda assim, e tomando como referência a realidade portuguesa, é verosímil considerar como representativas as referências que podem ser encontradas em obras de índole metodológica (essencialmente manuais de introdução ao estudo do direito) a mecanismos metodológicos tais como critérios de interpretação da lei ou de integração de lacunas (lacunas do sistema, precisamente) os quais têm como pressuposto que, de alguma maneira, é sempre possível encontrar algum apoio, mais ou menos expresso, mais ou menos direto, nalgum elemento do sistema. Esse apoio varia, portanto, desde o critério gramatical da interpretação da lei até à integração de lacunas de acordo com o «espírito do sistema». Sobre estes mecanismos metodológicos, centrais da descrição que estes AA fazem da metodologia jurídica, v., entre muitos outros, J. DE O. ASCENSÃO, *O Direito*, pp. 381-472, J.B.M. MACHADO, *Introdução ao Direito*, pp. 175-205, A.S. JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, pp. 325-375, M.T. DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, pp. 337-411, Á. LATORRE, *Introdução ao Direito*, pp. 86-95.

alternativa, sendo, como se verá, o método dialético-prudencial capaz de responder adequadamente à referida hipossuficiência.

Efetivamente, contrastando a metodologia de base sistémica com o realismo clássico e método dialético-prudencial, verifica-se que, por um lado, nem sempre o «sistema» (que corresponde, na conceção defendida, *mutatis mutandis*, ao conjunto das fontes de *endoxa*) contém a solução adequada ao caso (daí que se tenha incluído a referida hipótese supletiva do dito conjunto de fontes), como também e mais significativamente, por outro lado, não é possível, numa conceção sistémica, encontrar o critério que permite determinar qual a solução, de entre as várias que se podem considerar como constantes do sistema, adequada ao caso. Esse critério, no realismo clássico, é, naturalmente, o justo particular, sendo esta a hipossuficiência que se aborda neste ponto, considerando-se algumas das suas dimensões, sendo mesmo algumas delas suscitadas pelos próprios AA que defendem uma metodologia de base sistémica.

Com esta abordagem pretende-se também demonstrar como a proposta do realismo jurídico clássico e do método dialético-prudencial, apesar das suas raízes tão antigas, não são propostas inadequadas às necessidades e desafios metodológicos atuais, sendo, muito pelo contrário, propostas que permitem fornecer uma resposta adequada aos mesmos.

5.2. As limitações inerentes ao raciocínio analógico

O primeiro aspeto a mencionar, e talvez o mais surpreendente, é serem os próprios defensores de uma metodologia de base sistémica a reconhecerem, mais ou menos implicitamente, as limitações de tal metodologia. De facto, os AA que defendem a conceção do direito como um sistema, ainda que aberto e móvel (ponto 3.2.1.1), deparam-se sempre com a necessidade de fazer assentar a decisão do caso nalgum elemento pertencente ao sistema, maioritariamente nalguma norma ou princípio. Ora, como a diversidade das situações factuais é imensa (algo em que se tem vindo a insistir), a determinação da solução do caso implica, na conceção sistémica, uma operação de comparação entre as características do caso e os pontos de referência aplicativos do elemento do sistema relevante, mais concretos nas normas e menos nos princípios, mas mesmo naquelas apresentam uma concretude bastante variável, em função do carácter mais ou menos indeterminado dos conceitos que utilizem para descrever o âmbito da sua «previsão». Como tal operação de comparação tem em vista determinar a eventual

existência de uma semelhança de razões entre a situação prevista no sistema e o caso *sub judice* que levem à aplicação da solução constante daquele, tem-se qualificado, segundo esta concepção metodológica, o processo aplicativo dos elementos do sistema ao caso como um raciocínio lógico do género da analogia³⁹⁰.

Ora, é precisamente nessa qualificação que reside a hipossuficiência do método de base sistémica. Dado que está em causa uma operação de comparação, a qual não se limita a ser uma neutra comparação descritiva das características dos elementos em comparação mas antes visa a produção de uma valoração do caso *sub judice* à luz das *rationes decidendi* subjacentes ao elemento relevante do sistema de modo a aferir a eventual existência de uma suficiente – à luz da dita valoração – semelhança entre os termos da comparação, é essencial nessa operação identificar qual a valoração, no sentido de (in)adequação da finalidade relevante no sistema, que permita concluir que a teleologia da solução constante do mesmo é (in)adequada ao caso *sub judice*.

A escolha desse elemento, peça chave no raciocínio analógico judiciário e designado de *tertium comparationis*, ultrapassa o âmbito meramente lógico da operação, implicando uma verdadeira análise valorativa do caso, a qual implica uma tomada de posição pessoal, do decisor, acerca da solução adequada ao mesmo. Isto porque a decisão acerca da aplicação da solução do sistema ao caso, ao depender de uma comparação entre duas realidades parcialmente semelhantes mas também parcialmente distintas (tal como o são quaisquer entidades tangíveis, quaisquer particulares), encontraria, do ponto de vista de uma comparação neutra das características dos dois termos, sempre razões para decidir num e noutro sentido, desembocando num impasse, sinónimo de inexistência de um critério decisório. Este só poderá, portanto, ser encontrado numa «valorativa» tomada de posição do decisor acerca solução adequada ao caso. Daí que se possa afirmar que «onde há uma conclusão por analogia é sempre *logicamente* possível também uma conclusão *a contrario*, pois todos os seres são, naturalmente em grau diverso, não só semelhantes mas também diferentes entre si. A diferença entre ambos, isto é, a escolha do *tertium comparationis*, resulta dum *juízo de valor*. Exemplo (...): O ácido clorídrico é uma “arma”? Sob o ponto de vista das características técnicas não é, mas pela sua função (aptidão para lesar ou matar pessoas) poderá ser»³⁹¹.

³⁹⁰ Afirmando claramente que a operação de subsunção apresenta a «estrutura da analogia» (tradução nossa), v. A. KAUFMANN, *Analogia e «natura della cosa»*, p. 53. No mesmo sentido v. K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 540-1, n. 31.

³⁹¹ A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p. 114.

Veja-se como, não sem surpresa, alguns dos defensores de uma metodologia de base sistémica subscrevem o que se acabou de referir:

- LARENZ: «A questão de se uma regra legal permite um argumento pela inversa ou se, quando isso não acontece pode oferecer as bases para um argumento de analogia – uma analogia particular ou, em conexão com outras regras, uma analogia geral –, para um *argumentum a majore ad minus* ou para reconhecer um princípio jurídico geral já não é, por conseguinte, uma questão de lógica formal, mas de teleologia da lei e da valoração aí expressa, quer dizer, da *ratio legis*»³⁹²;
- CANARIS: «Um primeiro limite [para o que CANARIS designa por «obtenção do direito a partir do sistema»] resulta da natureza teleológica de todos os argumentos sistemáticos bem entendidos. Deve nomeadamente ter-se em conta que o sistema não formula de modo adequado o valor em questão e que, por isso, seja sempre necessário um *controlo teleológico* – pelo menos implícito – quanto a saber se a premissa maior ou o conceito mais vasto tomados ao sistema comunicam plena e acertadamente o conteúdo valorativo significado.»³⁹³;
- ENGISCH: «a escolha entre o argumento de analogia e o argumento *a contrario* não pode de facto fazer-se no plano da pura lógica. A lógica tem que combinar-se com a teleológica»³⁹⁴;
- ALEXY: «Naturalmente que é possível formular uma análise lógica das estruturas das relações de semelhança. Mas tal análise, só por si, não permite produzir uma conclusão acerca da existência de uma semelhança juridicamente relevante. Por isso, muitos autores referiram que a analogia é baseada numa avaliação. Para fundamentar esta avaliação, todos os argumentos possíveis no discurso jurídico são admissíveis» (tradução nossa)³⁹⁵;
- JOSÉ BRONZE: «se recorrentemente se afirma o carácter “uninivelado” do discurso analógico, dado o seu *modus* emblematicamente paradigmático, compreendemos agora que, na comparação dos problemas polarizadores da analogia não pode, afinal, prescindir-se de um *tertium comparationis* – na terminologia proposta por Art. KAUFMANN, da meramente hipotética (...) “regra” a que temos aludido – que, aliás, não introduz qualquer nível outro no discurso, diferente do identificado,

³⁹² K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 555.

³⁹³ C.-W. CANARIS, *Pensamento Sistemático*, p. 187.

³⁹⁴ K. ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p. 292.

³⁹⁵ R. ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, pp. 282-3.

pelos termos de comparação em presença (pelos problemas aproximados), antes se limita a predicá-los intencionalmente e, portanto, a fundamentar (...) a respetiva relevância específica»³⁹⁶.

É de ressaltar que todas estas passagens assinalam a importância de se ter em conta que, se a aplicação da solução constante do sistema envolve um raciocínio do tipo analógico de forma a determinar a aplicação da solução prevista (argumento de analogia) ou a não aplicação da mesma (argumento *a contrario sensu*), sendo esse raciocínio dependente de uma valoração do caso, então, para o levar a cabo, é necessário, previamente, estabelecer qual o critério valorativo, o juízo de valor, o *tertium comparationis*, cuja aplicação ao caso permite decidir pela existência de semelhanças relevantes (analogia) ou, pelo contrário, pela prevalência da relevância das diferenças (*a contrario sensu*). Trata-se, portanto, de um elemento essencial, imprescindível ao funcionamento deste método. Mas qual é esse elemento?

A identificação do mesmo é feita, por aqueles AA, apenas em termos vagos e incertos: desde a afirmação, de ALEXY, de que «para fundamentar esta avaliação, todos os argumentos possíveis no discurso jurídico são admissíveis» até às referências à necessidade de ter em conta a teleologia da lei, algo que não resolve a questão pois – além de a mesma lei poder ter mais do que uma teleologia, hipótese que se refere no próximo ponto – determinar se a solução prevista na lei se adequa ou não ao caso implica sempre uma valoração de tal adequação que não é definitivamente decidida pela consideração da teleologia, pois esta apenas aponta, fornecendo razões para decidir, num dos dois sentidos possíveis, no sentido da existência de analogia ou da admissibilidade de um argumento *a contrario sensu*, sendo naturalmente também possível encontrar outras razões para o sentido contrário, nada garantindo que o sentido justificado pela consideração da teleologia seja o revelador da solução mais adequada. Essa hipótese é, aliás, a base de toda esta problemática, a qual só se concebe, precisamente, ao se considerar que considerar a possibilidade de decidir num sentido implica também a possibilidade de decidir no sentido contrário, como, de resto, bem assinala a passagem acima citada de KAUFMANN.

³⁹⁶ F.J. BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, pp. 937-8.

Como tal, decidir num ou noutro sentido é algo que depende de uma avaliação do caso quanto à melhor adequação ao mesmo de uma das duas possibilidades decisórias, pelo que se terá, para isso, de recorrer a um critério que permita avaliar essa adequação.

Por tudo o que se foi referindo, o realismo jurídico clássico identifica claramente esse critério, o justo particular distributivo e comutativo. A fecundidade deste critério, que se procurou demonstrar recorrendo a diversos exemplos, reside na sua capacidade de «iluminar» o caso, os seus contornos, sendo na avaliação dos mesmos, da qualidade (des)equilibrada dos mesmos, que reside a chave para decidir o caso adequadamente e não em quaisquer disposições previamente fixadoras de certa solução prevista para determinado tipo de casos. No método dialético-prudencial os critérios legais, o *endoxon* «lei», apresenta, naturalmente, um papel muito importante mas sempre instrumental à análise do caso e à procura pela determinação do justo particular *in casu*.

