

FERNANDO JOSÉ BRONZE

*(Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra)*

LIÇÕES DE INTRODUÇÃO AO DIREITO

•

3.^A EDIÇÃO



GESTLEGAL

ÍNDICE

	Págs.
NOTA PRÉVIA	7
PREFÁCIO À 3.ª EDIÇÃO	9

1.ª LIÇÃO	11
------------------------	----

O objectivo e a índole desta "Introdução ao Direito". A perspectiva adoptada — a *perspectiva normativa*, em confronto com as perspectivas *sociológica, filosófica e epistemológica*. A perspectiva normativa na intenção do jurista (relevância da tarefa prática e do compromisso normativo-juridicamente constituído do jurista) e na modelação do pensamento jurídico (alusão sumária à racionalidade "marca-de-contraste" do seu discurso metodonomologicamente inucleado), e dirigida ao *quid ius* — que não ao *quid iuris*.

Considerações preliminares, indicações bibliográficas e referência aos elementos de estudo.

2.ª LIÇÃO	31
------------------------	----

I Parte

O direito

Cap. I — *O problema do direito*

A. *O sentido geral do direito.*

1. A *ordem jurídica* como *factum* da experiência imediata do direito.

1) *Análise da ordem jurídica* — a) *A estrutura*: α) A linha das relações entre sujeitos particulares (*ordo partium ad partes*), com os valores da liberdade (autonomia) e da igualdade (paridade) numa intenção à justiça comutativa — o direito privado. β) A linha das relações entre os cidadãos e a sociedade (*ordo partium ad totum*), com os valores da liberdade e da responsabilidade (comunitária), as funções de garantia individual, de tutela social e de responsabilização comunitária, e a intenção à justiça geral e à justiça protectiva — o direito público (constitucional, criminal, fiscal, etc.). γ) A linha das relações entre a sociedade e os cidadãos-destinatários (*ordo totius ad partes*), com os valores da liberdade e da solidariedade e a intenção à justiça distributiva e à justiça correctiva — o direito público (constitucional, administrativo, social, público da economia, do ambiente, etc.). δ) A historicamente sucessiva autonomização das linhas mencionadas, que desenhavam um triângulo de geometria variável

3.ª LIÇÃO

1) *Análise da ordem jurídica* (cont.) — b) *As funções*: α) *A função primária ou prescritiva*. αα) O direito como princípio de acção e como critério de sanção. ββ) O carácter sancionatório do direito implicado na sua natureza societária — caracterização desta natureza em contraponto com a especificidade da moral: a fruição do mundo e a mediação positiva e negativa dos outros; a existência humana no mesmo mundo; a alteridade e suficiência normativo-imperativa da moral *vs.* a "bilateralidade atributiva" do direito; o mundo como horizonte e como mediação constitutiva — a "relativização" dos sujeitos jurídicos, intersubjectividade, exigibilidade, executabilidade. γγ) Tipos de sanções — sentido de uma evolução histórica. δδ) O direito e a coacção; o direito e o poder — alusão ao problema das suas relações. β) *A função secundária ou organizatória* — a dialéctica "subsistência/mutação" que se afirma na ordem jurídica em virtude da sua imanente historicidade; os momentos de unidade sistemática, de desenvolvimento constitutivo e de realização orgânico-processual; uma alusão ao problema da pretendida suficiência de uma auto-reflexividade organizatória; o momento institucional-processual como condição adjectiva do juízo decisório — distinto quer da "ratio" substantivo-material (os fundamentos e critérios dogmáticos da juridicidade), quer da "ratio" intencional-judicativa (a assumir no problema metodonomológico).

4.ª LIÇÃO

93

1) *Análise da ordem jurídica* (cont.) — c) *Notas caracterizadoras de uma ordem jurídica em geral*: α) A ordem como "cosmos" cultural (*rectius*, como "chaosmos" prático. β) O carácter comunitário (tanto do ponto de vista estrutural como intencional). γ) Objectividade — a objectividade do mundo e a participação reconstitutiva dos sujeitos práticos; o plano de auto-subsistência institucional (objectividade autárquica), o plano intencional-material (objectividade dogmática); a dimensão dogmática do prático (a urgência da acção-decisão e a exigência de um referente de sentido; a revisibilidade desta dogmática); a dialéctica entre momentos (imediatos) de objectividade e momentos (mediatos) de reconstituição subjectiva (legitimidade da ordem, justificação prática); a possível "incompreensão" cultural (congruência científica) e política (legitimidade democrática) desta dimensão de objectividade. δ) A projecção prática na autoridade.