É com base em tal critério que se poderá ultrapassar as limitações inerentes ao raciocínio analógico aqui em análise, decidindo acerca da aplicabilidade (ou não) de certa lei ao caso conforme ela permita (ou não) encontrar o justo particular.

Todavia, naturalmente que esse «efeito» do método dialético-prudencial não é suficiente para descrever o método pelo qual se chega à decisão do caso, não se pode saber como decidir um caso apenas concluindo pela aplicação ou não aplicação de uma lei ao mesmo. De facto, conforme se referiu, antes de considerar as perspetivas que as *endoxa* fornecem do caso é necessário, por um lado, encontrar as *endoxa* relevantes, incluindo a pesquisa pela lei relevante no caso (fase do *concilium*, abordada no ponto 4.4.2) e, por outro, considerar as várias perspetivas que as *endoxa*, incluindo a lei, permitem fornecer do caso, passo essencial para bem decidir (fase do *judicium*, abordada no ponto 4.4.3). Ora, precisamente nestes âmbitos pode constatar-se outras insuficiências da metodologia de base sistémica. Sobre isso versa o próximo ponto.

5.3. A perspetiva de JOSEF ESSER

No ponto anterior analisou-se a questão de saber se se deve ou não aplicar ao caso certa solução constante do «sistema». Trata-se de uma questão bastante limitada, cuja relevância pressupõe outros passos metodológicos prévios, concretamente a determinação de quais as soluções constantes do sistema relevantes para o caso e, assumindo que existam várias, a determinação de qual delas deve ser considerada para ser aplicada no caso.

Assim, a obra de JOSEF ESSER *Pré-compreensão e escolha do método no processo de individuação do direito* (tradução nossa a partir da versão italiana³⁹⁷, tal como todas as seguintes citações) ao considerar todos estes passos metodológicos, permite desmontar e revelar as limitações da metodologia jurídica de base sistémica. Não temos a pretensão de apresentar aqui um panorama completo do conteúdo desta obra, limitando-nos a identificar o seu propósito fundamental: mostrar como a dogmatização do direito, a qual «incentiva a “formação de um sistema”»³⁹⁸, não é autossuficiente, mas antes apresenta-se dependente e orientada pela «pré-escolha de critérios de justiça e de pontos de vista das soluções convincentes em relação às circunstâncias de facto»³⁹⁹.

ESSER apresenta vários instrumentos metodológicos próprios da metodologia de base sistémica cujo funcionamento é bem revelador da sua insuficiência para determinar a solução adequada ao caso, pressupondo esse funcionamento a existência das referidas pré-compreensões assentes em «critérios de justiça», dos quais apenas abordaremos alguns.

Primeiramente, refira-se o problema da determinação, da descoberta dos elementos do sistema que poderão fornecer a solução adequada ao caso. Neste primeiro passo metodológico é essencial proceder a uma qualificação prévia do caso, nos mesmos termos em que referimos ser indispensável, no método dialético-prudencial, começar por definir a causa (ponto 4.4.1). Ora, assentando a metodologia de base sistémica na aplicação das soluções contidas no sistema ao caso, a referida qualificação prévia deveria poder ser efetuada de acordo com os critérios aplicativos nele também previstos, de que é exemplo paradigmático a previsão das normas. No entanto, tal não ocorre desse modo, dado que, podendo o mesmo caso ser alvo de várias qualificações e sendo incerta adequação de cada possível qualificação – como é próprio da natureza controversial da discussão judiciária, na qual, precisamente, uma parte defende certa qualificação do caso e a contrária rejeita-a ou rejeita os seus efeitos –, facilmente se percebe que este passo de qualificação prévia só é viável se nele intervier já alguma previsão de qual o resultado razoável da mesma.

Eis as palavras de ESSER: «a questão jurídica da qualificação: “o que é?” (contrato ou apenas promessa de favor, renúncia à responsabilidade ou atuação por própria conta e risco, cessão de garantia ou autorização para confisco) não se coloca, na prática, de modo abstrato e isolado, mas como questão preliminar tendo em vista uma resposta, tida como

³⁹⁷ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*.

³⁹⁸ *Ibid.*, p. 93.

³⁹⁹ *Ibid.*, p.1.

significativa, à exigência de proteção jurídica. Neste ponto a decisão pode ficar absolutamente em aberto, enquanto que a questão do significado e da justeza deve normalmente produzir argumentos antinômicos, necessários para a diferenciação das soluções. Tal deriva da possibilidade de combinação, sempre nova, de conflitos de interesse (...) O juiz não pode “inferir” a solução em parte do direito contratual, em parte do direito de enriquecimento ou em parte do direito da responsabilidade civil, em parte do direito da gestão de negócio: ele deve decidir de modo global; (...) se (...) esta “escolha” é legítima nenhuma norma em consideração é absolutamente vinculante, no sentido da obediência à aplicação, ou seja, o texto regulatório escolhido não é claramente o único fundamento da decisão: esta apenas é legitimada na condição de que a “escolha” e as interpretações e as valorações necessárias para realizá-la sejam perfeita e objetivamente justas. O ponto focal da legitimidade, portanto, encontra-se na consciência do processo cognoscitivo também em relação à pré-compreensão (...) Para a valoração de uma correta aplicação do direito são determinantes, como já referi noutro lugar, “os princípios reconhecidos da individuação do direito” (ou uso do direito), independentes da lei, que, todavia, concorrem para a constituição do direito positivo. Relativamente à pré-compreensão, o nosso controlo limita-se, portanto, a alguns critérios significativos da legitimidade que designam, por enquanto, conceitos como “sã razão” (*naturalis ratio*) ou “razoabilidade” (*reasonableness*), justiça do caso logica objetiva, etc., e que cremos [serem] ancorados a princípios e parâmetros da consciência ético-social, ou seja, do *common sense*»⁴⁰⁰.

Continuando a análise, refira-se agora como a metodologia de base sistêmica não fornece todos os elementos metodológicos necessários à tarefa da interpretação da lei. Nesta tarefa, especialmente na prática judiciária mas também no âmbito doutrinal⁴⁰¹, é ainda muito influente a descrição de SAVIGNY acerca dos cânones ou elementos de interpretação, pensada para permitir retirar da lei, elemento essencial do sistema, vários resultados interpretativos. Apesar disso «aquilo que ainda não ficou explicado a propósito destes elementos e critérios de uma correta interpretação, são os motivos que estão na base da decisão acerca da importância de cada critério de interpretação teológico ou gramatical, sistemático ou também histórico, em cada caso.»⁴⁰². Apesar de tal insuficiência ser relevante em qualquer processo interpretativo da lei, uma vez que

⁴⁰⁰ Ibid., pp. 41-2.

⁴⁰¹ V. n. 389.

⁴⁰² J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, p. 121.

abordar a tarefa interpretativa implica saber *ex ante* qual o critério interpretativo determinante em cada caso, ela torna-se especialmente gritante nos casos em que diferentes cânones interpretativos produzem diferentes resultados, pois nesse caso seria necessário estabelecer uma hierarquia de critérios de modo a solucionar a contradição.

Perante esta insuficiência, ESSER justifica a aplicação, na prática judiciária, destes critérios de interpretação com um elemento que os ultrapassa: «Em todos estes casos torna-se claro que para quem aplica o direito não constitui de todo uma situação limite mas uma situação normal a de orientar a sua escolha do método na base de um controlo sobre a justeza do resultado, sob o ponto de vista da aceitabilidade numa dada ordem social. Assim se esclarece o facto de (...) na realidade características interpretativas sistemáticas ou refletoras da sua finalidade, gramaticais ou históricas, têm sido utilizadas seletivamente, de modo sumamente arbitrário, ou aparentemente arbitrário, ou seja, de um modo determinado pelo resultado.»⁴⁰³. Novamente, a insuficiência do método de base sistémica desemboca na ausência de um critério material de adequação, de «justeza» da solução ao caso, o qual permitira orientar os instrumentos já existentes nesse método.

Por fim, veja-se a questão que mais vincadamente decorre de uma metodologia de base sistémica: as lacunas no sistema. A própria colocação deste problema só tem verdadeiro cabimento numa conceção de um sistema estático, que determina de forma fixa e clara todos os casos por ele abrangidos, de tal modo que se o caso *sub judice* não for um deles estar-se-ia perante uma lacuna⁴⁰⁴. Facilmente se desmonta essa hipótese, ao considerar, por exemplo, um critério interpretativo teleológico que, por natureza, ao consistir na necessidade de assegurar certo fim em determinada realidade, não permite que se determine *ex ante* o âmbito de aplicação da norma, o qual apenas se poderá ir descobrindo à medida que se for ajuizando das necessidades decisórias próprias dos casos concretos. «Descobrir» uma lacuna é, então, o resultado de um certo entendimento sobre o «conteúdo» do sistema, sendo nesse entendimento crucial a questão da interpretação, a qual, como se acabou de ver, é orientado pela necessidade de encontrar uma solução adequada ao caso. Consequentemente, o mesmo acontece com a «descoberta» de uma lacuna, que mais não é do que a conclusão de que no sistema não se encontra a solução

⁴⁰³ Ibid., p. 122.

⁴⁰⁴ Esta questão não se coloca no âmbito do método dialético-prudencial dado que nas fontes é sempre possível encontrar alguma solução adequada ao caso. Ainda que não seja possível encontrá-la nas fontes «regulares» sê-lo-á na «hipótese supletiva» (ponto 4.4.2.4), na qual se revela toda a abrangência do critério genérico do justo particular, ou nos casos em que é necessário recorrer ao critério do justo geral aplicado às próprias operações de distribuição ou comutação, conforme se explicou no ponto 4.4.3.2 a respeito da *gnome*.

adequada ao caso, pressupondo, novamente, que se adote alguma conceção de adequação, de «justeza». Note-se ainda que, se o que se acabou de afirmar é válido para as chamadas lacunas patentes, *a fortiori* o é para as chamadas lacunas ocultas, nas quais a conclusão de ausência de solução no sistema é necessariamente precedida de um juízo valorativo que tem como consequência uma redução do âmbito de aplicação dos elementos do sistema (por exemplo através de uma interpretação restritiva).⁴⁰⁵

Eis novamente as palavras de ESSER que ilustram o que se acabou de referir: «A base de uma compreensão da lei é a inclusão “óbvia” de todos os conteúdos que “devem” ser entendidos como implícitos de acordo com o fim da norma. Da mesma maneira que (...) alguém, por exemplo, “infere do contrato” condições contratuais implícitas, também ele [o juiz] lida com a lei. A eliminação das lacunas é apenas uma “macroscópica *fattispecie-limite*” do trabalho de interpretação. Também a “lacuna” é diagnosticada e “preenchida” enquanto tal na base de uma compreensão da lei. (...) Assim se esconde que esta valoração depende mais uma vez da referida intervenção acerca de uma compreensão extrasistemática de interesses de proteção e que, só na base de um juízo dos interesses, se poderá realizar um juízo sistemático e se poderá falar de uma lacuna no “sistema”.»⁴⁰⁶.

Em conclusão, refira-se que a principal mensagem que se pretende retirar da obra de ESSER consiste na ideia que a escolha e o funcionamento dos mecanismos metodológicos de base sistémica não é autossuficiente, necessitando de algo que é «extrasistemático» e que permite aferir da adequação da solução decorrente de tais mecanismos ao caso concreto. Esse algo é, conforme se pode constatar pelas palavras deste A, um critério que permita aferir a justiça do resultado da aplicação de tais mecanismos. Ora, não é necessário despender grandes explicações para que se perceba que é exatamente isso que o realismo jurídico clássico pode fornecer com o critério do justo particular, distributivo e comutativo, que conforme se explicou ao longo do ponto 4, fornece a base para o funcionamento do método dialético-prudencial.

A abordagem de ESSER a esse respeito é incompleta, preocupando-se muito mais com a *pars destruens* da sua obra, que tão bem assinala as limitações da metodologia de base sistémica, do que a *pars construens* que exige uma densificação das ideias de adequação, justeza, valoração do caso, justiça do resultado. A este respeito, lembre-se que ESSER propõe uma metodologia tópica que, conforme se explicou no ponto 4.3, apresenta com

⁴⁰⁵ Sobre as chamadas lacunas ocultas *v.*, entre muitos outros, K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 555-64.

⁴⁰⁶ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, pp. 174-5.

o realismo clássico e o método dialético-prudencial várias semelhanças mas falha precisamente no aspecto essencial de apresentar um critério decisório capaz de orientar a análise do caso concreto. Em todo o caso, a profundidade da sua análise permite encontrar nela um forte argumento para a necessidade e a adequação do realismo jurídico clássico e do método dialético-prudencial, cujo funcionamento é alicerçado na densificação de um critério material de justiça que, conforme resulta da sua análise, está como que implícito aos mecanismos metodológicos de base sistémica.

5.4. A metodologia baseada na concepção de sistema aberto e móvel; os valores da igualdade e da segurança jurídica

No ponto 3.2.1.1 abordámos a concepção do conhecimento jurídico como um sistema aberto e móvel. Interessa agora mostrar como esse entendimento revela a hipossuficiência da metodologia baseada nessa própria concepção do conhecimento jurídico.

Basearemos a nossa análise no A que, provavelmente, mais se esforçou por defender a concepção do direito enquanto sistema: CANARIS, que empreendeu um grande esforço argumentativo, na sua obra *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, na «salvação» da adequação da ideia de sistema ao conhecimento jurídico na sequência, essencialmente, dos ataques a essa adequação vindos da concepção tópica da metodologia jurídica, cuja discussão contemporânea foi inaugurada por VIEHWEG (conforme exposto no ponto 4.3), algo que o próprio CANARIS expressamente reconhece⁴⁰⁷.

Já se expôs, no ponto 3.2.1.1, o entendimento de CANARIS acerca da concepção do direito como sistema aberto e móvel, dando conta que é o conjunto de valores que caracteriza o sistema (na concepção de CANARIS) que assegura as suas características distintivas da ordem e da unidade mesmo quando para encontrar a solução adequada ao caso seja necessário alterar (abertura) ou reconfigurar a relativa relevância decisória (mobilidade) dos referidos valores. A este respeito, uma questão crucial pode, pertinentemente, ser colocada: se os valores caracterizadores do sistema podem ser sujeitos a tais vicissitudes decorrentes da abertura e da mobilidade, existe algum critério que ordene a admissibilidade de tais possíveis vicissitudes do sistema? A pertinência da questão é facilmente explicável: a ausência de tal critério permitiria abrir à

⁴⁰⁷ C.-W. CANARIS, *Pensamento Sistemático*, pp. 6-7.

admissibilidade de quaisquer valores (abertura) ou de qualquer configuração da sua relevância (mobilidade), o que poderia conduzir a soluções inadequadas e até chocantes, além de que tal ausência implicaria uma completa inexistência de unidade e de ordem do sistema, visto que tais características apenas poderiam ser apontadas ao sistema não absolutamente mas apenas contingentemente, considerando a sua configuração em dado momento.

O próprio CANARIS parece estar ciente da necessidade de estabelecer o referido critério. Isso mesmo se constata quando afirma, a propósito da abertura do sistema mas sendo a afirmação aplicável, *mutatis mutandis*, à mobilidade, que «apesar da problemática estar ainda pouco pensada, os princípios gerais de Direito [os valores caracterizadores do sistema] podem ter também o seu fundamento de validade para além da lei, na ideia de Direito, cuja concretização histórica eles largamente representam, e na natureza das coisas; por isso, ambos estes critérios devem ser reconhecidos como fontes do Direito, subsidiárias em face da lei e do costume; a partir delas, e através de um processo de concretização inteiramente material e muito complicado, desenvolvem-se proposições jurídicas de conteúdo claro e altamente convincente.»⁴⁰⁸.

Assim, toda a ideia de sistema, incluindo as suas características de abertura e mobilidade, só pode ser compreendido à luz de tal «ideia de Direito» e da «natureza das coisas» que, nas palavras de CANARIS, permitem construir, «através de um processo de concretização inteiramente material e muito complicado», aquilo que designa por «proposições jurídicas de conteúdo claro e altamente convincente». Ora, não deixa de ser surpreendente que CANARIS atribua tal importância à ideia de Direito e à natureza das coisas como critérios decisórios últimos - «subsidiários em face da lei e do costume», embora CANARIS não explique os termos desta relação de subsidiariedade - e, conseqüentemente, os mais relevantes, e não se esforce por densificá-los, faltando na análise de CANARIS uma descrição do que consiste a ideia de Direito e a natureza das coisas.

Não é difícil inferir as implicações metodológicas deste critério decisório último: aferir a decisão de um caso concreto deverá seguir um método que, em última análise, permita que a mesma seja conforme com a ideia de Direito e a natureza das coisas. Saber em que consiste este valor é realmente essencial, dado que a mera conformidade com os valores constantes do sistema não basta, dado que ele é aberto, nem a conformidade com

⁴⁰⁸ Ibid., pp. 120-1.

a configuração da importância dos valores prevista no sistema, dado que ele é móvel. É a conformidade com este critério que permite avaliar a medida e a admissibilidade da abertura e da mobilidade do sistema, devendo sempre ser deixada em aberto a possibilidade de o caso em análise implicar tais vicissitudes do sistema.

A ausência de um tratamento densificador claro de tal critério revela, portanto, a hipossuficiência da metodologia jurídica de base sistémica, tal como ela tem sido entendida. Por outro lado, a importância de tal critério é reveladora da adequação do método dialético-prudencial, visto que este constitui, precisamente, um método dirigido à avaliação do caso concreto à luz de um critério decisório correspondente ao próprio objetivo da atividade jurisdicional, ou seja, à «ideia de direito»: o justo particular, conceito este que se encontra claramente densificado.

Exposta a forma como a hipossuficiência do método baseado na ideia de sistema aberto e móvel fornece um argumento a favor do realismo jurídico clássico e do método dialético-prudencial, resta ainda analisar algumas das supostas vantagens específicas do método sistemático (que correspondem a alguns dos referidos valores essenciais caracterizadores do sistema) de modo a aferir se este apresenta algum proveito que não possa ser obtido pelo método dialético-prudencial.

Está aqui em causa a abordagem de dois valores a que CANARIS atribui a maior importância e que estão, na sua ótica, estreitamente ligados⁴⁰⁹: a segurança jurídica, entendida como previsibilidade da solução a aplicar aos casos, e a igualdade, entendida como o igual tratamento, a aplicação da mesma solução, a casos semelhantes. O argumento consiste em, basicamente, em defender que a referência ao conjunto de valores estruturantes do sistema (além dos da segurança e igualdade, naturalmente, impondo-se aqui, aliás, uma distinção funcional entre tais valores) permite evitar a dispersão valorativa e, assim, assegurar a igualdade de tratamento de casos semelhantes bem como a previsibilidade da solução a aplicar aos mesmos.

Relativamente a este argumento interessa ter noção de que o mesmo decorre de uma consideração do sistema em si mesmo, abstraindo da sua dimensão, absolutamente essencial em qualquer visão sobre a natureza do direito e do fundamento da metodologia jurídica, de critério decisório de casos concretos. De facto, olhando apenas para o sistema tal como ele se apresenta em cada momento, o argumento indicado em favor da igualdade

⁴⁰⁹ Ibid., p. 22.

e da segurança parece ser válido. Mas essa visão ignora a própria função do sistema, ou seja, a sua capacidade de ser usado como entendimento sobre a natureza do conhecimento jurídico na qual se pode basear uma metodologia jurídica apta para resolver casos concretos, os quais são, por natureza, sempre potencialmente dotados de características novas, daí a necessidade de proceder a uma comparação entre o caso e o elemento do sistema ao qual se julga poder vir a encontrar a solução adequada, conforme se explicou no ponto 5.2. A diversidade e a mutabilidade da realidade, já várias vezes referidas, impõem essa necessidade de um juízo comparativo, impossibilitando que se aplique a cada caso concreto a solução prevista no sistema de forma subsuntiva, a qual, aliás, é incompatível com um sistema essencialmente assente em valores, como aquele que CANARIS defende.

Tal como já se referiu no ponto 5.2., o próprio CANARIS reconhece esta limitação à «obtenção do direito a partir do sistema» ao afirmar que «Um primeiro limite resulta da natureza teleológica de todos os argumentos sistemáticos bem entendidos. Deve nomeadamente ter-se em conta que o sistema não formula de modo adequado o valor em questão e que, por isso, seja sempre necessário um *controlo teleológico* – pelo menos implícito – quanto a saber se a premissa maior ou o conceito mais vasto tomados ao sistema comunicam plena e acertadamente o conteúdo valorativo significado»⁴¹⁰. Sublinhe-se a afirmação de que esta limitação resulta de «de todos os argumentos sistemáticos bem entendidos», ou seja, é uma limitação aplicável a qualquer argumento jurídico-decisório baseado numa metodologia sistémica assente em valores. Este A esclarece que se trata de um «limite imanente» ao sistema e não de uma «falha» no mesmo⁴¹¹, mas é difícil compreender como pode um limite aplicável a todos os casos em que este método é aplicado ser considerado apenas como um limite e não como uma falha do método. De resto, é precisamente a aplicação do sistema à realidade que está na base de necessidade de entender o sistema como estando em permanente reconfiguração, seja dos próprios elementos de que é constituído, daí que seja aberto, seja do seu peso relativo, daí que seja móvel.

Por esta razão, a necessidade de considerar o sistema no seu funcionamento prático, numa dimensão dinâmica, é mais relevante para avaliar da sua capacidade de assegurar os valores da igualdade e da segurança do que uma visão estática do sistema.

⁴¹⁰ Ibid., p. 187.

⁴¹¹ Ibid., p. 196.

Considerando a igualdade, é relativamente clara a constatação de que tratar os casos semelhantes de forma igual depende muito mais do raciocínio envolvido no processo comparativo dos casos pelo qual se pode concluir pela sua igualdade ou desigualdade do que da simples descrição genérica, abstrata, constante do sistema, de um tipo de casos ao qual deve aplicar a mesma solução. Tratar o igual de forma igual e o diferente de forma diferente é algo que só se consegue realizar se se souber qual o critério pelo qual se compara os casos de modo a concluir pela sua diferença ou semelhança para efeito de aplicar certa solução, sabendo sempre que «todos os seres são, naturalmente em grau diverso, não só semelhantes mas também diferentes entre si. A diferença entre ambos, isto é, a escolha do *tertium comparationis*, resulta de um *juízo de valor*»⁴¹².