5.ª LIÇÃO

115

1) *Análise da ordem jurídica* (conclusão) — d) *Os efeitos imediatos de uma qualquer ordem jurídica*: α) A racionalização (alusão exemplificativa a vários tipos de racionalidade). β) A institucionalização: a sua função "antropológica" e o seu sentido humano-cultural — o problema da coexistência comunitária de autonomias pessoais (unidade e comum de convivência/abertura e autonomia pessoal); o esforço cultural de institucionalização; a instituição como quadro estabilizador e integrante de assimilação da diferença e indeterminação sociais; a institucionalização como "segunda natureza" (cultura em sentido antropológico) — um cosmos (relativa-

mente) fechado a tornar possível um círculo de indeterminação (a instituição como limite e condição da liberdade, a crise das instituições como desagregação dos referentes); a dialéctica entre objectivação institucional e superação histórica (a interferência latente de duas tendências: a hipertrofia da instituição-sistema e a hipertrofia da autonomia "solipsista"; a impotência perante o "mundo" de uma crítica subjectivista radical — o "mundo" como "dispositivo" a repudiar); o direito — instituição "rígida" ou "reflexiva"?; a instituição direito e a dialéctica "liberdade/comunidade". γ) A segurança (-previsibilidade). δ) A liberdade: a absoluta liberdade do arbítrio (redução dos sujeitos a objectos de arbítrio); a assunção dogmaticamente limitada da liberdade (-responsabilidade). ϵ) A paz como antecipação regulativa (a paz e a justiça: a paz definida em termos estritamente empírico-sociológicos, como mera "coexistência" realizada, sem qualquer vinculação à justiça — que, por seu turno, seria uma pura ideia, transcendente ao direito?; ou a justiça assumida como exigência prático-comunitária — e, decorrentemente, como referente polar e dimensão imanente ao e constitutiva do direito — a balizar normativamente "o caminho esquecido para a paz"?).

6.ª LIÇÃO 145

1. *A ordem jurídica* (conclusão).

2) *A ordem jurídica e o problema do sentido do direito.* a) *Considerações gerais* sobre o problema do sentido e a sua específica intencionalidade. b) *A insuficiência objectiva* (de identificação e de de-finição) da ordem jurídica, quando considerada apenas como tal e na sua formal objectividade, para dar resposta ao problema do seu reconhecimento como ordem *de direito*: α) a ordem jurídica e outras ordens sociais; β) a insuficiência ainda da complementar qualificação pela estadualidade — algumas notas sobre a relação entre a estadualidade e a juridicidade. c) *A insuficiência normativa*: α) a necessária consideração da dimensão normativa imanente, normativamente substantivadora e sustentadora da vigência; β) a intenção normativa transpositiva e regulativa — o direito como princípio; γ) a intenção axiológico-normativa fundamentante da validade do direito como direito — o seu sentido histórico-cultural, a sua implicação na obrigatoriedade normativa e a sua intencionalidade constitutiva do sentido do direito; alusão ao problema do processo de reconhecimento daquela validade.

3) *Conclusão provisória: a re-constituição analógica da ordem jurídica.*

7.ª LIÇÃO 197

2. *O direito e a sociedade.*

1) *O direito na sociedade.* a) *A sociedade (de um imediato, mas muito esquemático, ponto de vista sociológico)*: sentido geral e a problemática da sua concepção teórica (a "insociável sociabilidade"). α) Um problema de "equilíbrio": o "mundo colectivo" e a integração unitária da autonomia dos *relata* (individuais-)pessoais (a capacidade de individualização-liberdade); a "sociedade" como resposta (o mundo autonomizado da convivência das interacções significativas). β) As respostas da sociologia — duas perspectivas fundamentais: $\alpha\alpha$) a perspectiva da acção