Eis que, portanto, também para assegurar o valor da igualdade a pedra-de-toque reside no mesmo critério decisório último, cuja importância prática é, como se vê, enorme. Ora, tal como já referido, a conceção sistémica que se tem vindo a analisar peca precisamente por não apresentar uma densificação clara desse critério, pelo que o seu contributo para assegurar uma adequada igualdade de tratamento dos casos é seriamente comprometido. O realismo clássico fornece e densifica tal critério, o qual constitui, precisamente, uma certa forma de igualdade, pois, tal como se desenvolveu nos pontos 3.4.3 e 3.5, o justo particular consiste numa certa forma de igualdade entre os sujeitos de uma relação social interpessoal de distribuição (igualdade distributiva ou geométrica) ou de comutação (igualdade comutativa ou aritmética), proporcionando a base teórica de um método destinado a avaliar estas formas de igualdade, o método dialético-prudencial. A metodologia de base sistémica não é, por isso, fonte de qualquer vantagem no que toca à capacidade de realizar valores relevantes no direito, podendo antes afirmar-se que é o contrário que sucede.

Já relativamente à segurança jurídica, a conclusão é semelhante. É importante referir preliminarmente que nos parece constituir um facto notório que uma total previsibilidade relativa à solução jurisdicional de um caso concreto não é possível ser atingida, impossibilidade essa que decorre da diversidade e mutabilidade da realidade, com as consequentes dificuldades de aceder à compreensão da mesma que se foram analisando no ponto 4.2, sendo que daí resulta também a consequência de, genericamente falando, não ser realista esperar que seja viável um alto grau de previsibilidade.

⁴¹² A. KAUFMANN, *Filosofia do Direito*, p. 114.

Contudo, a solução que será atribuída ao caso concreto será tão mais previsível quanto mais claros forem os critérios decisórios aplicados. Visto que a metodologia de base sistémica que se tem analisado não densifica o seu critério decisório último, precisamente aquele que permite aferir da medida da admissibilidade práticas das características fundamentais da abertura e da mobilidade do sistema, pode igualmente concluir-se que não se encontra nesta metodologia nenhuma vantagem relativamente ao realismo clássico e ao método dialético-prudencial.

Ademais, note-se que o sentido abordado da segurança jurídica corresponde à segurança enquanto previsibilidade da decisão jurisdicional. Existe, contudo, outro sentido de segurança jurídica: o respeito pela «propriedade» dos bens já adquiridos na sequência de uma operação distributiva ou comutativa.⁴¹³

Ora, a forma adequada de ter em conta o valor da segurança jurídica neste último sentido reside, precisamente, no respeito pelo valor último da arte jurisdicional, o justo particular: respeitar a segurança jurídica assim entendida depende de saber até que ponto certa vantagem, desvantagem ou encargo já se pode considerar como tendo sido, ou não, atribuída na sequência de certa operação distributiva ou comutativa, avaliando-se assim a admissibilidade da posição da parte que pretende provar que o reconhecimento judicial de certa vantagem, desvantagem ou encargo já constitui uma *res debita* (v. ponto 4.4.2.2).

Ora, além da necessidade de provar os factos localizados no espaço e no tempo dos quais decorre genericamente uma operação distributiva ou comutativa (a celebração de um contrato, a promulgação de uma lei ou a prática de um ato administrativo que atribua certa vantagem), está em causa saber se dessa operação mais genérica já realizada decorre ou não (está, ou não, já lá incluída) a admissibilidade, a justeza de certo entendimento acerca da existência ou inexistência, à luz dessa operação passada, de certa vantagem, desvantagem ou encargo. Ora, tal implica precisamente a avaliação do *justum in distributionibus* e do *justum in commutationibus*, a avaliação do que constitui o justo distributivo ou comutativo da operação correspondente já realizada. Como tal, garantir a segurança jurídica, garantir o respeito pelo equilíbrio contido nas operações de distribuição e comutação já realizadas é, no fundo, precisamente o que está em causa na prossecução do justo particular.

⁴¹³ Distinguindo estas duas aceções de segurança jurídica v. *Ibid.*, pp. 281-4, onde KAUFMANN distingue entre «segurança através do direito e portanto segurança face ao roubo, homicídio, furto, incumprimento do contrato», que corresponde a este segundo sentido de segurança jurídica referido no texto, e a «segurança do próprio direito, garantia da sua cognoscibilidade, aplicabilidade, efetividade», que corresponde ao primeiro sentido de segurança jurídica referido no texto.

5.5. O jurisprudencialismo

Finalmente, procuraremos mostrar como a concepção do sentido do direito e da metodologia jurídica inaugurada por CASTANHEIRA NEVES e por ele batizada de «jurisprudencialismo» não só contem vários aspetos reveladores da hipossuficiência da metodologia de base sistémica como, até mais significativamente, contém também alguns indicadores claros da necessidade de uma metodologia jurídica com características precisamente coincidentes com o exposto e defendido método dialético-prudencial, ainda que um e outro sejam claramente distinguíveis.

Reconhecendo embora que se trata de uma concepção complexa e, conseqüentemente, difícil de expor exata e sucintamente, cremos não errar ao referir, em primeiro lugar, que o jurisprudencialismo parte de um pressuposto funcional prévio: a ideia de que a relevância do caso concreto, a que CASTANHEIRA NEVES se refere pela expressão «*prius metodológico*», constitui o ponto de partida da reflexão metodológica⁴¹⁴. Trata-se, desde logo, de uma ideia largamente coincidente com o que se foi referindo a respeito da variabilidade e mutabilidade constantes da realidade (ponto 3.5.1), na medida em que é a realidade que irá suscitar e delinear de forma mais premente as concretas necessidades de configuração da decisão do caso. De facto, é possível entrever aqui, na grande relevância metodológica que no jurisprudencialismo se atribui ao caso concreto, aos seus contornos e respetivas inerentes exigências decisórias, uma perspetiva que vai no mesmo sentido (embora, como se verá, não apresente a mesma amplitude que leva a que, na concepção do realismo clássico, se afirme que o «direito está implícito nos factos», conforme se explicou no ponto 4.2) daquela que o caso concreto apresenta no método dialético-prudencial, no qual o caso contém, ainda de implicitamente, a chave para realizar o objetivo da atividade jurisdicional, a determinação do justo particular *in casu*.

Partindo da dimensão essencial da controvérsia do caso concreto, CASTANHEIRA NEVES constrói o esquema metodológico do jurisprudencialismo acrescentando-lhe três outras dimensões ou níveis⁴¹⁵: uma dimensão de compromisso axiológico que remete para a existência de uma «*consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural*»⁴¹⁶, que tanto é a expressão das necessidades de

⁴¹⁴ A.C. NEVES, «Metodologia Jurídica», pp. 142-54.

⁴¹⁵ J.M.A. LINHARES, «Jurisprudencialism: Castanheira Neves», p. 517.

⁴¹⁶ A.C. NEVES, *Digesta - Volume 3.º*, p. 191.

ponderação de valores e interesses de cada tempo e lugar como também contempla certos «valores e princípios metapositivos»⁴¹⁷; uma dimensão dogmática que confere maior determinação aos anteriores valores e constitui um fator de estabilização das anteriores ponderações e de objetividade na aferição da validade das soluções; e uma dimensão de uma «particular mediação judicativa»⁴¹⁸, crucial para a adequada decisão do caso através de uma adjudicação prudencial na qual o juiz deve ser capaz de, conjugando as anteriores dimensões com a novidade inerente ao caso concreto, decidir de forma a dar resposta às exigências valorativas convocadas por essa novidade. CASTANHEIRA NEVES agrupa a dimensão de compromisso axiológico e a dimensão dogmática no eixo que designa por sistema e, por outro lado, agrupa a dimensão da concreta controvérsia prática com a dimensão judicativa no eixo oposto que designa por problema, de tal modo que «a dialética entre sistema e problema num objetivo judicativo de realização normativa é a racionalidade jurídica a considerar. E com duas intenções que nessa dialética se implicam, tanto a intenção da justiça material referida ao problema concreto como a intenção de concordância normativa referida ao sistema da validade»⁴¹⁹.

Efetivamente, é na interligação destas quatro dimensões que se gera uma «dialética entre problema e sistema», na qual se pode «realizar o direito» através da sempre possível reconfiguração do sistema – nas suas várias camadas, tais como normas legais, princípios, precedentes ou a dogmática⁴²⁰ – à luz do problema (caráter dinâmico ou aberto do sistema), daí que a interpretação dos elementos do sistema se faça sempre à luz dos dados do problema, gerando uma indistinção (incompatível, precisamente, com uma certa visão da metodologia de base sistêmica) entre interpretação normativa e integração de lacunas⁴²¹.

De acordo com CASTANHEIRA NEVES, este esquema metodológico, por um lado, tem em conta a relevância das várias camadas de referências decisórias⁴²², atribuindo-lhes uma presunção de vinculatividade ou normatividade, mas, por outro lado, tal presunção é ilidível, implicando um ónus de «contrafundamentação» a quem pretender valer-se do contrário.⁴²³

⁴¹⁷ Ibid., p. 192.

⁴¹⁸ Ibid., p. 195.

⁴¹⁹ Ibid., p. 192.

⁴²⁰ A.C. NEVES, «Metodologia Jurídica», pp. 79 e 155-7 e A.C. NEVES, *Digesta - Volume 3.º*, pp. 109-34.

⁴²¹ A.C. NEVES, «Metodologia Jurídica», pp. 74-9 e 142-54.

⁴²² Ibid., pp. 154-286.

⁴²³ A.C. NEVES, *Digesta - Volume 3.º*, pp. 82-90.

Neste âmbito CASTANHEIRA NEVES confere uma importância muito particular no papel adjudicatório do juiz⁴²⁴, em torno do qual reside a capacidade de considerar adequadamente todos estes elementos⁴²⁵. A este respeito parece-nos apresentar um papel essencial na fundamentação e na compreensão do esquema metodológico do jurisprudencialismo um aspeto identificado por CASTANHEIRA NEVES como sendo um pressuposto desta concepção. Trata-se da necessidade de ter em conta que a decisão jurisdicional deve visar a prossecução (tendo em vista a posterior realização, assim se compreendendo a qualificação de pressuposto), de «um sentido normativo (de um valor ou de um princípio) transindividual: o sentido fundamentante que transcende os pontos de vista individuais de uma qualquer relação intersubjetiva (pontos de vista individuais como são, p. ex., os dos interesses, e pelos quais o que um exige de outro é só o que lhe convém, independentemente de qualquer reciprocidade ou superadora inter-acção com esse outro, e que este já por isso não tem de actuar ou seguir, podendo inclusivamente opor uma sua conveniência oposta) e os transcende pela referência e assunção de uma unidade ou de um comum integrante («um critério divisível por todos os membros do mesmo universo de discurso») em que, por um lado, os membros da relação se reconhecem iguais e em que, por outro lado, obtêm uma determinação correlativa que não é o resultado da mera vontade, poder ou prepotência de qualquer dos membros, mas justificável pelas suas posições relativas nessa unidade ou comum integrante. Um sentido normativo, numa palavra, que se imponha como uma justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um e que, como tal, vincule simultânea e igualmente os membros da relação»⁴²⁶.

Esta passagem é de grande importância para compreender a forma pela qual se pode encontrar na concepção do jurisprudencialismo a identificação de uma particular hipossuficiência da metodologia jurídica de base sistémica, que consiste na afirmação da necessidade de a decisão jurisdicional visar algo mais do que a resolução de um conflito de interesses, baseando-se numa «justificação superior» que pressupõe a referência para um critério decisório «fundamentante» maximamente abrangente, e que, portanto, não pode ser encontrado numa concepção de base sistémica que resuma a resolução do caso à constatação de que certo elemento do sistema prevê a concessão, ou não concessão, de certa pretensão a quem se encontre em determinada situação genérica, ainda que motivada

⁴²⁴ Ibid., pp. 195-7.

⁴²⁵ A.C. NEVES, «Metodologia Jurídica», pp. 30-4.

⁴²⁶ A.C. NEVES, *Digesta - Volume 3.º*, pp. 189-90.

por algum fundamento teleológico pois este, por natureza, não ultrapassa o âmbito das possibilidades de fundamentação de uma decisão num ou noutro sentido. De resto, a simples resolução de um conflito de interesses, conforme referido no ponto 4.4.1, nem sequer exigiria o exercício de qualquer função jurisdicional, podendo ser lograda através de meios de resolução alternativa de litígios como a negociação ou a mediação.

Ora, encontramos aqui, portanto, um relevante ponto de contacto entre o jurisprudencialismo e o realismo jurídico clássico e o seu método dialético-prudencial: ambos reconhecem que um traço distintivo da função jurisdicional reside precisamente na necessidade de decidir o caso segundo um critério que ultrapasse o conflito de interesses entre as partes, critério esse que, em última análise, corresponde tanto ao objetivo, à função social, da jurisdição, como ao critério decisório último, aquele que será a bitola decisória que constitui uma «justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um e que, como tal, vincule simultânea e igualmente os membros da relação».

De facto, tal critério ou justificação decisória que vincula os membros da relação é claramente identificado na conceção do realismo jurídico clássico: o justo particular a que as partes das operações distributivas ou comutativas estão «simultânea e igualmente» vinculados para bem do funcionamento da sociedade, de tal modo que, seguindo o método dialético-prudencial, se se concluir em juízo que houve quebra do equilíbrio distributivo ou comutativo, fica justificado que um órgão jurisdicional possa aferir o correspondente «justo corretivo» (ponto 3.5.1) e que (e apenas) no seguimento do «trânsito em julgado» de tal decisão se possam adotar os procedimentos executivos correspondentes, conforme as possibilidades executórias prudencialmente avaliadas (âmbito no qual é relevante a *prudentia simpliciter*, conforme exposto no ponto 4.2).

6. Conclusão

É tempo de concluir. Procurando enunciar, muito sucintamente, aquilo que há de mais distintivo na proposta do realismo jurídico clássico, dir-se-á que tal marca reside na existência de uma concepção do justo própria da arte judiciária. Assim é tanto no sentido em que se trata de uma concepção do justo específica de tal âmbito, como também no sentido em que se trata de uma concepção perfeitamente operativa nesse âmbito, ou seja, dotada de uma excecional capacidade «expansiva», capaz de fornecer um critério dotado da potencialidade de «gerar», através do método dialético-prudencial, decisões adequadas, ainda que seja muito diversa e variável, no tempo e no espaço, a factualidade alvo da análise jurisdicional.

A justificação deste traço distintivo reside, precisamente, na qualidade do realismo da proposta defendida. De facto, trata-se de uma possibilidade de entendimento da natureza e do método da arte judiciária assente no reconhecimento da «estrutura» teleológica da realidade. Não de toda a realidade, mas apenas da parte relevante da mesma para esta forma de arte: as «operações exteriores» (*ST*, II-II, 61, 3, co.) em que se «transaciona» alguma vantagem, desvantagem ou encargo na relação entre o todo e as partes, os membros da sociedade – operação distributiva – ou na relação das partes, dos membros da sociedade, entre si – operação comutativa. Nelas é possível constatar a tendência para o justo particular, constituído pelos equilíbrios nas distribuições e nas comutações, para o *justum in distributionibus* e *in commutationibus*, de tal modo que é precisamente nos casos em que tal tendência, tal finalidade, não é seguida que se irão revelar tão proficuas as noções especificadoras do justo particular, precisamente por permitirem orientar o julgador para encontrar «aquilo que falta» nesses casos, para identificar a desproporção ou desequilíbrio nas operações em causa. Nisso consiste o essencial da arte judiciária.

Tal orientação do julgador segue um método bem definido, embora contrastante, na sua própria natureza, com as noções contemporaneamente mais difundidas de metodologia jurídica. Assim é porque se trata de um verdadeiro saber-fazer destinado a promover no julgador uma habilidade prática de análise dos casos, seja pela promoção das qualidades relevantes do bom julgador, seja pela identificação dos passos deste método que adequadamente o orientam em tal análise. Não se está, portanto, perante uma técnica de cariz sistemático que tenha a pretensão de conter em si, *a priori*, de forma mais

Conclusão

ou menos determinada, todos os concretos critérios necessários para encontrar a solução adequada.

Não se pense que esta particularidade do método dialético-prudencial implica uma menor clareza ou um pronunciado caráter errático do mesmo. Pelo contrário, o realismo clássico e o método dialético-prudencial apresentam a vantagem da afinação, da adequada orientação do discurso jurídico. A dois níveis.

Primeiro, ao se fornecer uma definição clara da finalidade da arte jurisdicional, o justo particular, confere-se a esta arte uma unidade funcional de sentido, sem a qual não é possível saber em que medida os elementos do conhecimento jurídico, as *endoxa*, são relevantes no caso concreto. Procurar conhecer o sentido desses elementos perante o caso concreto só é possível ao se ter em consideração qual a sua função própria, a função iluminativa de certa característica do caso, o justo particular, distributivo e comutativo.

Se não se tiver em vista este aspeto essencial, como ocorre, aliás, nas conceções sistemáticas, os referidos elementos fornecem apenas critérios decisórios abstratos, cuja aplicação ao caso concreto se presta a inúmeras discussões, potencialmente vazias e confusas, que correm o risco de ser mais centradas na linguagem do que na realidade⁴²⁷ (v. ponto 4.2), sobre se o seu suposto conteúdo abstrato se aproxima ou se afasta do caso concreto de modo a argumentar, de forma definitiva, pela aplicação ou não aplicação ao caso. Só a referência material do justo particular permite centrar essa discussão na realidade, pois orienta-a no sentido da interpretação do caso para nele aferir a «qualidade» do justo distributivo ou comutativo. Tal confere sentido e clareza à discussão, permitindo encontrar um caminho viável no meio do que, frequentemente, é um verdadeiro emaranhado de conceitos, argumentos, institutos, figuras, com os seus vários requisitos e pressupostos, nem sempre claros. Com esta afirmação não se pretende, esclareça-se, desvalorizar esses elementos, os quais, como se referiu no ponto 4.4.3.2 (a propósito do intelecto), constituem o arcaboiço da formação jurídica. Apenas se pretende apresentar uma via para orientar, para afinar o uso dessa linguagem, de modo a saber como a utilizar para encontrar a solução adequada ao caso.

Segundo, a maior adequação da linguagem também ocorre no plano metodológico. Como determinar qual a lei aplicável a certo caso, especialmente se nele se colocar um problema de «qualificação» num ou noutro instituto, num ou noutro tipo? Como saber se deve prevalecer o elemento gramatical, histórico, sistemático ou teleológico na

⁴²⁷ Chamando a atenção para essa tendência atual v. J.-M. TRIGEAUD, «Réel et chose: un langage en déclin?».

interpretação da lei perante certo caso? Como decidir perante mais do que uma possível teleologia, levando cada uma das possíveis teleologias a decisões diversas do caso? Como determinar qual a solução análoga ou qual o «espírito do sistema» relevante *in casu*?

Perante questões como estas, algumas das quais se abordaram ao longo do ponto 5, torna-se evidente a necessidade de maior adequação linguística da metodologia jurídica, nomeadamente do método sistemático. Assim é porque este se limita a enunciar critérios metodológicos genéricos, quase exclusivamente focados na lei (critérios de interpretação, de integração de lacunas), e mais dirigidos a determinar o sentido da mesma à luz das situações típicas reconduzíveis às previsões legais do que a utilizá-la como critério decisório de um caso concreto. De facto, todas aquelas interrogações reveladoras de falta de apuramento do discurso jurídico só surgem em confronto com um caso concreto. Ora, tal como anteriormente, também aqui estes critérios metodológicos podem ajudar a apontar para certa solução do caso (constituem *endoxa*, na vertente de máximas de justiça, que se poderiam sugestivamente designar por *endoxa* aplicativas ou metodológicas), mas o critério decisório último permanece no justo particular. Aqui a insuficiência é, portanto, bem maior, dado que métodos como o sistemático se limitam a enunciar critérios metodológicos de aplicação da lei, ficando completamente ausente o que há de mais essencial no método da arte jurisdicional: a indicação das qualidades, das virtudes que permitem ao julgador, por um lado, saber orientar-se no emaranhado das fontes (*consilium*) e, por outro, saber como aferir o peso relativo das *endoxa* encontradas através da correta perceção do seu alcance para iluminar a qualidade de justo ou injusto do caso (*judicium*). Ora, o método dialético-prudencial indica tais qualidades ou virtudes do julgador (a *prudentia iuris*, dimensão verdadeira mas incompleta da virtude da prudência, e as suas sub-virtudes relevantes, a *eubulia*, a *synesis* e a *gnome*), apontando um caminho para a resolução das interrogações acima indicadas, e fá-lo de forma integrada num processo dialético que ordena estas atividades de pesquisa e de decisão.

Pelo que se referiu, o justo particular, a noção do justo propriamente jurisdicional, é a finalidade da arte judiciária, por corresponder à procura por uma tendência naturalmente verificável na parte da realidade relevante neste âmbito, aquele permite compreender a atuação dos órgãos jurisdicionais ao longo do tempo e que permite dar resposta aos naturais anseios de justiça dirigidos a um certo equilíbrio (o justo particular) nas operações distributivas e comutativas, sem o qual não se respeita o que já é de cada um,

Conclusão

o que é já uma *res debita* (ponto 4.4.2.2), em razão da realização de tais operações. Quais são esses naturais anseios?

Eles correspondem aos anseios de respeito pelo «meu e o teu», não numa dimensão estática e abstrata de respeito pela «propriedade dos bens» de cada um, mas antes numa dimensão dinâmica e concreta de respeito pela «propriedade dos bens» (mais propriamente daquilo que se designou, mais sugestivamente por vantagens, desvantagens e encargos) «transacionados» naquelas operações, ou seja, o justo (particular) *in distributionibus* e *in commutationibus*. Tanto assim é que o desrespeito por essa «propriedade» produz um efeito de revolta, de instabilidade social decorrente do desrespeito por aquilo que já é de alguém (veja-se o que se referiu no ponto 4.4 a respeito do sentimento de injustiça e, particularmente, no ponto 4.4.3.2, concretamente na parte relativa à *gnome*, a respeito, precisamente, da contribuição da justiça para o bem comum).

Este efeito é, porventura, mais óbvio nos casos, mais simples, de desrespeito pela propriedade (aqui no sentido mais comum da palavra) de bens, qualquer que seja a sua natureza (tais como bens tangíveis mas também bens como a vida, a integridade física ou o bom nome), mas não deixa também de se colocar, até de forma bem visível, em situações mais complexas: é o caso, por exemplo, da recente contestação social que ocorreu, em vários países, incluindo em Portugal, por parte de taxistas relativamente à utilização de serviços de transporte em automóveis com motorista acessíveis ao consumidor através de aplicações em *smartphone*. O que aí está em causa é, precisamente, a manifestação de um natural anseio de justiça no âmbito, relevante no referido exemplo, de uma operação de distribuição de uma vantagem, a concessão da exclusividade na prestação do serviço de transporte em automóveis com motorista imediatamente (excluindo apenas o tempo que o automóvel demora a chegar, naturalmente) acessível ao público. Ora, em casos como este, a existência de uma referência ou critério material (o justo particular) que permite ordenar a decisão jurisdicional (através do referido método dialético-prudencial) para uma análise do caso adequada a nele se aferir o que é de cada um dos intervenientes na operação permite, precisamente, dar resposta aos referidos anseios de justiça relevantes no âmbito das operações sociais distributivas ou comutativas.