(Max WEBER) — a "inter-acção" e as "formas de socialização"; $\beta\beta$) a perspectiva do sistema (PARSONS, LUHMANN): a sociedade como sistema auto-regulado e auto-suficiente situado num meio exterior; a criação de um "espaço" de reencontro da totalidade social consigo própria; a totalidade social como "teia" orgânico-funcional; os imperativos estruturais como condição de eficácia de uma racionalidade instrumental e estratégica; o relevo da instituição — a acção como variante estratégica de uma invariante; o direito como sub-sistema social de integração (PARSONS) e como resposta de compossibilidade ao problema da "complexidade do mundo" (LUHMANN); $\gamma\gamma$) a síntese reflexiva: o equilíbrio estrutural entre o "mundo da vida" e o "sistema" (HABERMAS). γ) Categorias fundamentais de análise — o "status" e os "papéis". δ) O problema da integração: o "consensus" e o "conflito" (referência exemplificativa, num quadro microscópico, ao processo judiciário: a consideração das posições divergentes das partes na "controvérsia" e a ponderação do seu valor relativo ante o *topos* direito). ϵ) O direito nesta realidade social: o sentido da relação social juridicamente relevante; o problema da institucionalização. b) *A sociedade (em perspectiva material)*: α) os interesses e o factor económico; β) o poder e o factor político; γ) os valores e o factor cultural; δ) o direito como síntese selectiva dos factores mencionados.

8.^A LIÇÃO

2) *O direito função da sociedade?* As concepções redutivistas (o direito como variável dependente): α) *A redução do direito ao económico* — referência à tese marxista e às revisões neomarxistas; crítica: $\alpha\alpha$) a "relativa autonomia da instância jurídica"; $\beta\beta$) as diferentes relações históricas entre o económico e o ético-jurídico; $\gamma\gamma$) as diferentes racionalidades do económico (os fins-interesses; os efeitos como correlatos empíricos; a relação sujeito-objecto; a racionalidade final-instrumental; o princípio da utilidade, a implicar a relevância da instrumentalidade e da eficiência; a estratégia) e do jurídico, compreendido em referência a uma validade fundamentante (os valores; os fundamentos; a relação comunicacional sujeito-sujeito; a racionalidade de fundamentação; o princípio da justiça; a validade); a irredutibilidade que estas diferenças impõem, sem prejuízo de uma possível opção histórico-cultural; a impossibilidade de pensar a existência comunitária unicamente sob aquela primeira racionalidade. β) *A redução do direito ao político*: $\alpha\alpha$) o político e a política: o político (*lato sensu*: de "polis" — comunidade) como referente constitutivo da "praxis" comunitária; a política como concretização de o político em termos exclusivamente estratégico-programáticos (uma estratégia específica, orientada por um finalismo e traduzida num programa de "governo"); $\beta\beta$) a origem histórica desta concepção redutivista: a autonomização moderna de a política, a sua assunção pelo Estado moderno, as diferentes relações históricas entre o poder e o direito (do Estado absoluto ao Estado-de-direito social); $\gamma\gamma$) crítica a esta redução: $\alpha\alpha\alpha$) em perspectiva institucional (consideração da relação entre o direito e o poder): o problema da legitimidade e o seu condicionamento pela validade — a resposta-solução do Estado-de-direito; $\beta\beta\beta$) em perspectiva intencional (consideração da relação entre o jurídico e a política): a) as diferentes racionalidades de a política (o poder-estratégia; a ideologia selectivo-partidária; a contingência dos fins) e de o jurídico (a nor-

matividade-validade; a intenção universal; a experiência histórica de um "absoluto" fundamentante); b) as distintas "realidades" actuates ou os critérios de validade da legislação política (direito natural; direito-lei; direito a transcender a lei). γ) *A redução do direito ao axiológico-cultural*; crítica: o direito como normatividade vigente e o seu condicionamento histórico-social (a humanidade, a historicidade e a positividade como notas irremissivelmente caracterizadoras do direito).

9.ª LIÇÃO 271

3) *A sociedade função do direito* — a) Rápida alusão aos problemas do "por-quê?" (das condições de emergência), do "quê?" (do fundamento originário) e do "para-quê?" (da função humano-social) do direito. b) A função específica do direito e a sua condicionalidade histórica — referência aos três grandes ciclos histórico-funcionais: α) o direito pré-moderno (função legitimante e intenção declarativa de uma ordem "natural" pressuposta); β) o direito moderno-iluminista (função constituinte de uma legalidade); γ) o direito contemporâneo (função de validade axiológico-normativa e crítica num sistema político-jurídico). c) Determinação desta função contemporânea do direito: α) função integrante — $\alpha\alpha$) função de tutela de valores e interesses fundamentais; $\beta\beta$) função de resolução de conflitos de interesses; $\gamma\gamma$) função de garantia — a institucionalização e limitação do poder; β) o sentido negativo e dogmaticamente formal da intenção imediata da função integrante (o direito como o meio e a forma de actuação válida de fins socialmente extra-jurídicos); γ) o sentido positivo específico do direito como validade: $\alpha\alpha$) função regulativo-constitutiva — remissão para a determinação da normatividade específica da validade jurídica no "princípio normativo"; $\beta\beta$) função de validade legitimante e crítica — o Estado-de-Direito.

10.ª LIÇÃO 307

B. *O sentido específico do direito.*

I. Alusão à determinação do sentido normativo específico do direito no pensamento pré-positivista: a filosofia prática e a sua unidade "reflexiva"; a imanência constitutiva do direito-problema e da reflexão fundamentante (noeticamente normativa); um núcleo de pensamento globalmente metodológico-jurisprudencial, de intenção judicativa (embora nos pólos de acentuação casuística, hermenêutica ou sistemática).

II. O problema da compreensão e determinação do sentido actualmente fundamental do direito — o *positivismo jurídico* como o imediato referente histórico-crítico dessa compreensão. 1) *Factores determinantes* — a) *O pensamento moderno-iluminista*: α) uma nova compreensão da prática: a cisão (-tensão) entre o homem/sujeito ("ratio" e/ou "voluntas") e o "mundo" dos factos e da experiência; a "praxis" referida ao sujeito (subjectividade-racionalidade e voluntarismo radical), a prática-técnica (o sentido da ciência moderna); β) o factor antropológico (o individualismo); γ) o factor cultural (o secularismo, o racionalismo e o historicismo); δ) o factor social (o capitalismo); ϵ) o factor político (o contratualismo). b) *O contexto ideológico*: as ideologias liberal e democrática. c) *O facto político*:

a Revolução Francesa. d) Uma consideração especial da concepção *racionalista* do direito, projectada numa nova concepção da legalidade (a norma racionalmente geral, abstracta e formal); a conjugação de pressupostos ideológicos (o "compromisso" liberal-democrático) e de exigências culturais (a racionalidade moderna e o problema da validade). e) A "*Escola Histórica*" — o conceitualismo sistemático em que se dissolveu. f) *O positivismo epistemológico* — os dualismos metodológico e intencional que *sub specie iuris* o caracterizaram.

11.^A LIÇÃO..... 353

II. *O positivismo jurídico* (cont.). 2) *Coordenadas caracterizadoras.*

a) *Coordenada político-institucional* — o Estado-de-Direito de legalidade: α) o princípio da separação dos poderes — αα) a evolução do seu sentido, da separação de poderes político-socialmente autónomos, de que seriam titulares os representantes dos estratos estruturais da sociedade, até à predominância do poder representativo ou de assembleia ("the legislative is the supreme power" — LOCKE); o poder judicial "de qualquer fação nulle"; ββ) o seu objectivo político de condição de um "pouvoir modéré"; β) o princípio da legalidade — de quadro de possibilidade a fundamento normativo ("critério" e "forma"); γ) o princípio da independência judicial — o seu sentido e a implicação da obediência à lei.

b) *Coordenada especificamente jurídica*: o direito identificado à lei; e a lei com o seu sentido moderno-iluminista: norma geral, abstracta, formal e imutável — a síntese dos valores da liberdade, igualdade e validade (a identificar-se esta com a racionalidade ou a universalidade racional) naquelas características da lei (a "sublime instituição" — ROUSSEAU).

c) *Coordenada axiológica*: α) a igualdade perante a lei e a certeza do direito; β) carácter formal desta axiologia.

d) *Coordenada funcional*: a dualizante cisão intencional e também metódica entre o pensamento jurídico e o direito, numa relação de transcendência objectiva; o confronto com o monismo intencional (prático-prudencial) anterior à emancipação epistemológica (primeiro historicista, depois estritamente positivista) da "ciência do direito"; a possibilidade de se compreender o pensamento jurídico como "ciência" (o direito como objecto transcendente a ser dominado em termos teórico-científicos); a autonomia (formal) do jurídico; a distinção entre o momento político da criação do direito e o momento jurídico do seu conhecimento e aplicação; a separação entre as questões metódico-epistemológicas da "ciência do direito" (teoria do direito), o problema cognitivo da interpretação e as questões práctico-técnicas de aplicação.

e) *Coordenada epistemológico-metodológica* (remissão): a (contingente) assimilação exegética dos sentidos e a sua tradução em (invariantes) estruturas conceitual-sistemáticas.