Eis, portanto, que se desvela, mais além da finalidade mais imediata da função jurisdicional, o justo particular, uma finalidade mediata mas consequente da primeira e que muito ajuda a compreender a «função social» da atividade jurisdicional. Trata-se da promoção da paz social decorrente da determinação, e posterior aplicação, do seu de cada

um de acordo com o critério operativo e funcional do justo particular. Assim é, pois «a paz entre os homens é mais bem garantida se cada um está contente com o que é seu» (ST, II-II, 66, 2, co.).

Se o âmbito e a total compreensão desta consideração ultrapassam já o do presente estudo, não se deve, todavia, deixar de assinalar todo o sentido que a mesma confere à procura jurisdicional do justo *in casu*. De facto, a máxima *opus iustitiae pax* é provavelmente o melhor argumento que se pode avançar em defesa do realismo jurídico clássico e do método dialético-prudencial.

7. Bibliografia

- ALEXY, ROBERT, *A Theory of Legal Argumentation - The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Traduzido por Ruth Adler e Neil MacCormick, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- ALTHUSIUS, JOHANNES, «Selections from the *Dicaeologicae*», Traduzido por Jeffrey J. Veenstra, in *Journal of Markets & Morality*, Vol. 9–2, Grand Rapids - Michigan, Acton Institute for the Study of Religion & Liberty, 2006.
- ANCONA, ELVIO, e GABRIELE DE ANNA (editores), *Il tomismo giuridico del XX secolo*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2015.
- AQUINO, TOMÁS DE, *Commentary on the Metaphysics of Aristotle*, Traduzido por John Rowan, Chicago, Henry Regnery Company, 1961.
- , *Opera Omnia - Tomus XXII - Quaestiones Disputatae de Veritate - Vol. I, fasc. 2*, Roma, Cura et Studio Fratrum Praedicatorum, 1970.
- , *Suma Teológica - Vol. I - I Parte, Questões 1 a 43*, 5.^a Edição., São Paulo, Edições Loyola, 2016.
- , *Suma Teológica - Vol. II - I parte, Questões 44 a 119*, São Paulo, Edições Loyola, 2017.
- , *Suma Teológica - Vol. III - I e II parte, Questões 1 a 48*, São Paulo, Edições Loyola, 2017.
- , *Suma Teológica - Vol. IV - I parte, Questões 49 a 114*, 3.^a ed., São Paulo, Edições Loyola, 2015.
- , *Suma Teológica - Vol. V - II-II parte, Questões 1 a 56*, 5.^a ed., São Paulo, Edições Loyola, 2016.
- , *Suma Teológica - Vol. VI - II-II parte, Questões 57 a 122*, 2.^o reimpr., São Paulo, Edições Loyola, 2017.
- , *Suma Teológica - Vol. VII - II-II parte, Questões 123 a 189*, 3.^a ed., São Paulo, Edições Loyola, 2015.
- , *The Disputed Questions on Truth: Questions I-IX*, Traduzido por Robert Mulligan, Chicago, Henry Regnery Company, 1952.
- ARISTÓTELES, *Aristóteles - Obras Completas - Tópicos*, Traduzido por José Segurado e Campos, Lisboa, INCM - Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2007.

- , *Aristotle's Politics*, Traduzido por Carnes Lord, Chicago, University of Chicago Press, 2013.
- , *Aristotle - Categories and De Interpretatione*, Traduzido por John Lloyd Ackrill, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- , *Ética a Nicômaco e Poética*, Traduzido por Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, São Paulo, Nova Cultural, 1991.
- , *Física I e II*, Traduzido por Lucas Angioni, Campinas, Editora da Unicamp, 2013.
- , *Metafísica*, Traduzido por Giovanni Reale, São Paulo, Edições Loyola, 2002.
- , *Nicomachean Ethics*, Traduzido por Terence Irwin, 2.^a ed., Indianapolis - Cambridge, Hackett Publishing Company, 1999.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, Paris, Librairie Gnénerale de Droit et de Jurisprudence, 1969.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 13.^a ed., Coimbra, Almedina, 2005.
- ATIENZA, MANUEL, *As Razões do Direito: Teoria da Argumentação Jurídica*, Traduzido por Maria Cristina Guimarães Cupertino, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2016.
- , *O Direito como Argumentação*, Traduzido por Manuel Poirier Braz, Lisboa, Escolar Editora, 2012.
- BARNES, JONATHAN, «Metaphysics», in *The Cambridge Companion to Aristotle*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- BASTIT, MICHEL, «La diversidad en las Instituciones de Gayo», in *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Vol. 6, Madrid, Fundación Francisco Elías de Tejada, 2000.
- , *Naissance de la Loi Moderne*, Paris, P.U.F., 1990.
- BAUZON, STÉPHANE, «Dire le Droit», in *Michel Villey - Le juste partage*, Paris, Dalloz, 2007.
- , «La Prudence du Juge», in *La Prudence*, Paris, Institut de France, 2008.
- , *Le métier de juriste: du droit politique selon Michel Villey*, Saint-Nicolas, Presses de l'Université Laval, 2003.
- BENTHAM, JEREMY, *A Fragment on Government*, Oxford, Oxford University Press, 1891.
- , *Deontology together with a table of the springs of action and article on utilitarianism*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

Bibliografia

- BENTO XVI, «Discurso Do Papa Bento XVI - Palácio Reichstag de Berlim», 2011. in http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2011/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20110922_reichstag-berlin.html (consultado a 25/09/2020).
- Bíblia Sagrada*, 6.^a ed., Lisboa - Fátima, Difusora Bíblica, 2016.
- BLOCH, ABRAHAM, *A Book of Jewish Ethical Concepts: Biblical and Postbiblical*, Nova Iorque, Ktav Publishing House, 1984.
- BODIN, JEAN, *Exposé du Droit Universel - Juris universi distributio*, Traduzido por Lucien Jerphagnon, Paris, P.U.F., 1985.
- BRITO, JOSÉ DE SOUSA E, «Os fins das Penas no Código Penal», in *Problemas Fundamentais de Direito Penal - Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2002.
- BRONZE, FERNANDO JOSÉ, *Lições de Introdução ao Direito*, 3.^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2019.
- CALVIN, JEAN, *Institution de la religion chrétienne*, Genebra, E. Beroud & Cie., 1888.
- CAMPAGNA, NORBERT, *Michel Villey: le droit ou les droits*, Paris, Michalon, 2004.
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Traduzido por António Menezes Cordeiro, 5.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CASANOVA, CARLOS, «Guillermo de Ockham y el origen de la concepción nominalista de los derechos subjetivos», in *Revista Anual De Ciencias Eclesiásticas*, Vol. XI, Madrid, Instituto Teológico “San Pedro de Alcántara” - Universidad de Extremadura - Editorial Sínderesis, 2016.
- CASTON, VICTOR, «Something and Nothing: The Stoics on Concepts and Universals», in *Oxford Studies in Ancient Philosophy*, Vol. XVII, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- CASTRO CID, BENITO, «La Filosofía Jurídica de Luis Recaséns Siches», in *Acta Salmanticensia - Derecho*, Vol. 32, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1974.
- CHEHATA, CHAFIK, «Le contrat en droit musulman», in *Archives de philosophie du droit*, Vol. 13, Paris, Sirey, 1968.
- CHORÃO, MÁRIO BIGOTTE, «A Questão da Verdade do Direito: entre o “Direito” e o “Torto” (Testemunho de um itinerário pessoal)», in *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013.

- , «Michel Villey, paladino do Realismo Jurídico Clássico», in *O Direito*, Vol. IV–121, Coimbra, Almedina, 1989.
- , *Pessoa Humana, Direito e Política*, Lisboa, INCM - Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006.
- CHRISTODOULIDIS, EMILIOS, RUTH DUKES, e MARCO GOLDONI (editores), *Research Handbook on Critical Legal Theory*, Cheltenham - Northampton, EE Elgar, 2019.
- CICERO, *De Inventione - De Optimo Genere Oratorum - Topica*, Traduzido por Harry Hubbell, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1949.
- , *De Officiis*, Traduzido por Walter Miller, Londres, William Heinemann Ltd, 1913.
- , *De Oratore*, Traduzido por Edward Sutton, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1942.
- CIGOGNINI, ENIR, «Sobre a Prudentia e a Lex Naturalis em Tomás de Aquino», in *Thaumazein*, Vol. VII–13, Santa Maria, UFN - Universidade Franciscana, 2014.
- COING, HELMUT, «Bentham's Importance in the Development of Interessenjurisprudenz and General Jurisprudence», in *Jeremy Bentham: Critical Assessments*, Vol. 3, London, Routledge, 1993.
- , «O Sentido do Direito», Traduzido por Marcus Vinícios Xavier de Oliveira, in *Clareira - Revista de Filosofia da Região Amazônica*, Vol. 1, Porto Velho, Fundação Universidade Federal de Rondônia, 2014.
- COMTE, AUGUSTE, *Cours de Philosophie Positive - Tome Sixième et Dernier*, Paris, Bachelier, 1842.
- CORTÊS, ANTÓNIO, *Jurisprudência dos Princípios – Ensaio sobre os Fundamentos da Decisão Jurisdicional*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.
- , «Para uma metodologia jurídica integral», in *Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2013.
- CRIMMINS, JAMES, «Jeremy Bentham», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2019 Edition)*, 2019.
- CRUZ, SEBASTIÃO, *Ius. Derectum (Directum) - Dereito (Derecho, Diritto, Droit, Direito, Recht, Right, etc.)*, 7.^a Ed., Coimbra, Gráfica de Coimbra, 1986.
- CUNHA, PAULO FERREIRA DA, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006.
- , «Metodología del Derecho Natural», in *El Derecho Natural Hispánico. Actas de las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*, Caja Sur, 2001.

Bibliografia

- DAUCHY, SERGE, GEORGES MARTYN, ANTHONY MUSSON, HEIKKI PIHLAJAMÄKI, e ALAIN A. WIJFFELS (editores), *The formation and transmission of western legal culture: 150 books that made the law in the age of printing*, Springer International Publishing, 2016.
- DAVID BUSO, ARIEL, *El Derecho Natural y la Prudencia Jurídica*, Buenos Aires, Educa (Universidad Católica Argentina), 2008.
- DEMAN, THOMAS, *La Prudence – Somme Théologique*, 3.^a ed., Paris, Les Éditions du Cerf, 2006.
- DRESSEL, JULIA, E HANY FARID, «The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism», in *Science Advances*, Vol. 4, 2018.
- DUARTE, RUI PINTO, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000.
- DUPRÉ, LOUIS K., *Passage to modernity: an essay in the hermeneutics of nature and culture*, New Haven e Londres, Yale University Press, 1993.
- EMPIRICUS, SEXTUS, *Oeuvres Choiesies de Sextus Empiricus*, Traduzido por Jean Grenier e Geneviève Goron, Mayenne, Aubier - Éditions Montaigne, 1948.
- ENGLISH, KARL, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Traduzido por João Baptista Machado, 10.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ENGLARD, IZHAK, *Corrective and Distributive Justice*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2009.
- ESSER, JOSEF, «Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico», in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, Vol. V, Pisa, 1952.
- , *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Traduzido por Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria, Camerino, Università degli Studi di Camerino Traduzioni, 2010.
- FALCON, ANDREA, «Aristotle on Causality», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2019 Edition)*, 2019.
- FALCÓN Y TELLA, MARÍA JOSÉ, *Equidad, Derecho y Justicia*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2005.
- FASSÒ, GUIDO, *Il diritto naturale*, 2.^a ed., Turim, ERI, 1972.
- FERNANDEZ, CAROLINA JULIETA, «Iusnaturalismo, voluntarismo, derechos subjetivos y otros problemas de la “Opera politica” de Ockham», in *Anuario Filosófico*, Vol. 41–1, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, S.A., 2008.
- FEYERRABEND, PAUL, *Against Method*, 3.^a ed., Londres - Nova Iorque, Verso, 1993.