12.^A LIÇÃO 377

II. *O positivismo jurídico* (cont.). 3) *A actual superação do positivismo jurídico.*

a) *Factores do contexto histórico-cultural e político-social*: α) Uma nova cul-

tura — $\alpha\alpha$) uma diferente perspectiva antropológico-cultural (a pluridimensionalidade humana, a historicidade, a existência situacionalmente concreta); $\beta\beta$) um novo quadro epistemológico (as "ciências da cultura", a hermenêutica); $\gamma\gamma$) a restauração do sentido específico da "praxis" (o fazer e o agir, a técnica e a prática). β) Uma nova intencionalidade político-social — $\alpha\alpha$) o compromisso social: o "Estado social", ou "Estado providência" e a sua crise actual; $\beta\beta$) a chamada ao concreto e às circunstâncias histórico-sociais: o "homo socialis" e a mediação societária, a "socialização" do direito-legalidade.

b) *Factores especificamente jurídicos*: α) A superação do juridicismo formal por uma intenção jurídica material — referência a essa superação em vários domínios jurídicos e exemplificação particular no direito privado (as "cláusulas gerais", o "abuso do direito", o novo sentido do "princípio da autonomia privada"). β) A alteração do sentido do "princípio da igualdade" — da "igualdade perante a lei" para a "igualdade perante o direito" — e os princípios normativos trans-legais. γ) O carácter lacunoso do direito constituído e a constituição do direito na sua problemático-concreta realização judicial-decisória. δ) O direito a distinguir-se da lei. ϵ) A evolução do Estado-de-Direito (formal) de mera legalidade para o Estado-de-Direito (material) — o "Estado de Jurisdição".

13.ª LIÇÃO

459

III. 1. *A determinação do actual princípio normativo do direito.*

a) *Sentido geral* — α) A exigência da consideração do "princípio normativo" do direito implicada pela superação do positivismo jurídico. β) O seu sentido geral e a sua objectivação na "consciência jurídica geral". γ) O seu "tertium genus" para além do jusnaturalismo e do positivismo jurídico — índole cultural e dimensão de historicidade da sua auto-transcendência e auto-pressuposição fundamentante.

b) *Análise da "consciência jurídica geral"* — α) O plano da assimilação sócio-cultural e político-social — o "continuum" do sistema global numa situação de estabilidade. β) O plano dos "princípios jurídicos fundamentais" — o seu sentido suprapositivo e exemplificação. γ) O plano da dimensão axiológico-normativa última do direito — $\alpha\alpha$) a pessoa e a comunidade (excurso: algumas notas para uma [re-]fundamentação da responsabilidade, hoje); $\beta\beta$) corolários normativos: o respeito pelo princípio da igualdade (a postular o reconhecimento dos *direitos* de autonomia e de participação); e o respeito pelo princípio da responsabilidade (a postular o reconhecimento dos *deveres* de solidariedade e de corresponsabilidade).

2. *O princípio normativo e outras intenções alternativas.*

a) Referência ao valor *segurança* no quadro global da axiologia jurídica — α) A segurança jurídica como segurança através do direito e a segurança jurídica como certeza do direito — o sentido específico desta última. β) A compreensão da segurança jurídica na dialéctica entre "justiça e segurança".

b) A tentação do desvio do *finalismo jurídico* — α) As várias modalidades do finalismo jurídico. β) Crítica — pelas suas consequências práticas.

c) A hipótese de "*alternativas radicais ao próprio direito*" (compreendido como uma intersubjectivamente vinculativa e intencionalmente específica ordem

de validade) — α) uma ordem de poder (ordem de necessidade); β) uma ordem científico-tecnológica (ordem de possibilidade); γ) uma ordem política (ordem de finalidade).

14.^A LIÇÃO 581

Cap. II — *O modo-de-ser do direito*

1. *Modalidades de existência*: a) O modo de existência como *vigência*. b) As suas relações com a validade e a eficácia.
2. *Modalidades normativas: direito objectivo e direito subjectivo*: a) O sentido geral da distinção. b) As divergências doutrinárias quanto à conceitualização dogmática do direito subjectivo — a "teoria da vontade" e a "teoria do interesse" (mera alusão). c) A problematização da distinção pela consideração do seu relevo numa perspectiva histórica — épocas de direito objectivo e épocas de direitos subjectivos e correlativa evolução. d) O problema do sentido normativo-constitutivo da distinção para a compreensão fundamental do direito — referência desse sentido ao sentido último do direito. e) Corolário positivo-normativo da dialéctica desse sentido da distinção — a consideração exemplar do "abuso do direito".