- FINNIS, JOHN., *Natural law and natural rights*, 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FOULQUIÉ, PAUL, *A Dialéctica*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1966.
- FRANK, JEROME, *Law and the Modern Mind*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1949.
- FRIEDERICH, SIMON, «Fine-Tuning», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition)*, 2018.
- GARCIA AMADO, JUAN ANTONIO, *Teorias de la Topica Juridica*, Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- GAUDÊNCIO, ANA MARGARIDA SIMÕES, *Entre o Centro e Periferia: A Perspectivação Ideológico-Política da Dogmática Jurídica e da Decisão Judicial no Critical Legal Studies Movement*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.
- GENN, HAZEL, *Judging Civil Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- GENTILE, FRANCESCO, «Prudentia Iuris», in *L'Ircocervo*, Vol. 2, Pádua, Fondazione Gentile Onlus, 2007.
- GENY, FRANÇOIS, *Science et Technique en droit privé positif - Seconde Partie: Élaboration Scientifique du Droit Positif (L'irréductible «droit naturel»)*, Paris, Sirey, 1927.
- GEORGESCO, VALENTIN, *Essai d'une Théorie Générale des «Leges Privatae»*, Paris, Rousseau et Cie., 1932.
- GIULIANI, ALESSANDRO, *La Controversia*, Pavia, Pubblicazioni della Università di Pavia, 1966.
- , «The Aristotelian Theory of the Dialectical Definition», in *Philosophy & Rhetoric*, Vol. 5, Pennsylvania, Penn State University Press, 1972.
- GOLDSCHMIDT, VICTOR, *La Doctrine d'Épicure et le Droit*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1977.
- GOYTISOLO, JUAN BERCHMANS VALLET DE, *Metodologia de la Determinación del Derecho - Parte Primera: Perspectiva Historica*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.
- , *Metodología de las Leyes*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- GRANERIS, GIUSEPPE, *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*, Traduzido por Celina Ana Mendonza, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.
- GROSSI, PAOLO, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1997.
- GROSSMAN, WILLIAM L., «The Legal Philosophy of Roscoe Pound», in *Yale Law Journal*, Vol. 44-4, New Haven, The Yale Law Journal Company, 1935.

Bibliografia

- GROTIUS, HUGO, *Le Droit de la Guerre et de la paix*, Traduzido por Paul Pradier-Fodéré, Paris, P.U.F., 1999.
- GUARINO, ANTONIO, *Diritto Privato Romano*, 2.^a ed., Nápoles, Jovene, 1963.
- GUICHARD, RAUL, «A ideia de um sistema móvel, em especial no domínio da responsabilidade civil. Apresentação da tradução de Walter Wilburg “Desenvolvimento de um sistema móvel no Direito Civil”», in *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2000.
- GÜMPOVÁ, PETRA, *Sovereignty and Constitutional Democracy*, Baden-Baden, Nomos, 2011.
- HADLEY, JAMES, *Introduction to Roman Law, in Twelve Academical Lectures*, Nova Iorque, D. Appleton and company, 1874.
- HÄGERSTRÖM, AXEL, *Inquiries into the nature of law and morals*, Karl Olivecrona (editor), Traduzido por Charlie Dunbar Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksells, 1953.
- HANKINSON, ROBERT J., «Philosophy of Science», in *The Cambridge Companion to Aristotle*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- HART, HERBERT, *O Conceito de Direito*, Traduzido por Armindo Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HAUSKELLER, MICHAEL, «Telos: The Revival of an Aristotelian Concept in Present Day Ethics», in *Inquiry*, Vol. 48–1, Oslo, 2005.
- HEISENBERG, WERNER, *Physics and Philosophy*, Londres, Penguin Books, 2000.
- HERNANDEZ GIL, ANTONIO, *Metodologia de la Ciencia del Derecho - Vol. I*, Madrid, Graficas Uguina, 1971.
- HERVADA, JAVIER, *Crítica Introdutória ao Direito Natural*, Traduzido por Joana Ferreira da Silva, Porto, RÉ-S-Editora, 1990.
- HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL, *A Política Perdida - Ordem e Governo antes da Modernidade*, Curitiba, Juruá Editora, 2010.
- , *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de Um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012.
- , *O Caleidoscópio do Direito*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- HOBBS, THOMAS, *Leviathan*, London, Penguin Books, 1968.
- HOLMES, OLIVER WENDELL, «The Path of Law», in *Harvard Law Review*, Vol. X, Cambridge, Massachusetts, The Harvard Law Review Association, 1897.
- HOYLE, FRED, *The Intelligent Universe - A new view of creation and evolution*, Nova Iorque, Holt - Rinehart and Winston, 1983.
- HUME, DAVID, *A Treatise of Human Nature*, Oxford, Clarendon Press, 1896.

- JUSTINIANO, *El Digesto del Imperador Justiniano - Tomo I*, Traduzido por Bartolomé Agustin Rodriguez de Fonseca, Madrid, Imprenta de Ramon Vicente, 1872.
- , *El Digesto del Imperador Justiniano - Tomo II*, Traduzido por Bartolomé Agustin Rodriguez de Fonseca, Madrid, Imprenta de Ramon Vicente, 1873.
- , *El Digesto del Imperador Justiniano - Tomo III*, Traduzido por Bartolomé Agustin Rodriguez de Fonseca, Madrid, Imprenta de Ramon Vicente, 1874.
- JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015.
- KAINO, MICHIIRO, «Bentham's Concept of Security in a Global Context: The Pannomion and the Public Opinion Tribunal as a Universal Plan», in *Journal of Bentham Studies*, Vol. 11–1, Londres, UCL Press, 2009.
- KANT, EMMANUEL, *Métaphysique des moeurs - Première partie: doctrine du droit*, Traduzido por Alexis Philonenko, 5.^a ed., Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1993.
- KASER, MAX, *Direito Privado Romano*, Traduzido por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- KAUFMANN, ARTHUR, *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, Traduzido por Gaetano Carlizzi, Nápoles, Vivarium, 2004.
- , *Filosofia do Direito*, Traduzido por António Cortês, 5.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- KELSEN, HANS, *Esencia y Valor de la Democracia*, Traduzido por Rafael Luengo Tapia e Luis Legaz y Lacambra, Barcelona - Buenos Aires, Editorial Labor, 1934.
- , *Teoria Pura do Direito*, Traduzido por João Baptista Machado, 6.^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- KORNHAUSER, LEWIS, «The Economic Analysis of Law», in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2017 Edition)*, Edward N. Zalta (editor), 2017.
- KROGER, JOHN, «The Philosophical Foundations of Roman Law: Aristotle, the Stoics, and Roman Theories of Natural Law», in *Wisconsin Law Review*, Vol. 905, Wisconsin, University of Wisconsin, 2004.
- LACHANCE, LOUIS, *El derecho y los derechos del Hombre*, Traduzido por Luis Horno Liria, Madrid, RIALP, 1979.
- , *Le Concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, Ottawa - Montréal, Les Éditions du Lévrier, 1948.
- LAERTIUS, DIOGENES, *Lives of the Eminent Philosophers*, James Miller (editor),

Bibliografia

- Traduzido por Pamela Mensch, Nova Iorque, Oxford University Press, 2018.
- LAGARDE, GEORGES DE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen age, Vol. V - Guillaume d'Ockam: Critique des Structures Ecclésiales*, Louvain - Paris, E. Nauwelaerts - Béatrice-Nauwelaerts, 1963.
- LAMEGO, JOSÉ, *Caminhos da Filosofia do Direito Kantiana - Volume I: de Kant ao Neokantismo*, Lisboa, AAFDL, 2014.
- LANDES, WILLIAM M., E RICHARD A. POSNER, *The economic structure of tort law*, Cambridge - Massachusetts - Londres, Harvard University Press, 1987.
- LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, Traduzido por José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LATORRE, ÁNGEL, *Introdução ao Direito*, Traduzido por Manuel Poirier Braz, Lisboa, Escolar Editora, 2013.
- LAUAND, JEAN, «A Virtude da Prudência na base da Justiça e da Weltanschauung», in *Direito Natural, Justiça e Política*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.
- LEVERING, MATTHEW, *Biblical Natural Law: A Theocentric and Teleological Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- LEVI, EDWARD, *Introducción al razonamiento jurídico*, Traduzido por Genaro Carrió, 2.^a ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1971.
- LINHARES, JOSÉ MANUEL AROSO, «A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a law & economics scholarship», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 78, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- , «Jurisprudentialism: Castanheira Neves», in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence - Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Enrico Pattaro e Corrado Roversi (editores), Vol. 12, , Springer, 2016.
- LISSKA, ANTHONY, *Aquinas's Theory of Perception*, Oxford, Oxford University Press, 2016.
- LLEWELLYN, KARL, *The bramble bush: on our law and its study*, Nova Iorque, Oceana Publications, 1960.
- LUIS ALONSO, JOSÉ, «Customary law and legal pluralism in the Roman Empire: The status of peregrine law in Egypt: Customary law and legal pluralism in the Roman Empire», in *The Journal of Juristic Papyrology*, Vol. XLIII, Varsóvia, Uniwersytet Warszawski, 2013.
- LUIS VIGO, RODOLFO, *Visión Crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho*, Santa

- Fé, Rubinzal y Culzoni S.C.C. Editores, 1984.
- LUTHER, MARTIN, *Luther et les problèmes de l'autorité civile*, Traduzido por Joël Lefebvre, Paris, Aubier Montaigne, 1973.
- , *Martin Luther - Oeuvres choisies, tome 4*, Traduzido por Franck Gueutal, Genève, Labor et Fides, 1958.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 2013.
- MACINTYRE, ALASDAIR, *After Virtue*, 2.^a ed., Londres, Duckworth, 2002.
- MACLEOD, MARY, E ERIC RUBENSTEIN, «Universals», in *Internet Encyclopedia of Philosophy*, in <https://www.iep.utm.edu/universa> (consultado a 07/12/2020).
- MARITAIN, JACQUES, *Man and the State*, Washington D.C., The Catholic University of America Press, 1998.
- MARTÍNEZ DORAL, JOSÉ MARÍA, *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, Navarra, Universidade de Navarra, 1963.
- MASSINI CORREAS, CARLOS IGNACIO, *La Ley Natural y su Interpretación Contemporánea*, Pamplona, Eunsa, 2006.
- , *La Prudencia Jurídica - Introducción a la Gnoseología del Derecho*, 2.^a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.
- MCINERNEY, RALPH, «Natural Law and Human Rights», in *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 36–1, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- MILL, JOHN STUART, *On Liberty*, Kitchener, Batoche Books, 2001.
- MONCADA, LUÍS CABRAL DE, *Filosofia do Direito e do Estado, Vol. 1 - Parte histórica*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- MÚRIAS, PEDRO, E MARIA LURDES PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação», in *Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha. Estudos em homenagem*, Coimbra, Almedina, 2012.
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA, *Digesta - Volume 1.º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros (Reimpressão)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- , *Digesta - Volume 3.º - Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros (Reimpressão)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- , «Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais», in *Boletim da Faculdade de Direito - Studia Iuridica*, Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1993.
- , «Por um Outro Pensamento Jurídico. - Comentário a “Uma Tópica Jurídica -