15.^A LIÇÃO 607

3. *A objectivação da normatividade jurídica — o sistema jurídico* (s. j.).
 - a) O direito como "sistema": a assimilação superadora da dialéctica "ordem"/"problema". Alusão recapitulativa à concepção normativista do s. j. Referência à sua concepção decisionista. Acentuação da específica relevância metodológica do s. j.
 - b) O s. j. na sua compreensão e composição actuais — a sua análise: α) *O sentido do direito* (a devenida intenção irredutivelmente especificante da normatividade jurídica) — remissão. β) *Os princípios normativos* (o momento de validade da normatividade jurídica) — $\alpha\alpha$) caracterização normativa; $\beta\beta$) os vários tipos de princípios jurídicos — alguns dos mais importantes problemas implicados pela sua consideração; $\gamma\gamma$) a sua constituição jurídica. γ) *As normas* (o momento de imposição estratégico-política da normatividade jurídica) — $\alpha\alpha$) a sua estrutura lógica (a hipótese e a estatuição); $\beta\beta$) a sua índole normativa: "posterius" problemático-normativo e não puramente "prius" prescritivo (o sentido normativo e a função prático-normativa das normas jurídicas: a norma, como critério de determinação — o momento sociologicamente prático da norma; a norma, como critério de valoração — o momento axiologicamente prático da norma; a norma, como critério de decisão — o momento judicativamente prático da norma. Outras classificações das normas jurídicas); $\gamma\gamma$) os elementos normativos constitutivos das normas jurídicas legais — elemento racional ou fundamento e elemento imperativo ou autoritário. δ) *A jurisprudência judicial* (o momento de concreta realização judicativo-decisória da normatividade jurídica) — o seu específico sentido no horizonte de um sistema de legislação. ϵ) *A dogmática* (o momento de elaboração racional-

mente fundamentante da normatividade jurídica) — caracterização e importância actuais: especial acentuação da função normativo-sistemática da dogmática. ζ) *A realidade jurídica* (o momento de "acção histórica" da normatividade jurídica) — o seu relevo como elemento do s. j. vigente. η) *As regras procedimentais* (o momento técnico-praxístico da normatividade jurídica) — o significado dos arrimos resultantes da (obviamente revisível e criticamente afinável) sedimentação da experiência dos juristas.

c) Alusão à problemática da autónoma relevância de cada um dos mencionados estratos do s. j.

d) A índole estrutural do s. j. *aberto, material e regressivo* (de histórica reconstrução regressiva. Exemplos: a refração da emergência do critério normativo do "abuso do direito" na compreensão dos direitos subjectivos; a redensificação do direito de propriedade operada pelas exigências ecológico-jurídicas; a reconstrução da normatividade das normas pela interposição dos casos decididos que fundamentadamente impliquem a respectiva mobilização).

16.ª LIÇÃO

4. *As fontes do direito.*

1) *O problema e a perspectiva da sua consideração*: a superação da (positivística) perspectiva "político-constitucional" (polarizada no poder) por uma compreensão "fenomenológico-normativa" (polarizada na vigência).

2) *Os tipos fundamentais da experiência jurídica constituinte* — consuetudinária, legislativa e jurisdicional — ... acompanhados de uma meramente remissiva introdução à problemática da reflexão juscomparativa.