Bibliografia

- Clareira para a Emergência do Direito”, de Antônio Carlos Nedel», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXXI, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.
- NEVES, VÍTOR PEREIRA DAS, «Crise, incumprimento e insolvência», in *A Crise e o Direito*, Coimbra, Almedina, 2013.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, 14.^a ed., Cerro del Agua, Siglo veintiuno editores, 2002.
- NYER, DAMIEN, «Withholding Performance for Breach in International Transactions: an Exercise in Equations, Proportions or Coercion?», in *Pace International Law Review*, Vol. 18, 2006.
- OLIVECRONA, KARL, *Law as Fact*, Londres, Oxford University Press, 1939.
- ORESTANO, RICCARDO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2.^a ed., Turim, Giappichelli, 1963.
- OTERO PARGA, MILAGROS, E FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Jurisprudencia Dialéctica*, Madrid, Tecnos, 2012.
- PECES-BARBA MARTINEZ, GREGORIO, «Michel Villey et les droits de l’homme», in *Droit et société*, Vol. 71, Paris, Editions juridiques associées, 2009.
- PEGAS, M. ALVARES, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugaliae*, Ulyssipone, 1669.
- PELLETIER, YVAN, *La Dialectique Aristotélicienne*, 2.^a ed., Quebec, Société d’Études Aristotéliciennes, 2007.
- PERELMAN, CHAÏM, *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, Traduzido por Vergínia K. Pupi, 2.^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- PERRILLO, JOSEPH, *Calamari and Perrillo on Contracts*, 5.^a ed., St. Paul, Thomson West, 2004.
- PIEPER, JOSEF, *The Four Cardinal Virtues*, Traduzido por Richard Winston, Clara Winston, Lawrence Lynch, e Daniel Coogan, Nova Iorque, Harcourt, Brace & World, Inc., 1965.
- POEL, MARC VAN DER, *Cornelius Agrippa, the Humanist Theologian and His Declamations*, Leiden, Brill, 1997.
- PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004.
- POSNER, RICHARD A., «A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law», in *The Journal of Law & Economics*, Vol. 23–1, Chicago, The University of Chicago

- Press, 1980.
- , *Economic Analysis of Law*, 6.^a ed., Nova Iorque, Aspen Publishers, 2003.
- , *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 1995.
- POUND, ROSCOE, *Interpretations of Legal History*, Cambridge - Massachusetts, Cambridge University Press, 1923.
- PRATA, ANA, «Responsabilidade Civil», in *Themis - Edição Especial - Código Civil Português: Evolução e Perspetivas Actuais*, Coimbra, Almedina, 2008.
- PRICE, HENRY HABBERLEY, *Thinking and Experience*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1953.
- PUY MUÑOZ, FRANCISCO, «Mi Metodología Tópica», in *Ars Iudicandi - Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves - Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- , *Teoria dialética do Direito Natural*, Traduzido por Maria Clara Calheiros, São Paulo, EDUSC, 2010.
- QUINTILIAN, *The Institutio oratoria of Quintilian - IV*, Traduzido por Harold Edgeworth Butler, Cambridge - Massachusetts, Harvard University Press, 1920.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, RENATO, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- , «Michel Villey e o tema dos direitos humanos: uma crítica a partir de seus escritos e de suas fontes», Traduzido por Frederico Bonaldo, in *Quaestio Iuris*, Vol. 2-1, Rio de Janeiro, 2006.
- RADELET, MICHAEL, E TRACI LACOCK, «Recent developments: do executions lower homicide rates?: the views of leading criminologists», in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 99-2, Chicago, Northwestern University Pritzker School of Law, 2009.
- RECASÉNS SICHES, LUIS, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Cidade do México, Editorial Porrúa, 1961.
- REINACH, ADOLF, «The Apriori Foundations of the Civil Law», in *Aletheia*, Vol. III, Irving, The International Academy of Philosophy Press, 1983.
- ROMMEN, HEINRICH ALBERT, *The natural law: a study in legal and social history and philosophy*, Traduzido por Thomas R. Hanley, Indianapolis, Liberty Fund, 1998.
- ROSS, ALF, *On Law and Justice*, Nova Jérсия, The Lawbook Exchange, 2004.
- RUBINELLI, SARA, *Ars Topica*, Springer, 2009.

Bibliografia

- SAGAN, CARL, *The Demon-Haunted World - Science as a Candle in the Dark*, London, Headline, 1997.
- SAMUEL, GEOFFREY, «Imitation of life: Reasonances between law and fact and fact and law», in *Facts and Norms in Law: Interdisciplinary Reflections on Legal Method*, Cheltenham, EE Elgar, 2016.
- , «The Paradigm Case: Is Reasoning and Writing in Film Studies Comparable To (or With) Reasoning and Writing in Law?», in *No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, Vol. 13, Samuli Hurri, 2016.
- SANCHEZ, FRANCISCO, *Il N'est Science de Rien (Qvod Nihil Scitvr)*, Traduzido por Andrée Comparot, Paris, Klincksieck, 1984.
- SEAGRAVE, S. ADAM, «How Old Are Modern Rights?: On the Lockean Roots of Contemporary Human Rights Discourse», in *Journal of the History of Ideas*, Vol. 72–2, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2011.
- SERPE, ALESSANDRO, «Dos Realismos Escandinavos. Realismo Nórdico: uma presença constante?», Traduzido por Rui Guerra da Fonseca, in *Themis*, Vol. 17, Coimbra, Almedina, 2009.
- SHINER, LARRY, *The Invention of Art: A Cultural History*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.
- SHINER, ROGER A., «Hart on Judicial Discretion», in *Problema - Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. 5, Ciudad Universitaria - México, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- SILVA, CRISTINA NOGUEIRA DA, «Como contar a história dos Direitos Humanos? Algumas questões metodológicas», in *Direitos Fundamentais e soberania na Europa. História e Actualidade*, ANTÓNIO MARQUES e PAULO BARCELOS (editores), Lisboa, IFILNova (Colecção Colloquia), 2014.
- SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES DA, *História do pensamento jurídico*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Ciências Humanas, 1982.
- SIM, MAY, «Dialectic and Definition in Aristotle's Topics», in *The Society for Ancient Greek Philosophy Newsletter*, Vol. 326, 1995.
- SLOMKOWSKI, PAUL, *Aristotle's Topics*, Leiden, Brill, 1997.
- SOUSA, LUÍS PIRES DE, *Prova por Presunção no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2012.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Introdução ao Direito*, Coimbra, Almedina, 2012.
- SOUSA, PEDRO GALVÃO DE, *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*, São Paulo, Revista Editora dos Tribunais, 1977.

- STAMMLER, RUDOLF, *The Theory of Justice*, Nova Iorque, The Lawbook Exchange, 2000.
- STEIN, PETER, *Regulae Iuris: from Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgo, Edinburgh University Press, 1966.
- STRAUSS, LEO, *Direito Natural e História*, Traduzido por Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2009.
- SUÁREZ, FRANCISCO, *Selections from Three Works of Francisco Suárez*, Traduzido por Gwladys Williams, Ammi Brown, John Waldron, e Henry Davis, Indianapolis, Liberty Fund, 2014.
- , *Tractatus de legibus ac Deo legislatore: in decem libros distributus*, Coimbra, Apud Didacum Gomez de Loureyro, 1612.
- SZYNWELSKI, CRISTIANE, «Tópica Jurídica - Solução ou Problema?», in *Revista CEJ*, Vol. XII, Brasília, Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários, 2008.
- TALAMANCA, MARIO, *Elementi di diritto privato romano*, 2.^a ed., Milão, Giuffrè, 2013.
- TASSO, TORQUATO, *Oltre il Diritto - Alla ricerca della giuridicità del fatto*, Lavis, Cedam, 2012.
- TEIXEIRA, MICAEL MARTINS, «Por Uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova», in *Instituto do Conhecimento AB - Coleção Estudos N.º2*, Coimbra, Almedina, 2014.
- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Direito das Obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- TIERNEY, BRIAN, «Response to S. Adam Seagrave's "How Old Are Modern Rights?: On the Lockean Roots of Contemporary Human Rights Discourse"», in *Journal of the History of Ideas*, Vol. 72–3, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2011.
- , *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150-1625*, Grand Rapids - Michigan / Cambridge - U.K., William B. Eerdmans Publishing Company, 2001.
- TRIGEAUD, JEAN-MARC, «Réel et chose: un langage en déclin? De la régression du droit vers les intérêts», in *Persona y Derecho*, Vol. 75, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2016.
- UBALDI, BALDUS DE, *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Veneza, Haeredes Georgii Varisci, 1616.
- UNGER, ROBERTO MANGABEIRA, *The Critical Legal Studies Movement*, Londres - Nova Iorque, Verso, 2015.
- URIBE BLANCO, MAURICIO, *Interpretación Prudencial de la Realidad Jurídica*, Bogota,

Bibliografia

- Pontificia Universidad Javeriana, 1970.
- VECCHIO, GIORGIO DEL, *Lições de Filosofia do Direito*, Traduzido por António José Brandão, 3.^a ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1970.
- VIEHWEG, THEODOR, *Topica y Jurisprudencia*, Traduzido por Luis Diez-Picazo Ponce de Leon, Madrid, Taurus, 1964.
- VILLEY, MICHEL, «De l'indicatif dans de droit», in *Critique de la Pensée Juridique Moderne*, Paris, Dalloz, 2009.
- , «Des Délits et Peines dans la Philosophie du Droit Naturel Classique», in *La Nature et la Loi*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2014.
- , «Deux Conceptions du Droit Naturel Dans l'Antiquité», in *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 30, Paris, Dalloz, 1953.
- , *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, P.U.F., 2013.
- , «Le Contrat (Preface historique à l'étude de notion de contrat)», in *Seize Essais de Philosophie du Droit - Dont Un sur la Crise Universitaire*, Paris, Dalloz, 1969.
- , *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016.
- , *Le Droit Romain*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012.
- , «Logique d'Aristote et Droit Romain», in *Revue historique de droit français et étranger*, Vol. 28, Paris, Dalloz, 1951.
- , *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit. Les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001.
- , *Questions de Saint Thomas sur le Droit et la Politique*, Paris, P.U.F., 1987.
- , «Responsabilité Pénale (La responsabilité chez st Thomas)», in *Seize Essais de Philosophie du Droit - Dont Un sur la Crise Universitaire*, Paris, Dalloz, 1969.
- WARD, JULIE, *Aristotle on Homonymy: Dialectic and Science*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- WESTBERG, DANIEL, *Right Practical Reason*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- WIEACKER, FRANZ, *História do Direito Privado Moderno*, Traduzido por António Manuel Hespanha, 4.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- DE WULF, MAURICE, «Nominalism, Realism, Conceptualism», in *The Catholic Encyclopedia*, Vol. XI, Nova Iorque, The Encyclopedia Press, 1913.
- ZAVRŠNIK, ALEŠ, «Algorithmic justice: Algorithms and big data in criminal justice settings», in *European Journal of Criminology (online)*, 2019.