3) *A teoria tradicional das fontes do direito.* α) O seu sentido e temática — crítica. β) Alusão particular ao problema dos "assentos". αα) Os "assentos" do nosso direito (referência aos Acórdãos n.ºs 810/93 e 743/96, do TC — cf., respectivamente, *DR*, II Série, de 2-3-1994, p. 1984 ss., e *DR*, I Série-A, de 18-7-1996, p. 1995 ss.) e os "precedentes" do *Common Law*. ββ) O recurso extraordinário "da fixação de jurisprudência", instituído pelo Código de Processo Penal, de 1987 (arts. 437.º e 444.º ss.) — revisto pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto —, e as suas preterições semânticas (devidas a uma inércia censurável — entretanto, e felizmente, superada?...). γγ) A "revista ampliada", proposta pelo Anteprojecto do Código de Processo Civil, de 1988 (arts. 613.º ss.), e as aporias que manifestava. δδ) A revogação, finalmente, do instituto dos "assentos", pelo Código de Processo Civil, de 1995 (cf. os respectivos arts. 732.º-A e 732.º-B, aditados pelo art. 2.º do DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Acrescente-se ainda que o art. 4.º, n.º 2, do DL acabado de mencionar, revogou expressamente o art. 2.º do CC; e que os n.ºs 2 e 3 do art. 17.º, daquele mesmo DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro — cf. ainda o art. 16.º do DL n.º 180/96, de 25 de Setembro —, prescrevem, sucessivamente, que "[os] assentos já proferidos têm o valor dos acórdãos proferidos nos termos dos arts. 732.º-A e 732.º-B" do CPC revisto, e que "[, relativamente] aos recursos para o tribunal pleno já intentados, o seu objecto circunscreve-se à resolução em concreto do conflito, com os efeitos decorrentes das disposições legais citadas no número anterior"), e a inconsideração, por este diploma, da específica função

jurisdicional do Supremo Tribunal de Justiça, atento o objectivo, que deveria assumir, de salvaguardar a "unidade do direito".

4) "*Tópicos para uma [reconstruída] teoria das fontes do direito*" (consonante com o pré-determinado sentido do direito). α) A perspectiva. β) A experiência constituinte do direito. αα) Momento material. ββ) Momento de validade. γγ) Momento constituinte. Especial referência à legislação. O reconhecimento, para além dos limites funcionais, dos limites normativo-jurídicos da lei (limites objectivos, intencionais, temporais — as normas caducas e obsoletas — e de validade); a respectiva caracterização; a abertura, por mediação daqueles limites, de um espaço para a afirmação (nomeadamente) da jurisprudência judicial como instância de constituição do direito vigente. δδ) Momento de objectivação. γ) A relevância prático-normativa (especificamente metodonomológica) da problemática das fontes do direito (remissão).

17.^A LIÇÃO

747

II Parte

A metodonomologia (e a concorrência de normas no tempo)

1. *Preliminares. O objecto fundamental da metodonomologia*: a prático-normativamente racionalizada realização judicativo-decisória do direito.

2. *As projecções metodológicas do pensamento jurídico até ao fim do século XVIII* (alusão).

3. *Ideias fundamentais sobre algumas das mais importantes orientações metodonomológicas desde o início do século XIX.*

a) *As orientações teóricas*: o positivismo exegético (*École de l'exégèse*) e o positivismo sistemático-conceitual (*Begriffsjurisprudenz*) — caracterização geral e referência ao "método jurídico" em que acabaram por fundir-se.

b) *As orientações práticas*. 1) Sentido geral: a decisão concreta como o "centro de gravidade" da problemática metodológico-jurídica. 2) Contributos mais relevantes: α) A "Livre Investigação Científica do Direito", de F. GÉNY: "le donné" e "le construit"; a crítica do pensamento exegético; a recuperação da importância do contexto de significação e das "autoridades"; o positivismo jurídico insuperado. β) O "Movimento do Direito Livre": a particular acentuação da decisão concreta; a oposição "racionalismo-intelectualismo" / "irracionalismo-voluntarismo" como dilema insuperado; o sentido específico da decisão "contra legem"; o papel da lei no pensamento de H. ISAY. γ) A "Jurisprudência dos interesses", de Ph. HECK: αα) pressupostos metodológicos: a obediência à "autonomia da comunidade jurídica", a norma como prescritiva solução valoradora de um conflito de interesses, a função jurídica do decidente — os planos em que se analisa a ruptura com o "Movimento do Direito Livre"; os "problemas normativos" e os "problemas de formulação", o "sistema interno" e o "sistema externo" — as distinções que marcam o contraste com a "Jurisprudência dos conceitos"; ββ) o método proposto: a interpretação da lei (a investigação histórica dos "interesses causais", a reconstituição do "juízo de valor" legal e a "interpretação correctiva"), a integração (o conceito de lacuna e os critérios de integração). δ) A superação da "Jurisprudência dos

interesses" em resultado da sua consideração crítica (a "insuficiência da sua base sociológica", a "insuficiência criteriológica", a "insuficiência sistemática", a inconcludência da sua cripto-fundamentante "concepção do direito"). Referência ao "Pensamento jurídico-causal" — o sociologismo radical da proposta de MÜLLER-ERZBACH. A "jurisprudência da valoração". A recuperação da racionalidade tópico-retórico-argumentativa e hermenêutica por parte do pensamento jurídico actual e a autonomização da especificidade prático-normativa da metodonomologia — a traduzirem uma linha de superação da "Jurisprudência dos interesses" já descomprometida daquele sociologismo e prático-jurisprudencialmente inucleada.

18.^A LIÇÃO 833

4. *A concorrência de normas no tempo*: a) Referência ao carácter tendencialmente pré-metodonomológico e conflitual do problema. b) Os princípios que nele predominantemente se afirmam: α) o da garantia da estabilidade das situações envolvidas, e β) o da solução normativo-juridicamente mais adequada de cada situação concretamente decidenda; γ) o da salvaguarda da "confiança" dos intervenientes, e δ) o da realização do "interesse público". c) As orientações doutrinárias que os procuram sintetizar: α) a "doutrina dos direitos adquiridos", e β) a "doutrina do facto passado"; γ) a projecção desta última no art. 12.º do CC, e δ) a especificidade do art. 13.º do CC. d) Alusão às coordenadas básicas da respectiva resolução em diversos âmbitos jurídico-dogmáticos.

19.^A e 20.^A LIÇÕES 875

5. *A interpretação jurídica.*

1) O sentido do problema — não hermenêutico-cognitivo, mas prático-normativo — no quadro da judicativo-decisória "realização do direito por mediação da norma" (ou do critério) pré-disponível no "corpus iuris".

2) O objecto da interpretação — não a norma (critério)-texto, mas a norma (critério)-problema.

3) O objectivo da interpretação: α) O subjectivismo e o objectivismo — os argumentos em que se louvam e a sua inconcludência; β) As orientações mistas e gradualistas e a sua refracção no art. 9.º do CC (alusão à problemática do valor normativo do cânone metodológico); γ) A interpretação dogmática e a interpretação teleológica — o sentido da dialéctica que as articula.

4) Os factores ou elementos da interpretação — os elementos tradicionais da interpretação (o "elemento gramatical", o "elemento histórico", o "elemento sistemático" e — depois de vencidas algumas hesitações — o "elemento teleológico") e a sua evolutiva mudança de sentido.

5) Os resultados da interpretação: o seu sentido e as suas modalidades tradicionais (referência particular à interpretação declarativa, à interpretação enunciativa, à interpretação abrogatória, à interpretação extensiva e à interpretação restritiva); a alteração desse sentido tradicional com fundamento, nomeadamente, na interpretação teleológica (alusão à extensão teleológica e à redução teleológica).

6) O significado da evolução detectada em cada um dos problemas acabados de mencionar: o caso decidendo não só como "objecto" da metodologia jurídica, mas autenticamente como "ponto de partida" e "perspectiva" do exercício metodológico.

7) As linhas de superação da teoria tradicional da interpretação jurídica: α) Os elementos normativos extratextuais e transpositivos da interpretação jurídica; β) O "continuum" da realização judicativo-decisória do direito e a interpretação jurídica como momento dessa realização; γ) A mencionada realização do direito e não a interpretação como o problema metodológico; δ) Alusão à específica racionalidade (remissão) e à estrutura básica do esquema metódico prática-normativamente consonantes.

6. *A integração.*

1) Referência ao tradicionalmente designado problema das lacunas.

2) Os critérios da integração: α) A analogia; β) A autonomia constitutiva do julgador: consideração do art. 10.º, n.º 3, do CC — problematização do significado do cânone do legislador.

3) O sentido geral do problema do "desenvolvimento transistemático do direito": a sua semelhança com o das fontes do direito — a (objectiva) conjugação do pressuposto material (o caso decidendo e "prius" discursivo) com a intenção da validade (a constituenda — por mediação daquele caso — juridicidade vigente, cujo sentido se antecipa no momento em que se arrisca o decerto revisível reconhecimento da relevância jurídica da problema controvertido) e a (intersubjectivo-normativamente controlada, atenta a compreensão do pensamento jurídico como "auditório" argumentativo) intervenção constituinte e de objectivação do decidente.

7. *Esboço de uma proposta unitária, analogicamente inucleada, da problemática da racionalizada realização judicativo-decisória do direito* — mero corolário das observações precedentes.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt