

CIÊNCIA DO DIREITO E METODOLOGIA JURÍDICA NOS FINAIS DO SÉCULO XX (*)

Pelo Prof. Doutor António Menezes Cordeiro

I — OS DILEMAS DA CIÊNCIA DO DIREITO NO FINAL DO SÉCULO XX

1. *O lastro de novecentos: formalismo e positivismo*

I. O século XX representa, na Ciência do Direito, um espaço de letargia relativa. Uma agitação prenunciadora de mudança viria a registar-se, apenas, no seu último quartel.

O fenómeno nada teria, em si, de surpreendente. O Direito, realidade cultural, coloca-se, tal como a língua, numa área de estabilidade marcada. As verdadeiras mudanças são lentas; a sua detecção depende de uma certa distanciação histórica.

Os progressos anteriores deixariam, contudo, esperar uma melhor mobilidade.

O século XIX presenciara profundas e promissoras alterações no modo de entender e de realizar o Direito: retenham-se,

(*) O presente estudo corresponde, ainda que com várias alterações, a uma introdução, escrita pelo seu autor, destinada a anteceder a versão, em língua portuguesa, da obra *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, de CLAUDIUS WILHELM CANARIS, versão essa que em breve aparecerá numa edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Essa introdução tem plena autonomia monográfica: assim se justifica que se antecipe a presente publicação. Agradece-se, à prestigiosa Fundação Calouste Gulbenkian, a autorização dada para o feito.

no domínio exemplar do Direito privado, o êxito das grandes codificações ⁽¹⁾, a revolução metodológica savignyana ⁽²⁾, o aparecimento, desenvolvimento e decadência da exegese moderna ⁽³⁾ e da jurisprudência dos conceitos ⁽⁴⁾ e a divulgação da jurisprudência dos interesses ⁽⁵⁾. Outras orientações mais tarde desenvolvidas, tais como o Direito livre ⁽⁶⁾, o formalismo neokantiano ⁽⁷⁾

(1) O Código Napoleão, de 1804, que repousa no trabalho intenso desenvolvido, nos séculos anteriores, por DOMAT (1625-1696) e POTHIER (1699-1772), constitui o epílogo de uma tradição poderosa, iniciada com o humanismo e aperfeiçoada através do influxo do pensamento jusracionalista: é a primeira codificação. A segunda codificação traduz-se no Código Civil alemão, de 1896: assente na pandectística do século XIX e, principalmente, na obra de BERNHARD WINDSCHEID (1817-1892), ela corresponde já às perspectivas juscientíficas abertas por SAVIGNY. Cf. *infra*, n.º 10, III.

(2) De FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY devem reter-se, em particular, *Juristische Methodenlehre* (1802/03), publ. G. WESENBERG (1951), *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814) e *System des heutigen römischen Rechts* 1.º vol. (1840). Cf. *infra*, n.º 10, IV.

(3) A exegese desenvolveu-se em torno do Código Napoleão e mercê do fascínio por ele provocado, podendo ser tipificada em quatro fases. Na primeira, — 1804 a 1830 — assiste-se à sua implantação, graças a autores como DELVINCOURT; na segunda, — 1830-1880 — dá-se o seu apogeu, com relevo para AUBRY e RAU, DEMOLOMBE, LAURENT, MARCADÉ e TROPLONG; na terceira, — 1880-1900 — ocorre um declínio, ainda que com tentativas de renovação, cabendo referir BAUDRY-LACANTINERIE, BUFNOIR, HUC e SALEILLES; por fim, uma quarta fase, dita de exegese tardia, com prolongamentos pelo século XX, até hoje, assenta em CAPITANT, MAZEAUD e MAZEAUD, DE PAGE, PLANIOL e RIPERT. Esta persistência explicará o isolamento metodológico francês em relação aos demais países do ocidente europeu.

(4) A tal propósito refere-se, de imediato, GEORG FRIEDRICH PUCHTA, com relevo para obras que tiveram numerosas edições póstumas: *Pandekten* ⁸ (1856) e *Cursus der Institutionen* ²⁰ (1856). Outros autores, dos mais influentes, poderiam ser citados neste domínio, incluindo, em certa medida, o próprio WINDSCHEID.

(5) Recorde-se RUDOLF VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschieden Stufen seiner Entwicklung*, III (1861) e o próprio PHILLIP HECK, nos seus primeiros escritos onde se encontra já o essencial da doutrina que, mais tarde, propugnaria: recensão a FELLNER, *Die rechtlich Natur der Inhaberpapier*, ZHR 37 (1890), 277-284 e recensão a VON BAR, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, ZHR 38 (1890), 305-319.

(6) Na origem, OSKAR BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (1885).

(7) RUDOLF STAMMLER, cujo pouco conhecido, mas importante, *Das Recht der Schuldverhältnisse in seiner allgemeinen Lehren* data de 1897.

ou o psicologismo ⁽⁸⁾ datam do século XIX. Esta profusão explicará porventura, num certo paradoxo, a quietude subsequente: as grandes opções possíveis estavam equacionadas; a evolução posterior limitar-se-ia a repensá-las e a aprofundá-las.

II. A entrada em vigor do Código Civil alemão, em 1900, foi precedida por um surto, rápido mas intenso, de formalismo jurídico. Com a sua elaboração, a ciência oitocentista ficara exangue. Sob a pressão ameaçadora dum positivismo naturalista que parecia não ter, então, limites exteriores ao conhecimento humano, o pensamento jurídico intentou refugiar-se na especulação idealista transcendental. Aproveitando categorias gnoseológicas kantianas, STAMMLER apela, como bitola, ao «Direito justo», consonante com o «ideal social»; este seria definido como «a ideia de uma forma, incondicionalmente válida, na qual a substância das aspirações sociais condicionadas se acolha ou a ideia de um método geral válido, segundo o qual, como lei fundamental geral e como medida orientadora formal, um querer e exigir jurídico possa ser determinado» ⁽⁹⁾. Repetidamente afirmado como forma ⁽¹⁰⁾, o Direito poderia, afinal, apreender-se e desenvolver-se através dos quadros mentais disponíveis, num apriorismo teórico típico do idealismo.

O formalismo jurídico, nesta acepção, raramente foi assumido com o desassombro stammleriano. Mas ele manteve-se, persistente, graças à subsistência de alguns dos fundamentais quadros neo-kantianos: a separação entre o ser e o dever-ser, base

⁽⁸⁾ ERNST RUDOLF BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, a partir de 1894.

⁽⁹⁾ STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse* cit., 42. A ideia seria retomada e desenvolvida em *Die Lehre von dem richtigen Rechte* ² (1964, reimpr.), 140 ss. (143).

⁽¹⁰⁾ Cf., p. ex., STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911), 113 ss., 291 ss., e *passim*, *Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft* (1913), 17, 26, 34 ss. e 43 e *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* ³ (1928), 55, 65, 98 e *passim*. O formalismo (neo-kantiano) não foi implantado *ex novo* por STAMMLER; ele deriva do próprio KANT, com raízes no fracasso do iluminismo ingénuo anterior e projectando-se, de modo directo, em SAVIGNY, THIBAUT e nos seus seguidores. Cf. A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico* (1962), 11 ss., 98, 103 e *passim*.

de cortes sucessivos e convictos com as realidades transportadas pelos «seres normativos», a contraposição entre Direito e Moral e um isolamento das proposições jurídicas na sua própria estrutura, com desinteresse pelas suas consequências e, num limite tantas vezes alcançado — ainda que contra o posicionamento expresso de STAMMLER — pelo próprio plano teleológico das normas ⁽¹¹⁾. A tendência, ainda hoje flagrante, de difundir exposições jurídicas pejadas de definições abstractas e de conexões amparadas apenas nos conceitos definidores de que provêm ilustra, de modo eloquente, a implantação profunda do formalismo jurídico.

III. As codificações, essencialmente redutoras e simplificadoras, provocam, num primeiro tempo, atitudes positivistas. Trata-se de uma conjunção facilmente demonstrada na França pós-1804, na Alemanha pós-1900 e em Portugal pós-1966. As fronteiras do positivismo vão, no entanto, bem mais longe do que o indiciado pelos exegetismos subseqüentes às codificações. Os positivismos jurídicos, seja qual for a sua feição, compartilham o postulado básico da recusa de quaisquer «referências metafísicas» ⁽¹²⁾. O universo das «referências metafísicas» — ou «filosóficas» (HECK) — alarga-se com a intensidade do positivismo: são, sucessivamente, afastadas as considerações religiosas, filosóficas e políticas, num movimento que priva, depois, a Ciência do Direito de vários dos seus planos. No limite, cai-se na exegese literal dos textos, situação comum nos autores que consideram intocáveis as fórmulas codificadas. Mas o positivismo novecentista assumiu outras configurações, com relevo para a jurisprudência dos interesses, que exerceria, em Portugal, uma influência quase constante, até aos nossos dias.

A jurisprudência dos interesses afirmou-se na crítica ao conceptualismo anterior. Os conceitos não poderiam ser causais em

⁽¹¹⁾ Cf., quanto a estes diversos aspectos, WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III — *Mitteleuropäischer Rechtskreis* (1976), 7 ss., 21 ss. e 39.

⁽¹²⁾ Cf. T. TSATSOS, *Zur Problematik des Rechtspositivismus* (1964), 9-11.

relação às soluções que, pretensamente, lhes são imputadas: a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença ⁽¹³⁾. Aparentemente promissora, esta posição cedo limitou o alargamento juscientífico que veio potenciar. Procurando prevenir a intromissão de qualquer metajuridicismo, a jurisprudência dos interesses acabou por procurar os juízos que, sobre os interesses, fossem formulados pelo próprio legislador ⁽¹⁴⁾. A limitação à lei e aos seus textos não se faria esperar.

A jurisprudência dos interesses, pela voz de HECK, declarou, de modo reiterado, bater-se em duas frentes: a da jurisprudência dos conceitos e a da doutrina do Direito livre ⁽¹⁵⁾. Mas o seu grande objectivo residiria antes numa terceira frente: a da Filosofia do Direito. E assim foi quer de modo directo, afirmando a incapacidade das considerações metajurídicas para intervir em casos concretos ⁽¹⁶⁾, quer de modo indirecto, através do apelo a «interesses» ou «realidades da vida» ⁽¹⁷⁾. A jurisprudência dos interesses tinha, assim, um sucesso fácil em perspectiva: ela justificava uma desatenção — quando não ignorância — por temas que extravasassem os limites estreitos do *jus positum* ⁽¹⁸⁾.

IV. O formalismo e o positivismo, apresentados, respectivamente, como o predomínio de estruturas gnoseológicas de tipo neo-kantiano e como a recusa, na Ciência do Direito, de consi-

⁽¹³⁾ PHILIPP HECK, *Weshalb ein von dem bürgerlichen Rechte gesonder-tes Handelsprivatrecht?* AcP 92 (1902), 438-466 (440-441), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932) 72 ss., 91 ss. e *passim*, *Das Problem der Rechtsgewinnung* ² (1932) 9 ss. e *Interessenjurisprudenz* (1933), 10 ss..

⁽¹⁴⁾ HECK, *Begriffsbildung* cit., 106, p. ex..

⁽¹⁵⁾ HECK, *Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue*, DJZ 1905, 1140-1142, *Begriffsbildung* cit., 9 e *Die Leugnung der Interessenjurisprudenz durch Hermann Isay*, AcP 137 (1933), 47-65.

⁽¹⁶⁾ HECK, *Begriffsbildung* cit., 9 e *Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz*, AcP 143 (1937), 129-196.

⁽¹⁷⁾ HECK, *Die reine Rechtslehre und die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft*, AcP 122 (1924), 173-194 (176) e *Interessenjurisprudenz* cit., 12.

⁽¹⁸⁾ Quanto à crítica da jurisprudência dos interesses, com indicações cf. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, 1.º vol. (1984), 362 ss. e *Evolução juscientífica e Direitos reais*, ROA 1985, 71-112 (81 ss., nota 28).

derações não estritamente jurídico-positivas, constituem o grande lastro metodológico do século vinte.

No fundo, afloram aqui duas grandes cepas do pensamento jurídico moderno e contemporâneo: o jusracionalismo, ele próprio manifestação exacerbada do jusnaturalismo tradicional e o cientismo, transposição para as humanísticas das posturas intelectivas desenvolvidas perante as Ciências da Natureza.

Este lastro, a sua apreciação crítica e as subsequentes tentativas de superação condicionam todo o pensamento jurídico deste final de século.

2. Críticas: a necessidade do discurso científico integral

1. A crítica a um postulado juscientífico tem sempre, subjacente, a afirmação de um postulado de natureza diversa. Não obstante, tratando-se do formalismo e do positivismo, podem ser adiantadas observações que, por compartilhadas, hoje, pelos diversos quadrantes do pensamento jurídico, devem considerar-se sedimentadas.

O formalismo assenta numa gnoseologia pouco consentânea com os dados actuais da antropologia e da própria teoria do conhecimento. Na realidade, o conhecimento *a priori* tem sempre, subjacente, quadros mentais comunicados do exterior ⁽¹⁹⁾ e, como tal, mutáveis, falíveis e sujeitos à crítica. Porventura mais importante do que a própria valoração filosófica global do formalismo ⁽²⁰⁾ é, no entanto, o concreto apontar das suas insuficiências, quando transposto para o domínio jurídico.

⁽¹⁹⁾ Cf. *infra*, nota 87.

⁽²⁰⁾ O formalismo stammeriano tem sido criticado por duas grandes linhas do pensamento jusfilosófico do século: o neo-hegelianismo de BINDER, E. KAUFMANN e LARENZ e o próprio neo-kantismo tardio sudocidental alemão, com tónica em RICKERT, LASK e RADBRUCH. O neo-hegelianismo jurídico correspondeu ao influxo, no Direito, de uma evolução geral do pensamento filosófico, encarado como via para a superação dum neo-kantismo que havia esgotado as potencialidades do seu discurso. A esse propósito, cf. os clássicos HEINRICH SCHOLZ, *Die Bedeutung der Hegelschen Philosophie für das philosophische Denken der Gegen-*

O primeiro óbice que se opõe ao formalismo reside na natureza histórico-cultural do Direito. Numa conquista da escola histórica contra o jusracionalismo antecedente, sabe-se que o Direito

wart (1921), 3 ss., 24 ss. e 37 ss., HEINRICH LEVY, *Die Hegel-Renaissance in der deutschen Philosophie* (1927), 5, 17 ss. e 30 ss. e ERICH KAUFMANN, *Hegels Rechtsphilosophie* (1931) = *Gesammelte Schriften*, 3.º vol., *Rechtsidee und Recht* (1960), 285-296 (289). No campo jusfilosófico, o neo-hegelianismo também se impôs por superação — mais do que por negação — do neo-kantismo. Num aspecto relevante e hoje quase esquecido, os primeiros críticos de fundo a STAMMLER foram-no ainda, num prisma neo-kantiano: assim as observações de JULIUS BINDER (então na sua fase pré-hegeliana), *Rechtsbegriff und Rechtsidee / Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers* (1915), V ss. e *passim*, retomadas com clareza por ERICH KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie/Eine Betrachtung über die Beziehung zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft* (1921), 11, de que os conceitos stammlerianos puros são o resultado duma abstracção generalizante a partir da realidade jurídica empírica e não se impõem como conceitos categoriais apriorísticos, no sentido de KANT. Prosseguindo na via hegelianizante, BINDER, enfocando, do Direito justo stammleriano, uma aderência à juspositividade em termos meramente teórico-abstractos, acaba por intentar a superação: «... é justa a norma jurídica que corresponda ao sentimento de justiça de alguém» e «... a tarefa da pessoa pensante só pode estar em subir da subjectividade do sentimento à objectividade da razão, do sentimento, da ideia» — BINDER, *Philosophie des Rechts* (1925), 779 e 782. ERICH KAUFMANN, por seu turno, faz um diagnóstico correcto do formalismo neo-kantiano e das suas consequências na Ciência do Direito: «Mostra-se, no neo-kantismo, o destino do racionalismo formal que só pode levar a resultados através de empréstimos do empirismo, através de captações de conteúdos, portanto, através de hipostasias inconscientes de dados empíricos para realidades metafísicas ou através de substituições psicológicas e sociológicas das suas formas puras» — *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* cit., 10-11. Questionando, de modo repetido, o formalismo e a inútil e complicante contraoposição entre forma e conteúdo — *Kritik* cit., 7, 9, 14, 16, 18, 45 e 98-99 — E. KAUFMANN procede a uma admirável superação hegeliana do formalismo neo-kantiano; diz ele: «Nem o seu (de STAMMLER) 'ideal social' nem os seus 'princípios do Direito justo' bastam, no seu formalismo abstracto, para resolver esta questão aguda do Direito privado (...) STAMMLER está em erro sobre o fundamento verdadeiro das decisões dadas por ele com o mais fino tacto jurídico: este não está (...) numa sobreavaliação do geral-abstracto, mas antes na concretização da relação jurídica especial» — E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus/Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe* (1911), 206-207. Propõe-se, assim, a utilização do conceito geral-concreto hegeliano. Finalmente, LARENZ, numa primeira e mais filosófica parte da sua obra imensa, intenta, em reacção perante a esterilidade do pensamento ante-

pertence a uma categoria de realidades dadas por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao actual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais. Assim sendo, o Direito deve ser conhecido de modo directo, tal como se apresenta; uma sua apreensão apriorística resulta impossível.

O segundo obstáculo reside na incapacidade do formalismo perante a riqueza dos casos concretos. Na verdade, todas as construções formais assentam num discurso de grande abstracção e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições. Quando invocadas para resolver casos concretos, tais proposições mostram-se insuficientes: elas não comportam os elementos que lhes facultem acompanhar a diversidade de ocorrências e, daí, de soluções diferenciadas.

rior, tirar partido, na Filosofia e na Ciência do Direito, das ideias básicas de HEGEL. Como efeito, pode apontar-se, no discurso de LARENZ, a manutenção do idealismo, mas em termos críticos, a opção por desenvolvimentos e investigações centrados em institutos concretos e o avançar com recurso a um pensamento ondulado, à imagem da dialéctica hegeliana; cf. LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung / Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der «juristischen Kausalität»*, V ss., *Das Problem der Rechtsgeltung* (1929), 30 ss. e *Hegels Begriff der Philosophie und der Rechtsphilosophie*, em BINDER/BUSSE/LARENZ, *Einführung in Hegels Rechtsphilosophie* (1931), 5-29.

O neo-kantismo sudocidental alemão intentou também uma revisão crítica do formalismo stammleriano. Para tanto, movimentou-se, particularmente, em duas directrizes: a da colocação cultural do Direito — assim, HEINRICH RICKERT, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft* ² (1910), 5 ss. e 139 ss., e *Die Probleme der Geschichtsphilosophie/Eine Einführung* ³ (1924), EMIL LASK, *Rechtsphilosophie*, em *Gesammelte Schriften* 1.º vol. (1923), publ. EUGEN HERRIGER, 275-331 (309) e GUSTAV RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1914), 184 ss. — e a da necessidade da complementação dos esquemas formais com valores ou outras referências — *idem*, RICKERT, *Die Probleme* ³ cit., LASK, *Rechtsphilosophie* cit., 313 ss. e RADBRUCH, *Grundzüge* cit., 84 ss. Desta forma, ficaram abertas as portas para a ulterior «jurisprudência das valorações»; não obstante, a manutenção dos quadros gnoseológicos formais — cf., p. ex., RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis/Einführung in die Transzendentalphilosophie* ⁶ (1928), 69, e *passim* — deixaria aberta a via para o irrealismo metodológico.

II. O positivismo, por seu turno, soçobra em quatro aspectos decisivos, todos eles reconhecidos ⁽²¹⁾. Em primeiro lugar, um positivismo cabal não admite — não pode admitir — a presença de lacunas ⁽²²⁾. E quando, levado pela evidência, acaba por aceitá-las, não apresenta, para elas, qualquer solução material ⁽²³⁾: a integração da lacuna — operação que, por excelência,

⁽²¹⁾ Tem-se em vista, naturalmente, a noção de positivismo acima firmada e equivalente à recusa, no Direito, da intromissão de elementos de tipo «filosófico»; tal noção é, aliás, comum. Uma noção mais estrita, que reconduz o positivismo ao «positivismo dogmático» subsequente a THIBAUT, pode ser confrontada em DIETRICH TRIPP, *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert* (1983), 168 ss. e 286., sendo viáveis outras noções — além do próprio TRIPP, cf., p. ex., LAWRENCE M. FRIEDMANN, *Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften* (1981, vers. al.), 259 ss.. Não obstante, os resultados obtidos pelos «positivismos não-dogmáticos» permitem generalizar a crítica figurada no texto. Na verdade, não se joga uma questão de qualificação, mas de própria validade das decisões. Estas não podem ser limitadas à estrutura formal-abstracta das fontes, demasiado estrita perante a vida do Direito; cf. STEFAN HAMMER, *Geltung und diskursive Legitimität/Zur institutionellen Abhängigkeit der Geltungsbegriffs*, em *Rechtsgeltung*, publ. CSABA VARGA/OTA WEINBERGER, ARSP BH 27 (1986), 37-50.

⁽²²⁾ Cf. KARL BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1.º (1892), 371 e 373. Fórmula similar equivale a admitir lacunas, mas afirmando que elas terão sempre a sua integração perante o sistema; cf. HERMANN HEITMANN, *Die Stellung der Interessenjurisprudenz innerhalb der Geschichte der juristischen Methodenlehre* (1936), 21 ss. (25).

⁽²³⁾ Torna-se exemplar, a tal propósito, a posição de HECK: num caso concreto, pode faltar uma lei que indique uma solução, ainda que por efeito remoto; há, então, que recorrer à analogia, mesmo que de Direito; e «quando falhem os juízos de valor legais, então podem vir em consideração os juízos de valor dominantes na comunidade jurídica e o próprio juízo de valor do juiz». Cf. HECK, *Gesetzesauslegung* cit., 230 e 238. A importância dada pela jurisprudência dos interesses às lacunas e à sua integração, num relevo que foi, na altura, bem entendido — cf. OSKAR RIEDEL, *Rechtslücken und Rechtsschöpfung/Ein Beitrag zur der Lückenlehre* (1933), 58 ss. — e que se tornava ainda maior pelo papel dado aos denominados «conceitos de delegação» através dos quais o legislador, abdicando de decisões sobre os interesses em presença, remete para o juiz a sua formulação — cf. HECK, *Rechtsgewinnung* ² cit., 5, *Begriffsbildung* cit., 91 e 109, *Grundriss des Schuldrechts* (1929, reimpr. 1958), 13 e 19 e *Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner*, AcP 142 (1936), 129-202 e 297-332 (316) — foi, pois, muito além dos resultados obtidos no domínio das técnicas da sua integração.

exige o contributo máximo da Ciência do Direito — realizar-se-á, pois, à margem do pensamento jurídico.

Um tanto na mesma linha, verifica-se, depois, que o positivismo não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações: estas realidades, cada vez mais difundidas e utilizadas nos diversos sectores do ordenamento, carecem, na verdade, de um tratamento que, por vezes, tem muito em comum com a integração das lacunas (24). E tal como nesta, também naquelas o *jus positum* pode não oferecer soluções operativas: o positivismo cairá, então, no arbítrio do julgador.

Muito importante na crítica ao positivismo é a sua inoperacionalidade em situações de contradições de princípios. A possibilidade de tais contradições, há muito presente em ENGISCH (25), por exemplo, encontra-se equacionada, exemplarmente, por CANARIS, numa esquematização que não oferece dúvidas ou dificuldades. Ora, a postura metodológica juspositiva não pode, perante o fenómeno, senão negá-lo, ignorá-lo ou remeter a sua solução para os acasos das decisões subjectivas.

Finalmente, o juspositivismo detém-se perante a questão complexa mas inevitável das normas injustas. Desde logo, a ideia de «injustiça» dum norma regularmente produzida é de difícil — quíçá impossível — representação para as orientações que, do *jus positum*, tenham uma concepção auto-suficiente: falece uma bitola que viabilize o juízo de «injustiça». De seguida, falta, ao positivismo, a capacidade para, perante injustiças ou inconveniências graves no Direito vigente, apontar soluções alternativas.

III. As críticas acima alinhadas contra o formalismo e o positivismo constataam, no fundo, a insuficiência de ambas essas posturas perante as necessidades da efectiva realização do Direito. Esta, contudo, não se detém: obrigado, pela proibição do *non liquet*, a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solu-

(24) Assim, *vide* as referências de HECK aos «conceitos de delegação» citadas na nota anterior.

(25) KARL ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935), 64.

ção, mesmo havendo lacuna, conceito indeterminado, contradição de princípios ou injustiça grave. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva, o julgador terá de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extra-positivos e, no limite, o arbítrio do subjectivo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaiem: por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis juspositivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controlo; por outro, o verdadeiro e último processo de realização do Direito escapa à Ciência dos juristas: a decisão concreta é fruto, afinal, não da Ciência do Direito, mas de factores desconhecidos para ela, comprometendo, com gravidade, a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça de decisão.

Num paradoxo aparente em que as humanísticas são pródi-gas: o formalismo e o positivismo, tantas vezes preconizados em nome da segurança do Direito acabam por surgir como importantes factores de insegurança.

IV. Eis, pois, o desafio. Confrontado com as insuficiências do formalismo e do positivismo, o discurso jurídico tem, como primeira tarefa, de ampliar a sua base de incidência. Todo o processo de realização de Direito, portanto todos os factores que interferem, justificam ou explicam as decisões jurídicas, devem ser incluídos no discurso juscientífico.

Noutros termos: o discurso científico deve ser integral.

3. *O irrealismo metodológico*

I. O Direito é um modo de resolver casos concretos. Assim sendo, ele sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade: mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, o Direito foi, ao longo da História, procurando as soluções possíveis. A preocupação harmonizadora dos jurisprudentes romanos permitiu um passo da maior importância, que não mais se perderia: a procura incessante de regras pré-determinadas ou pré-

-determináveis para a resolução dos problemas. Assim, do Direito, se fez uma Ciência.

A meditação sobre as bases, os fundamentos, a justificação e o modo de operar da Ciência do Direito — portanto, de algum modo, o nível filosófico e metodológico do Direito — acompanhou, durante boa parte do seu percurso milenário, toda a Filosofia das Ciências Humanas.

II. A situação descrita viria a alterar-se. Designadamente com SAVIGNY e a escola histórica, procedeu-se à confecção de um método puramente jurídico ⁽²⁶⁾. Esse método, que era suposto corresponder a um discurso sobre o processo de realização do Direito vai, ele próprio, tornar-se objecto de novos discursos.

Ou seja, num fenómeno que a moderna Filosofia da Linguagem bem permite isolar, pode considerar-se que a autonomização metodológica do Direito comportou um preço: o do aparecimento dum metadiscurso que, por objecto, tem não já o Direito, mas o próprio discurso sobre o Direito. Surge, então, uma metalinguagem, com metaconceitos e toda uma sequência abstracta que acaba por não ter já qualquer contacto com a resolução dos casos concretos ⁽²⁷⁾.

III. A resposta metodológica à crise aberta pelo desabar das grandes construções formalistas e positivistas seguiu caminhos diversificados, abaixo aludidos. Tais caminhos elevaram-se, porém, a metadiscursos jurídicos: simples discursos sobre um já esgotado discurso metodológico, dominado pelas categorias interpretativas savignyanas e pelo funcionalismo tardio de HECK, eles perderam o contacto com a solução dos casos concretos. No Direito privado, o fenómeno pode ser equacionado com a afirmação de que — e, pelo menos, até há pouco tempo — e desde

⁽²⁶⁾ Subjacente a esta posição está o conhecido e neo-kantiano esquema da formação intuitiva dos conceitos, a partir das instituições históricas. Mais longe, há que procurar raízes no jusracionalismo e no *cogito* cartesiano.

⁽²⁷⁾ Cf. FRITHOF HAFT, *Juristische Logik* ³ (1985), 83 ss..

a já centenária jurisprudência dos interesses, não há qualquer influxo do discurso metodológico sobre o próprio Direito ⁽²⁸⁾. Domina o irrealismo metodológico ⁽²⁹⁾.

IV. O irrealismo metodológico, enquanto fenómeno histórico-cultural devidamente situado, emerge duma complexidade causal de análise difícil. Como foi dito, ele tem, na base, a incapacidade demonstrada pelos esquemas formalistas tradicionais e pelo juspositivismo em acompanhar as novas necessidades enfrentadas pelo Direito. Mas tal factor, já de si importante, viu o seu influxo multiplicado pela especialização dos juristas.

No período do Direito comum, os diversos ramos jurídico-normativos eram cultivados pela generalidade dos juristas. A evolução subsequente implicou um desenvolvimento sem precedentes, em termos quantitativos, do material requerido para a solução de casos concretos. A multiplicação das fontes, da doutrina e da jurisprudência e a própria complexização das situações vocacionadas para a intervenção do Direito, atingiram, ao longo deste século, uma proporção que inviabiliza qualquer controlo alargado, realizado por uma única pessoa.

A especialização fez, então, uma aparição intensiva, começando, em pouco tempo, a revelar efeitos profundos. Fracturas culturais acusam uma presença crescente. Num primeiro tempo,

⁽²⁸⁾ Esta situação, ainda que não desenvolvida, tem sido sugerida por diversos autores. Assim, cf. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* ⁵ (1983), 57-58, REIMER SCHMIDT, *Die Bedeutung der Entwicklung von Wirtschaft und Wirtschaftsrecht für das klassische Privatrecht/Eine Skizze*, FS Nipperdey I (1965), 687-699 e HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Gedanken zur Methode der Gesetzesauslegung*, AcP 160 (1961), 209-237 (210-211).

⁽²⁹⁾ A demonstração cabal desta afirmação exige uma investigação dogmática que siga a evolução de um instituto marcadamente sensível às flutuações metodológicas subjacentes; quando se verifique que tal instituto revela, a partir de certo estágio, uma total insensibilidade ao discurso metodológico, ao ponto de os próprios autores que defendem certas orientações de base, se mostrarem incapazes de proceder, no instituto em causa, a qualquer aplicação, há que concluir: o discurso metodológico é, na realidade, um metadiscurso irreal. Intentou-se proceder a essa investigação em MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil* (1984); cf., aí, em especial, o 1.º vol., 395 ss..

este fenómeno, inicialmente pouco patente, veio conduzir, por exemplo, o Direito privado, o Direito administrativo e o Direito penal, para vias jusculturais diferentes; a Metodologia e a Filosofia do Direito eram cultivadas, independentemente, por juristas dogmáticos de qualquer desses domínios. Depois, porém, foi-se mais longe. Os próprios níveis metodológicos e filosóficos sofreram os influxos da especialização: vieram a ser aprofundados por estudiosos que, do Direito, não tinham já qualquer valência efectiva. Por seu turno, o círculo fechou-se quando os desenvolvimentos metodológicos e filosóficos atingiram uma dimensão de profundidade e hermetismo tais que não mais foram acessíveis aos não-iniciados.

V. O irrealismo metodológico veio, pelos factores genéricos apontados e, ainda, pela especialização dos juristas, a atingir proporções consideráveis. Um metadiscurso inacessível para os juristas comuns e sem preocupações juspositivas contracenava com uma Ciência Jurídica estiolada ao nível da vetusta jurisprudência dos interesses.

A evolução do Direito, comandada por oscilações ambientais nunca repetidas, colocava os juristas perante situações desconhecidas que requeriam soluções.

Tal o dilema da Ciência do Direito no final do século vinte: perante problemas novos, ou se intensifica um metadiscurso metodológico irreal, inaplicável a questões concretas e logo indiferente ao Direito, ou se pratica um formalismo ou um positivismo de recurso. Em qualquer dos casos, as soluções são ora inadequadas ora assentes em fundamentações aparentes, escapando ao controlo da Ciência do Direito.

II — PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS NA MUDANÇA DE SÉCULO

4. *Conspecto geral*

I. No rescaldo do desabar dos grandes sistemas jusfilosóficos, o pensamento jurídico deteve-se perante o dilema positivismo-

-irrealismo metodológico. Algumas pontes foram, contudo, conservadas: o Direito efectivo manteve certa atenção junto dos meta-discursos metodológicos, esforçando-se, ainda que com muita moderação, por captar algumas das mais impressivas directrizes por eles elaboradas.

Na década de oitenta, embora com raízes anteriores, poderá mesmo falar-se em discursos metodológico-dogmáticos que intentaram quebrar o dilema. Tais discursos exprimem o resultado de percursos longos, por vezes complexos, abaixo esquematizados e que se poderão considerar como produtos evoluídos, respectivamente, das tradições positivistas, formalistas e sistemáticas. São possíveis novas sínteses, que à crítica compete avaliar.

II. Impõe-se, antes de mais, um conspecto geral da panorâmica jusmetodológica ora dominante. Como pano de fundo, pode falar-se no abandono das grandes construções jusfilosóficas. Para tanto, contribuíram factores variados mas convergentes: um certo nihilismo correspondente à queda do Direito natural⁽³⁰⁾, um relativismo extremo no tocante à Moral⁽³¹⁾, um agnosticismo crítico contrário a quaisquer tomadas de posições e, porventura, uma progressiva assimilação da natureza histórico-cultural do Direito, agora entendida como base de um novo humanismo, fonte autónoma de soluções⁽³²⁾. Tem-se, de facto, vindo a assentar na

⁽³⁰⁾ Cf. MOTOTSUGO NISHINO, *Ein Versuch zur Rekonstruktion der Rechtsontologie*, em *East und West/Legal Philosophie in Japan*, ARSP BH 30 (1987), 130-138 (130) e FRANZ HORNER, *Die neuscholastische Naturrechtslehre: Möglichkeiten und Grenzen*, em *Woraus kann man sich noch berufen? Dauer und Wandel von Normen im Umbruchzeiten*, ARSP BH 29 (1987), 19-33.

⁽³¹⁾ PETER KOLLER, *Über Sinnfälligkeit und Grenzen des moralischen Relativismus*, ARSP BH cit. (1987), 55-70; em «tempos cínicos» fala, a tal propósito, ILMAR TAMMELO, *Zur Philosophie der Gerechtigkeit* (1982), 135; a relatividade histórica e o relativismo da cultura e dos conceitos são enfocados em ROLF ZIMMERMANN, *Wahrheit — Sinndeutung — Kritik/Eine Elementare Positionsbestimmung zur Philosophie der Sozialwissenschaften*, ARSP LXXII (1986), 1-20.

⁽³²⁾ O relativismo e o irracionalismo subjacentes surgiam já, de algum modo, no segundo JHERING — cf. TRIPP, *Der Einfluss des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historische Positivismus* cit., 257 ss. que, por isso, fala em «falso positivismo»; a evolução então iniciada conduziu, porém, tão-só, a um encurtar do horizonte operativo posto à disposição da Ciência do Direito, através do positivismo subsequente.

coexistência, no domínio jurídico, de múltiplas camadas normativas, surgidas em obediência a variáveis muito diversificadas.

Um exemplo claro é constituído pelo Direito civil actual, nos espaços onde houve recepção do pandectismo. Assim, ao contrário de leituras divulgadas, a denominada classificação germânica do Direito civil não corresponde a qualquer classificação mas a um somatório de massas histórico-culturais diversificadas: no Direito das Obrigações e em Direitos Reais prepondera o Direito Romano actual; no Direito da Família e no Direito das Sucessões domina o Direito Comum medieval; na Parte Geral, sobrevive um Direito Natural de cepa jusracionalística⁽³³⁾. A articulação desta diversidade tem constituído, ao longo dos séculos, um dos grandes desafios do privatismo. E deve-se ainda frisar que nas disciplinas mais recentes se vai, por vezes, mais longe: o Direito da Economia ou o Direito do Trabalho permitem documentar, lado a lado, regras aprovadas com objectivos diferentes e, por vezes, mesmo contraditórios⁽³⁴⁾.

O abandono das grandes construções jusfilosóficas deu lugar a um ecletismo redutor: perante os diversos problemas, todas as correntes do pensamento são, em princípio, chamadas a depor. Tal postura só é possível à custa de uma simplificação das doutrinas, com custos evidentes para a sua profundidade.

A redução das ideias a uns quantos brocados surge, ao lado do abandono das grandes construções, como um factor genético da panorâmica jusmetodológica da actualidade. Pouco assumida, ela tem sido, no entanto, justificada com a autonomia da Metodologia jurídica perante a Filosofia⁽³⁵⁾ e, dentro da própria Metodologia, com o apelo a uma especialização por áreas diferenciadas como a lógica deôntica, a hermenêutica, a semântica

⁽³³⁾ Cf. quanto à génese da classificação germânica e à sua crítica os elementos coligidos em MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil/Relatório*, (1987), n.º 16.

⁽³⁴⁾ Vide MENEZES CORDEIRO, *Direito da Economia*, 1.º vol. (1986), 140 ss. e *Manual de Direito do Trabalho* (1989), 19 ss..

⁽³⁵⁾ Cf. GÖRG HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken/Zur politischen Funktion der juristischen Methode* (1977), 12.

ou a informática ⁽³⁶⁾. Em termos muito gerais, pode considerar-se que a simplificação redutora referenciada potencia novas sínteses. Mas abre sempre as portas a um empobrecimento cultural, com perdas evidentes para o conhecimento da realidade.

III. A jurisprudência dos interesses reduzira, em extremo, as referências atendíveis, para efeitos de resolução de casos jurídicos. A coberto dum apelo à «realidade da vida», tudo quanto extravasasse os juízos do legislador era rejeitado ou esquecido.

Só bastante mais tarde, num esforço constante, se procedeu a um alargamento paulatino dos elementos relevantes para o decidir jurídico. Três notas podem, nesse particular, ser salientadas: os apelos ao racionalismo, à Moral e à Política.

O racionalismo — agora não entendido apenas como um conhecimento pela razão, mas antes como um progredir metódico, norteado por regras ⁽³⁷⁾ — vai facultar uma recuperação de elementos para o processo de realização do Direito ⁽³⁸⁾; a própria crítica histórica, sempre de base racional, a tanto conduz ⁽³⁹⁾, sendo certo que, em qualquer circunstância, o ponto de vista racional é sempre ponderado ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ G. ZACCARIA, *Deutsche und italienische Tendenzen in der neueren Rechtsmethodologie*, ARSP LXXII (1986), 291-314 (291).

⁽³⁷⁾ Portanto uma *Verfahrensrationalität* e não, tão-só, um *Vernunftkenntnis*; cf. RUDOLF STRANZINGER, *Rationalitätskriterien für Gerechtigkeit*, ARSP BH 29 (1987), 101-129 e JAN M. BROEKMAN, *Die Rationalität des juristischen Diskurses*, em WERNER KRAWIETZ/ROBERT ALEXI, *Metatheorie juristischer Argumentation* (1987), 89-125 (113-114).

⁽³⁸⁾ *Vide*, p. ex., os conhecidos contributos de KARL R. POPPER sobre probabilidades e verosimilhança — *Logik der Forschung* (1982, 1.ª ed., 1935), 144 ss. — ou sobre a teoria racional da tradição — *Conjectures and Refutations: the Growth of Scientific Knowledge* (1965), 120 ss..

⁽³⁹⁾ Ainda de KARL POPPER, recorde-se *Das Elend des Historizismus* ² (1969) e, naturalmente, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde* ⁶ (1980).

⁽⁴⁰⁾ Cf. CHRISTOPH VON METTENHEIM, *Recht und Rationalität* (1984), 62 ss., HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken* cit., 33 ss., ARTHUR KAUFMANN, *Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, ARSP LXXII (1986), 425-442 (425 ss.) e STRANZINGER, *Rationalitätskriterien für Gerechtigkeit* cit., 116 ss..

A Moral, apesar de todo o relativismo que nela se queira introduzir, existe e condiciona a vida que o Direito legitima; além disso, sublinha-se hoje que alguns dos seus princípios são objectivamente demonstráveis (41), com ganhos evidentes, para uma interpenetração com certos níveis jurídicos de decisão. O tema será abaixo retomado, a propósito da jurisprudência ética.

A Política, por fim, no sentido nobre do termo, sem propriamente instrumentalizar o Direito, na linha das leituras mais radicais (42), permite conhecer mais profundamente o método jurídico, no qual sempre aflora (43); intervém no processo de formação das leis (44) e recorda a presença, ao lado de um esquema teórico de normas jurídicas, de «normas sociais» nem sempre, com ele, concordantes (45).

O alargamento potenciado por estes factores — aliás apenas exemplificativos — rasgaria novos horizontes dogmáticos.

IV. No alargamento progressivo dos dados sujeitos a tratamento jurídico, teve peso a denominada jurisprudência das valorações. Na sua base encontra-se a insatisfação causada pela manutenção tardia da jurisprudência dos interesses e, em geral, do

(41) Cf. OTA WEINBERGER, *Freiheit und die Trennung von Recht und Moral*, ARSP BH 29 (1987), 154-166.

(42) Refira-se a obra *Materialismus und Idealismus im Rechtsdenken/Geschichte und Gegenwart*, publ. KARL A. MOLLNAN, ARSP BH 31 (1987), onde se pode seguir o estado da questão na República Democrática Alemã e, aí, em especial, LOTHAR LOTZE, *Das Recht als Instrument*, 162-167 e WERNER MAIHOFFER, *Idealismus und Materialismus im Rechtsdenken der Gegenwart*, 185-195.

(43) HAVERKATE, *Gewissheitsverluste im juristischen Denken* cit., 55 ss., VON METTENHEIM, *Recht und Rationalität* cit., 64 e 86, com particular referência a POPPER e HORST ZINKE, *Die Erkenntniswert politischer Argumente in der Anwendung und wissenschaftlichen Darstellung des Zivilrechts/Eine Untersuchung zur Bedeutung der «Kritischen Theorie» für die Jurisprudenz* (1982), 24 ss..

(44) Na qual intervêm disciplinas diversificadas como o constitucionalismo, a teoria do Direito, a Filosofia, a Sociologia, a Ciência Política, a Economia e as Finanças; cf. HERMANN HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Jura 1986, 57-67 (57) e *Rechtsdogmatische Probleme der Gesetzgebung*, Jura 1986, 286-296.

(45) Cf. PAUL TRAPPE, *Prozesse der Macht in der pluralistischen Demokratie*, ARSP BH 29 (1987), 142-153 e KARL-JÜRGEN BIEBACK, *Inhalt und Funktion des Sozialstaatsprinzips*, Jura 1987, 229-237 (237).

positivismo jurídico. O influxo da Filosofia dos valores, presente, aliás, no neo-kantismo ⁽⁴⁶⁾, permitiu uma transposição: a uma ponderação de interesses causalmente considerados pelo legislador contrapõe-se um sopesar de valores ⁽⁴⁷⁾; a solução final não poderia, numa clara tradição heckiana, ser o produto de qualificações conceptuais, antes advindo do peso relativo dos valores subjacentes ⁽⁴⁸⁾. Deve aliás afirmar-se, com frontalidade, que o apelo muito comum, feito na literatura do segundo pós-guerra, à «jurisprudência das valorações», considerada mesmo dominante nalguma doutrina, não tem suscitado estudos cuidados minimamente compatíveis com essa afirmação ⁽⁴⁹⁾. No fundo, jogou-se uma reconversão linguística de grandes dimensões que, à custa da precisão das palavras, intentou compor uma imagem não positivista de uma jurisprudência envelhecida. Partindo duma certa preocupação em alargar as bitolas de ponderação de interesses ⁽⁵⁰⁾, — incluindo, de novo, o recurso ao sistema e aos con-

(46) A referência a «valores» logo recorda a contraposição, de raiz kantiana, entre o «ser» e o «dever-ser» — cf. RICKERT, *Der Gegenstand der Erkenntnis* cit., 214; além disso, ela é comum na literatura mais característica da primeira parte do século XX — p. ex., RADBRUCK, *Grundzüge* cit., 84 ss., LASK, *Rechtsphilosophie* cit., 281 e RICKERT, *Geschichtsphilosophie*³ cit., 115. Vide ROBERT REININGER, *Wertphilosophie und Ethik*² (1946), 143 ss..

(47) Cf. LARENZ, *Methodenlehre*⁵ cit., 117 ss. e 205 ss., WOLFGANG FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III — *Mitteleuropäischer Rechtskreis* (1976), 307 ss. e IV — *Dogmatischer Teil* (1977), 381 ss. e HANS HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*³ (1987), 183 ss..

(48) HARRY WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht* (1955), 12 ss. e HEINRICH KRONSTEIN, *Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht* (1957), 26 s..

(49) Cf. ERNST MEYER, *Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz* (1984), 5. Quanto à difusão da jurisprudência das valorações, cf. RENÉ A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik* (1979), 26 ss..

(50) Assim: HELMUT COING, *System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft*, JZ 1951, 481-485 (483 e 485); HEINRICH HUBMANN, *Grundsätze der Interessenabwägung*, AcP 155 (1956), 85-134 (97 ss.) e *Wertung und Abwägung im Recht* (1977), 3 ss.; HANS-MARTIN PAWLOWSKI, *Problematik der Interessenjurisprudenz*, NJW 1958, 1561-1565; JOSEF ESSER, *Interessenjurisprudenz heute*, JurJb 1 (1960), 111-119 (117); WOLFGANG FIKENTSCHER, *Roscoe Pound/Von der Zweckjurisprudenz zur «Sociological Jurisprudence»*, FS Larenz/70 (1973), 93-108.

ceitos ⁽⁵¹⁾ — a jurisprudência das valorações, por falta de desenvolvimentos que capacitassem uma intervenção efectiva, acabou por surgir como uma das áreas que maior guarida assegurou ao irrealismo metodológico.

Na verdade, seria necessário aguardar as vésperas da década de 80 para, através das investigações de BIHLER, se alcançar uma ideia mais precisa de «valoração»; esta viria, então, a ser entendida como um processo tendente ao aparecimento dum sentimento jurídico o qual, por seu turno, traduz um esquema de identificação espontâneo, num conflito jurídico, com uma das posições em presença ⁽⁵²⁾. O manuseio destas noções exige, porém, uma instrumentação desenvolvida já por um pensamento jurídico bem diverso ⁽⁵³⁾.

V. Finalmente, a panorâmica metodológica de fundo requer uma particular referência à «jurisprudência ética».

A Moral, assente numa afirmada interioridade, foi, na tradição de KANT, mantida diferente do Direito, fenómeno exterior ⁽⁵⁴⁾. A separação daí resultante e um exacerbar da relatividade da Moral ⁽⁵⁵⁾ — no fundo um expediente linguístico para

⁽⁵¹⁾ Cf., em especial, PAWLOWSKI, *Zum sog. Verfolgungsrecht des Gerichtsvollziehers/Eine Kritik der Interessen- und Wertungsjurisprudenz*, AcP 175 (1975), 189-221 (219 ss.), *Die Funktion des Wertbegriffs in der Rechtswissenschaft*, JuS 1976, 351-356 (352 ss.) e *Methodenlehre für Juristen/Theorie der Normen und des Gesetzes* (1981), 60 ss..

⁽⁵²⁾ MICHAEL BIHLER, *Rechtsgefühl, System und Wertung/Ein Beitrag zur Psychologie der Rechtsgewinnung* (1979), 59, 68, 135, 142 ss. e *passim*.

⁽⁵³⁾ Cf. ERNST MEYER, *Grundzüge einer systemorientierten Wertungsjurisprudenz* cit., 12 (funcionalidade), 42 ss. (hermenêutica), 59 ss. (teoria unitária da interpretação do Direito e da interpretação criativa do Direito), etc. MEYER, ob. cit., 23, apenas aponta um papel efectivo da jurisprudência das valorações no domínio do Direito geral da personalidade.

⁽⁵⁴⁾ Cf. HEINRICH HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie* ² (1977), 78-79 e KARL ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit/Hauptthemen der Rechtsphilosophie* (1971), 87. Vide, ainda, GOTTHARD PAULUS, *Die juristische Fragestellung des Naturrechts* (1979), 11, AMANDUS ALTMANN, *Freiheit im Spiegel des rationalen Gesetzes bei Kant* (1982), 44 ss. e HEINRICH GEDDERT, *Recht und Moral/Zum Sinn eines alten Problems* (1984), 41 ss., 86 ss. e 104 ss..

⁽⁵⁵⁾ PETER KOLLER, *Über sinnfälligkeit und Grenzen des moralischen Relativismus* cit., 50 ss..

melhor entronizar o positivismo — a par com o declínio do Direito natural, vieram, progressivamente, a eliminar quaisquer critérios de apreciação da Ordem Jurídica. Esta não poderá ser bitola de si própria.

As Ciências Humanas dos nossos dias permitem encarar a uma nova luz estes problemas clássicos. Na verdade, a Moral, num dado antropológico objectivamente demonstrável é, ainda, um fenómeno da cultura. Assim, ela depende sempre de uma aprendizagem sendo, nessa medida, imposta do exterior. As regras de conduta — jurídicas ou morais — com os competentes códigos de «permitido», «proibido» ou «obrigatório» são ministradas aos sujeitos sem uma particular diferenciação ⁽⁵⁶⁾. A superação de KANT — e de novo os quadros hegelianos têm aqui um papel — permite reponderar, agora com o apontado reforço antropológico, novas equações para o problema. A Moral representa uma cultura ⁽⁵⁷⁾, uma organização global ⁽⁵⁸⁾ e conflui, com as suas finalidades, no reforço da organização global — portanto da sociedade e das suas projecções — em que se inclua ou a que pertença ⁽⁵⁹⁾.

As regras jurídicas distinguem-se das demais regras sociais, apenas, pela sua inclusão assumida num particular processo de decisão, ou seja: pela sua sujeição estrita à Ciência do Direito ⁽⁶⁰⁾. Mas isso não absorve todas as regras. À necessidade de elementos suprapositivos ⁽⁶¹⁾ soma-se o realismo no estabelecer

⁽⁵⁶⁾ ROSEMARIE POHLMANN, *Recht und Moral/Kompetenztheoretisch betrachtet*, ARSP BH 13 (1980), 225-242 (230 ss.), que se apoia na teoria moral cognitivo-genética, de KOHLBERG.

⁽⁵⁷⁾ WILHELM SAUER, *System der Rechts- und Sozialphilosophie* ² (1949), 211.

⁽⁵⁸⁾ ERICH FECHNER, *Rechtsphilosophie/Soziologie und Methaphysik des Rechts* (1962), 196.

⁽⁵⁹⁾ JÜRGEN HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit/Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (1969), 127.

⁽⁶⁰⁾ Cf. H. GEDDERT, *Recht und Moral* cit., 309 ss..

⁽⁶¹⁾ ADALBERT PODLECH, *Recht und Moral*, RTh 3 (1972), 129-148 (133) e RUPPERT SCHREIBER, *Ethische Systeme als Kriterien zur Bewertung von Rechtsordnungen*, em ILMAR TAMMELO/AULIS AARNIO, *Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik*, RTh BH 3 (1981), 255-261.

das soluções: estas, fatalmente influenciadas pelos cenários culturais que presidem ao seu encontrar, apresentam sempre níveis éticos que não devem ser ignorados ⁽⁶²⁾.

É, pois, hoje um lugar-comum: a jurisprudência é — deve ser — ética ⁽⁶³⁾. Resta saber se não há, aqui, um novo logro linguístico, destinado a dar novas coberturas a um conjunto imutável de soluções. Como haverá a oportunidade de desenvolver, deixa-se claro que uma Ciência do Direito nova implica sempre uma dogmática renovada.

5. *A jurisprudência analítica*

I. Sobre o pano de fundo acima esquematizado surgem, depois, algumas correntes de pensamento que importa conhecer. Assim sucede com a teoria analítica do Direito ou jurisprudência analítica.

A jurisprudência analítica tem, na origem, transferências culturais operadas do espaço anglo-saxónico para o continental e, particularmente, para a República Federal Alemã e para Itália. O condicionalismo político-económico do segundo pós-guerra surge favorável a esse tipo de transferência; além disso, o modo de pensar «analítico», com as suas classificações de normas e princípios, com o seu positivismo agravado e com o jusracionalismo de recurso que sempre o informa, confluiu no produto tardio da jurisprudência dos interesses. A evolução da jurisprudência analítica conduziu, contudo, nos últimos anos, a latitudes inesperadas para o núcleo primordial desse tipo de pensamento.

II. Como foi dito, a jurisprudência analítica assenta em transposições culturais anglo-saxónicas, realizadas para o Continente europeu. Teve um particular relevo a divulgação da obra

⁽⁶²⁾ Cf. LOTHAR PHILIPPS, *Über Relationen — im Rechtsleben und in die Normlogik*, RTh BH 3 cit. (1981), 123-139.

⁽⁶³⁾ Cf., ainda, p. ex., HERBERT SCHAMBECK, *Richteramt und Ethik* (1982), 18 ss. e MICHAELA STRASSER, *Notwendigkeit eines Gerechtigkeitsbegriffes in einer Gesellschaftsvertragstheorie*, RTh BH 3 cit. (1981), 281-291.

de HART (64), fruto de uma tradição que remonta a AUSTIN, a BENTHAM e a HOBBS.

Para além de alguns traços comuns, com relevo para o reivindicar dessa tradição, a teoria analítica do Direito não tem unidade: ela comporta múltiplos desenvolvimentos independentes, que se alargam desde a ideia de *common sense* até ao conhecimento e manuseio da linguagem (65). Firme no aforismo *authoritas, non veritas, facit legem*, a teoria analítica é positivista no sentido mais estrito do termo, numa situação agravada, no Continente, pela aproximação ao normativismo kelseniano (66). Outras das suas características, em simplificada generalização, podem ser formuladas com recurso às seguintes proposições (67): ela implica uma posição empírica, mas racionalista e antimetafísica; ela cultiva a clareza conceitual, preocupando-se com a linguagem e a sua utilização; admite uma contraposição intrínseca entre proposições descritivas e prescritivas; aceita a adstringência da lógica; proclama a excelência da crítica ética às soluções preconizadas pelo Direito.

(64) Cf. H.L.A. HART, *O conceito de Direito*, trad. port. de ARMINDO RIBEIRO MENDES, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, (1987).

(65) Cf. WOLFGANG MINCKE, *Die finnische Rechtstheorie unter dem Einfluss der analytischen Philosophie* (1979), 9 ss. e K. OPALEK, *Sprachphilosophie und Jurisprudenz*, em KRAWIETZ/OPALEK/PECZENIK/SCHRAMM, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, RTh BH 1 (1979), 153-161 (153-154). Em geral, vide: *Sprache und Analysis*, publ. RÜDIGER BUBNER (1968); C.A. VAN PEURSEN, *Phänomenologie und analytische Philosophie* (1969); JOHN HOSPERS, *An Introduction to Philosophical Analysis* 2 (1970), cuja simples ordenação da matéria é eloquente; por fim, DIRK KOPPELBERG, *Die Aufhebung der analytischen Philosophie/Quine als Synthese von Carnap und Neurath* (1987).

(66) Em especial, G. ZACCARIA, *Deutsche und italienische Tendenzen in der neueren Rechtsmethodologie*, ARSP LXXII (1986), 291-314 (297). Cf. p. MAZUREK, *Analytische Rechtstheorie*, em ARTHUR KAUFMANN/WINFRED HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (1977), 164-173 (164 ss.).

(67) Cf. ZACCARIA, *Deutsche und italienische Tendenzen* cit., 294, RAFFAELE DE GIORGI, *Wahrheit und Legitimation im Recht/Ein Beitrag zur Neube-gründung der Rechtstheorie* (1980), 125 ss., 150 ss., 180 ss. e 195 ss., e WINFRED HASSEMER, *Juristische Hermeneutik*, ARSP LXXII (1986), 195-212 (198).

III. O empirismo da jurisprudência analítica prende-se ao pragmatismo do início. As derivações operadas são, contudo, de tipo dedutivo, numa postura agravada pela recusa de intromissões morais ⁽⁶⁸⁾. A racionalidade omnipresente intenta apresentar-se mais a nível de fundamentação das soluções do que no plano da pesquisa dos pontos de partida ⁽⁶⁹⁾.

A clareza conceitual, a reflectir na linguagem, cifrou-se, desde logo, no *ordinary language approach* preconizado para a abordagem da teoria filosófica ⁽⁷⁰⁾. Posteriormente, foi-se mais longe: na sequência da teoria dos jogos de linguagem apresentada por WITTGENSTEIN ⁽⁷¹⁾, chegou-se à ideia do relevo substantivo da linguagem ⁽⁷²⁾. Este aspecto — que não se liga, como consequência, à jurisprudência analítica continental, embora lhe deva a sua divulgação — tem enorme importância, sendo difícil prever até onde poderá obrigar à revisão da doutrina jurídica tradicional: a linguagem não é simbólica: ela corporiza as próprias ideias, viabilizando-as, condicionando-as ou detendo-as na fonte — o próprio espírito humano — facultando a sua aprendizagem e divulgação e abrindo as portas à crítica e às reformulações. Tocar na linguagem é tocar nas ideias. Além disso, a própria linguagem pode suportar o discurso, assim erguido a metadiscurso, num fenómeno que, com facilidade, pode passar desper-

⁽⁶⁸⁾ P. MAZUREK, *Analytische Rechtstheorie* cit., 170 ss..

⁽⁶⁹⁾ Cf. RAINER HEGSELMANN, *Normativität und Rationalität/Zum Problem praktischer Vernunft in der analytischen Philosophie* (1979), 165 ss. e DE GIORGI, *Wahrheit und Legitimation im Recht* cit., 195 ss..

⁽⁷⁰⁾ HANS LENK, *Metalogik und Sprachanalyse/Studien zur analytischen Philosophie* (1973), 30 ss..

⁽⁷¹⁾ Tem-se em vista a segunda fase de WITTGENSTEIN, portanto a das *Philosophical Investigations*, em contraposição à do *Tractatus Logico-Philosophicus*, ainda preso pela ideia da neutralidade da linguagem; cf. LUDWIG WITTGENSTEIN, *Schriften* 8. vol., (1964). Vide E. e W. LEINFELLNER/H. BERGHEL/A. HÜBNER, *Wittgenstein and his Impact on Contemporary Thought/und sein Einfluss auf die gegenwärtige Philosophie*, 2 (1980) e ERNST TUGENDHAT, *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung/Sprachanalytische Interpretationen* (1979), 91 ss. e 114 ss..

⁽⁷²⁾ FRITJOF HAFT, *Juristische Rhetorik* ³ cit., 83 ss.. ERNST TUGENDHAT, *Vorlesung zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie* (1976), 197 ss..

percebido: toma-se então, por discurso jurídico o que mais não é do que um locubrar sobre dados linguísticos pré-elaborados (73).

A separação entre proposições descritivas e prescritivas (74), num estrito dualismo que recorda o *Sein/Sollen* neo-kantiano, teve na origem a preocupação correcta em levantar os elementos constituintes do discurso. A adstringência da lógica e a possibilidade da crítica ética às soluções de Direito apresentam-se, por fim, como o produto dos racionalismo e empirismo pragmático subjacentes.

IV. Uma crítica alargada às múltiplas posições que, nos últimos anos, se têm reivindicado da teoria analítica do Direito não seria possível nestas páginas escassas.

No grande devir das ideias humanas, a teoria analítica tem, por certo, o seu lugar. No entanto, ela incorre em várias observações e, tal como se apresenta, numa crítica frontal.

As observações orbitam em torno da imprecisão actual da própria ideia de «jurisprudência analítica». Em oposição às coerência e clareza linguísticas que era suposto defender, a «jurisprudência analítica» tem-se tornado num subterfúgio linguístico destinado a dar abrigo a construções de irredutibilidade crescente. Tais construções encontram na vaguidade da locução, uma primeira ordem de fundamentação aparente. Tudo isto, na medida em que se verifique, deve ser repensado.

A crítica frontal cifra-se no seguinte: perante o dilema do final do século — positivismo *versus* irrealismo metodológico — a jurisprudência analítica optou decididamente pelo primeiro e abriu as portas ao segundo. Sucedem-se as obras e os desenvolvimentos: não há, no entanto, neles, quaisquer soluções — ou quaisquer particulares soluções — para as grandes questões do Direito

(73) Cf. FRITJOF HAFT, *Recht und Sprache*, em KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (1977), 112-131.

(74) Cf. ROBERT WEIMAR, *Zur Theoriebildung in der Rechtswissenschaft*, GS Tammelo (1984), 703-722 (707 e 710), bem como ZACCARIA, *Deutsche und italienische Tendenzen* cit., 294.

privado: lacunas, conceitos indeterminados, contradições de princípios e normas injustas têm, assim, de procurar saída noutras latitudes.

6. *A jurisprudência problemática*

I. A jurisprudência problemática apresenta-se como uma segunda grande corrente do pensamento jurídico actual. No seu activo, esta linha jusmetodológica conta a própria criação do Direito, na Antiguidade e o desenvolvimento subsequente, até aos nossos dias: na verdade, foi na base da solução concreta de problemas também concretos que se sedimentou o trabalho dos juristas romanos e que, mais tarde, foi decantado todo o Direito Comum ⁽⁷⁵⁾. Sobre essa base problemática incidiu, contudo, durante séculos, uma Ciência generalizadora que, na busca de regras e princípios, esqueceu os problemas da origem.

Em 1953, ao relançar a ideia básica de que o Direito é e permanece uma técnica de resolução de problemas, THEODOR VIEHWEG traçou as bases da moderna jurisprudência problemática ⁽⁷⁶⁾.

II. Segundo VIEHWEG, o Direito só na aparência comportaria uma estrutura sistemática, que possibilitaria a dedução de todas as suas proposições e competentes soluções a partir de uns quantos axiomas de base. Na verdade, quatro planos decisivos impossibilitariam tal contextura para a Ciência do Direito: a escolha dos princípios de base e seus conceitos é, logicamente, arbitrária; a aplicação do Direito requer, perante as proposições pré-elaboradas, extensões, restrições, assimilações, concentrações e passos similares; a necessidade de recurso à linguagem, sempre

⁽⁷⁵⁾ Cf., quanto ao Direito prudencial, o importante desenvolvimento de MARTIM DE ALBUQUERQUE/RUY DE ALBUQUERQUE, *História de Direito Português* 1 (1984/85), 185 e *passim*.

⁽⁷⁶⁾ THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz/Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung* ⁵ (1974).

multissignificativa, impossibilita derivações; a apreensão da matéria de facto, condicionante de qualquer solução, escapa ao sistema (77). Perante tal situação, quedaria uma natureza tópica para o Direito: dado um problema, chegar-se-ia a uma solução; de seguida, tal solução seria apoiada em tópicos, em pontos de vista susceptíveis de serem compartilhados pelo adversário na discussão, pontos de vista esses que, uma vez admitidos, originariam respostas lógicas infalíveis. Em suma, a Ciência do Direito deveria ser entendida como um processo especial de discussão de problemas, havendo que tornar tal esquema claro e seguro, graças ao desenvolvimento duma teoria da praxe (78).

III. O pensamento viehwegiano foi exemplarmente criticado por CANARIS (79). Em síntese, pode dizer-se que o Direito não é, na essência, tópico, antes surgindo sistemático — em sentido não axiomático — numa tradição que remonta ao *Ius Romanum*. Não obstante, sectorialmente, a tópica faz a sua erupção. Pense-se, por exemplo, na integração de certas lacunas ou no manuseio de conceitos indeterminados. Não se aprofundam, pois, estes aspectos.

Cabe, no entanto, situar a tópica no contexto da metodologia jurídica dos nossos dias.

A tópica teve um vivo sucesso, depois de ter passado despercebida nos anos subsequentes ao estudo de VIEHWEG. O mérito da ideia foi enfocado (80); mas sobretudo, assistiu-se a um vul-

(77) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* ⁵ cit., 84-90.

(78) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* ⁵ cit., 14, 25-34 e 95-110.

(79) CLAUD-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* ² (1983), 135 ss.

(80) De entre a inumerável bibliografia, refiram-se: KARL ENGISCH, rec. a VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, ZStW 69 (1957), 596-601 (596 e 599) e *Einführung in das juristische Denken* ⁸ (1983), 196; ADOLF ARNDT, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, NJW 1963, 1273-1284 (1277); NORBERT HORN, *Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens*, NJW 1967, 601-608 (601) e *Topik in der rechtstheoretischen Diskussion*, em DIETER BREUER/HELMUT SCHANZE, *Topik/Beiträge zur interdisziplinären Diskussion* (1981), 57-64 (57); OLOF EKELÖF, *Topik und Jura*, em *Le raisonnement juridique* (1971), 43-62 (43); GERHARD OTTE, *Zwanzig Jahre Topik-*

garizar do termo «tópicos» — muitas vezes expresso no grego alatinado, mais impressivo, «topoi» — que veio, assim, a conhecer um emprego alargado, mesmo em áreas onde, com total propriedade, se deveria antes dizer «princípios», «vectores» ou, até, «normas». A pretexto de adesões tópicas, redobrou-se na crítica ao pensamento sistemático, sem atentar no facto de os argumentos de VIEHWEG — conhecidos, aliás, há muito — atingirem, tão-só, um certo tipo de sistema: o axiomático-dedutivo.

A vulgarização da tópica, clara acha na fogueira do irrealismo metodológico, deve ser combatida em nome da mais elementar precisão e seriedade de linguagem.

IV. Não obstante, a jurisprudência problemática, assente na tópica, veio agitar uma série de sectores do conhecimento; facultou, assim elementos importantes para as novas sínteses que se desenham e, designadamente: abriu as portas à retórica jurídica, à lógica jurídica, a uma nova linha linguística e habilitou os juristas com a instrumentação necessária para agir — ou explicar a sua actuação — perante lacunas rebeldes a qualquer tipo de integração sistemática ou equivalentes.

A retórica jurídica remonta à Antiguidade. O seu esquecimento perante o assalto jurracionalista não a fez — não podia fazer — desaparecer; apenas impediu o seu estudo assumido, com claras perdas para a cientificidade do discurso jurídico. Apresentada como ciência de argumentação, ela serviria para fixar as premissas endoxais ⁽⁸¹⁾ das quais, depois, derivaria a justificação

-Diskussion: Ertrag und Aufgaben, RTh 1 (1970), 183-197 (183); PAN J. ZEPOS, «Topik» und «Glaubhaftmachung» im Prozess, FS Larenz (1973), 289-292 (290); OTTO PÖGgeler, *Dialektik und Topik*, em *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, 2 (1974), 291-331 (305); REINHOLD ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts/Eine Einführung in die Rechtsphilosophie* (1978), 192; SAMUEL STOLJAR, *System and Topoi*, RTh 12 (1981), 385-393 (385 e 386); KARL ALLGAIER, *Toposbewusstsein als literaturwissenschaftliche Kategorie*, em BREUER/SCHANZE, *Topik* cit. (1981), 264-274 (264).

(81) Propõe-se o termo «premissa endoxal» para exprimir a proposição formada εἰς ἐπιδόξω ou seja, a proposição assente em pontos admitidos pelas partes numa discussão, mercê da autoridade de todos, de quase todos, da maioria ou dos mais sábios; a premissa endoxal, por dedução silogística, conduz ao discurso dialéc-

para a solução preconizada para o problema. A Retórica jurídica teria assim, para visões tópicas, ainda que atenuadas, do Direito, um verdadeiro papel de base. A doutrina veio, contudo, enfatizar o seu relevo no domínio da justificação, fundamentação e legitimação das decisões ⁽⁸²⁾.

A lógica, também antiga, faz, no Direito, uma aparição renovada. Introduzida pelos estudos pioneiros de KLUG e SCHREIBER ⁽⁸³⁾, e amparada na lógica simbólica desenvolvida por CARNAP ⁽⁸⁴⁾, o qual aliás foi também pioneiro nas suas aplicações linguísticas ⁽⁸⁵⁾, a lógica jurídica assentou nos campos abertos pela jurisprudência problemática, dando hoje lugar a uma

tico, no sentido aristotélico, assim se contrapondo ao discurso apodíctico, que avança na base de premissas verdadeiras. Cf. ARISTÓTELES, *Tópicos*, versão bilingue greco-francesa, de BRUNSCHWIG (1967), I, 1, 4 (1); a este último se deve a ideia de introduzir o termo «endoxal» — exacto antónimo de paradoxal — para prevenir as traduções comuns inexactas de premissas εἰς ἐπὶδόξων embora não a use, depois, na versão francesa dos *Tópicos*; cf. BRUNSCHWIG cit., XXXV, nota 1. Quanto a ARISTÓTELES, cf. HANS GEORG GADAMER, *Hermeneutik als Theoretische und praktische Aufgabe*, RInTPh n.º 127-128 (1979), 239-259 (244 ss.) e JOZEF A. R. KEMPER, *Topik in der antiken rhetorischen Techne*, em BREUER/SCHANZE, *Topik* cit. (1981), 17-32 (23).

⁽⁸²⁾ Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation/Die Theorie des rationalen Diskurs als Theorie der juristischen Begründung* (1978), com rec. apreciativa de HELMUT RÜSSMANN, RTh 10 (1979), 110-120 (120); SCHEIDER/ SCHROTH, *Sichtweisen juristischer Entscheidung/ Argumentation und Legitimation*, em KAUFMANN/ HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (1977), 254-272; AULIS AARNIO/ ROBERT ALEXY/ ALEKSANDER PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation*, em KRAWIETZ/ ALEXY, *Metatheorie juristischer Argumentation* (1983), 9-87 (9 ss.); RITA ZIMMERMANN, *Die Relevanz einer herrschender Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Forschung des Rechts* (1983), 95 ss. e *passim*; HERMANN HUBA, *Juristische Rhetorik*, Jura 1987, 517-521 (517).

⁽⁸³⁾ ULRICH KLUG, *Juristische Logik* ⁴ (1982, mas ¹, 1953) e RUPERT SCHREIBER, *Logik des Rechts* (1962).

⁽⁸⁴⁾ RUDOLF CARNAP, *Abriss der Logistik* (1929), *Symbolische Logik* (1960) e *Einführung in die symbolische Logik/ Mit besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendungen* (1954).

⁽⁸⁵⁾ RUDOLF CARNAP, *Überwindung der Methaphysik durch logische Analyse der Sprache* (1931), em *Metaphysik*, publ. GEORG JÁNOSKA/ FRANK KAUFMANN (1977), 50-78, *Bedeutung und Notwendigkeit/ Eine Studie zur Semantik und modalen Logik* (1972, versão alemã de *Meaning and Necessity*, 1967) e *Logische Syntax der Sprache* ² (1968).

literatura imensa, cada vez mais especializada ⁽⁸⁶⁾. Na postura problemática, a lógica teria um duplo papel: na fundamentação das premissas endoxais, dado o largo poder convincente dos «tópicos lógicos»; na justificação das soluções obtidas a partir dessas premissas, numa derivação que se reclama da lógica absoluta. Mais tarde, porém, a lógica jurídica foi desenvolvida apenas por si, sem atentar nesses domínios aplicativos.

A linguagem, por seu turno, sofreu o duplo influxo da retórica e da lógica, na linha acima referida. Trata-se de um desenvolvimento que viria a confluir na tradição wittgensteiniana da jurisprudência analítica, num reforço que deixa antever inúmeras possibilidades futuras.

Finalmente, a jurisprudência problemática revela todas as suas potencialidades no domínio das lacunas rebeldes aos processos sistemáticos de integração — portanto à analogia e aos princípios gerais: impedido de denegar justiça, o intérprete-aplicador terá de buscar uma saída razoável que, então, intentará justificar nos tópicos que encontrar.

V. Como foi referido, o pensamento jurídico não é, puramente, um pensamento tópico ou problemático ⁽⁸⁷⁾. A apreciação que agora importa fazer põe-se, contudo, noutras latitudes.

A jurisprudência analítica é, de algum modo, o produto do positivismo dos princípios do século XX. Paralelamente, pode considerar-se a jurisprudência problemática como o resultado do evoluir do formalismo.

As linhas de evolução que, originadas na tópica viehwegiana, têm vindo a animar toda a literatura da argumentação jurídica e da lógica jurídica são, assumidamente, linhas formais. A bondade ou a conveniência das soluções a que conduzam são-lhes indiferentes; tudo assenta na pureza da derivação ou da justificação apresentadas. Acresce ainda que a literatura relativa à argumentação e à lógica tem vindo a assumir um grau de hermetismo

⁽⁸⁶⁾ Sobre a lógica no Direito, cf. OTA WEINBERGER, *Logische Analyse in der Jurisprudenz* (1979), 27 ss. e *passim*.

⁽⁸⁷⁾ CANARIS, *Systemdenken* ² cit., 141 ss.

que a torna, em absoluto, inacessível aos não-iniciados. Não há, sequer, a pretensão de, por uma forma ou outra, interferir no apontar das soluções concretas. Estes aspectos, em conjunto com a já referida vulgarização da referência a «topoi» fazem da jurisprudência problemática um dos grandes pilares do irrealismo metodológico.

Mas como qualquer ideia humana, a jurisprudência problemática contribui, também, para as novas sínteses metodológicas.

Essas sínteses animam a panorâmica juscientífica do final do século.

7. As sínteses hermenêuticas

I. No domínio das perspectivas metodológicas da actualidade, cabe ainda fazer referência ao pensamento ontológico que, com raízes em HEGEL, e de HEIDEGGER a GADAMER, está na base das sínteses hermenêuticas hoje em curso. Tais sínteses derivam, também, do encontro desse pensamento ontológico continental com as jurisprudências analítica e problemática, bem como com a preocupação, finalmente assumida, de superar o irrealismo metodológico.

O pensamento jurídico é um pensamento objectivo — ou não é científico⁽⁸⁸⁾. A vontade livre pautada pelo Direito deriva a sua natureza apenas no quadro do Estado juridicamente organizado⁽⁸⁹⁾ ou, se se quiser, no âmbito de um Direito pré-dado. Aberto ao exterior, o Homem apreende o Direito cuja existência

⁽⁸⁸⁾ WERNER KRAWIETZ, *Recht und Rationalität in der modernen Systemtheorie*, GS Tammelo (1984), 723-739 (724), fala da objectivação como um processo de racionalização.

⁽⁸⁹⁾ Cf. MICHAEL W. FISCHER, *Soziologische Geltung? Über Hegels Beitrag zur Soziologisierung des Wirklichkeitsverständnisses*, em VARGA/ WEINBERGER, *Rechtsgeltung*, ARSP BH 27 (1986), 24-36, R. DE GIORGI, *Abstraktion versus Institution? Phänomenologie und Geltungsgrund des Rechts in der Frühphilosophie des jungen Hegels*, FS Troller 80. (1987), 95-105 (95 ss.) e JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência/ I — Hermenêutica e motivos hermenêuticos na jurisprudência de valoração e na Filosofia do Direito analítica* (polic., 1987), 42 ss..

reside na sua regular concretização⁽⁹⁰⁾. A hermenêutica adota, a esta luz, o papel de motor do processo jurídico: ela é pressuposta, sempre, por qualquer discussão. A linguagem assume, assim, um papel constituinte mais profundo. A apreensão hermenêutica da realidade — para o caso, da realidade jurídica — só é possível porque o sujeito cognoscente conhece de antemão a linguagem em jogo e o alcance da instrumentação nela usada⁽⁹¹⁾. Há, pois, todo um conjunto de pré-estruturas do saber, a que se poderá chamar o pré-entendimento das matérias.

Esta perspectiva, em si simples, põe em crise todos os modelos formais de discurso jurídico⁽⁹²⁾; não há, apenas, um entendimento da matéria: esta é o entendimento⁽⁹³⁾, confundindo-se com a linguagem que o suporta.

II. Surge, assim, a ideia de círculo do entendimento⁽⁹⁴⁾ transposta para a hermenêutica jurídica por FRIEDRICH MÜLLER⁽⁹⁵⁾ e JOSEF ESSER⁽⁹⁶⁾ e, mais tarde, por uma série

(90) MARTIN HEIDEGGER, *Sein und Zeit* (1927), § 13 = *Gesamtausgabe*, 2.º vol. (1964), 80 ss. e *Brief über den Humanismus* (1949) = *Wegmarken* (1967), 145-194 (149 ss.); cf. FECHNER, *Rechtsphilosophie* 2 cit., 230 e OTTO PÖGGELE, *Heidegger und die hermeneutische Philosophie* (1983), 171 ss..

(91) HANS-GEORG GADAMER, *Wahrheit und Methode* 4 (1975), 250 ss.; cf., também de GADAMER, *Mensch und Sprache* (1966) = *Gesammelte Werke*, 2.º vol. (1986), 146-154.

(92) Recordem-se as críticas de HEGEL às concepções formais de Direito natural; cf. G. PAULUS, *Die juristische Fragestellung des Naturrechts* cit., 14 ss..

(93) HASSAN GIVSAN, *Der verweigerte Dialog/ Notizen zur Leitfrage des Symposions: «Worauf kann man sich noch berufen»*, ARSP BH 29 (1987), 9-18 (9): «O título hermenêutico não está primordialmente para a arte da interpretação ou o método do entendimento, mas deve antes mostrar a metafísica do ser e da tradição que lhe subjazem (e a palavra metafísica é utilizada apesar de Heidegger)». Cf. PÖGGELE, *Heidegger und die hermeneutische Philosophie* cit., 247 ss.. e KEN TAKESHITA, *Von der Normativen zur Ontologischen Auffassung des Rechts*, ARSP BH 30 (1987), 167-176 (175 ss.).

(94) Cf. HANS-GEORG GADAMER, *Vom Zirkel des Verstehens* (1959) = *Gesammelte Werke*, 2.º vol. (1986), 57-65.

(95) FRIEDRICH MÜLLER, *Normstruktur und Normativität/Zum Verhältnis von Recht und der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation* (1966), 50 e, por último, em *Strukturierende Rechtslehre* (1984), 47 ss..

(96) JOSEF ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung/Rationalitätsgrundlage richterlichen Entscheidungspraxis* 2 (1972), 137 ss.;

de outros Autores, com relevo para KARL LARENZ⁽⁹⁷⁾(⁹⁸). Explica essa construção que, no Direito, há uma particular relação entre o problema e a resposta; na busca desta, recorre-se a normas que se tornam inteligíveis por utilizarem uma linguagem e uma conceitologia pré-conhecidas pelo intérprete-aplicador; essas mesmas normas são procuradas pelo pré-julgamento sobre a ordenação e a própria solução que, para o problema, o mesmo intérprete-aplicador tenha visualizado, num momento prévio. Surge, assim, a imagem do círculo ou espiral hermenêutica: perante um problema, o intérprete-aplicador terá de efectuar tantas idas e vindas entre o pré-entendimento e o entendimento em si quantas as necessárias para a sua integração.

Este poentar gnoseológico — tal como gnoseológica é a relação entre o Direito e a realidade⁽⁹⁹⁾ — abre, desde logo, perspectivas completamente diversas à estruturação do discurso jurídico: o pré-entendimento das questões opera em modelos concretos de problemas; a espiral hermenêutica desenvolve-se entre questões e pré-questões, soluções e pré-soluções, tudo em termos gerais-concretos. A hipótese histórica de quebra da insolubilidade da relação entre o conceito abstracto e o caso real ganha consistência: seria, porventura, a maior conquista da Ciência do Direito desde que SAVIGNY tornou operacional um modelo de sistematização integrada do Direito.

Deve ainda ter-se presente que, na própria lição gadameriana, o relevo do pré-entendimento permite explicar o peso da tradição⁽¹⁰⁰⁾, cujo papel, sempre relevante, não era, antes, assumido.

sobre esse escrito, cf. HANS-JOACHIM KOCH, *Zur Rationalität richterlichen Entscheidens*, RTh 4 (1973), 183-206 (197-198); uma adopção da ideia pode ser vista em PAWLOWSKI, *Zum sog. Verfolgungsrecht* cit., 200 ss..

(97) KARL LARENZ, *Methodenlehre*⁵ cit., 199 ss.; cf. MONIKA FROMMEL, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser* (1981), 1 ss., 12 ss., 44 ss., 55 ss.. e *passim*.

(98) P. ex. JOACHIM HRUSCHKA, *Das Verstehen von Rechtstexten* (1972), 43; HORST ZINKE, *Die Erkenntniswert politischer Argumente* cit., 109 ss.; HASSEMER, *Juristische Hermeneutik* cit., 207 ss. (210).

(99) Cf. HANS VON GLEICHENSTEIN, *Die Allgemeinheit des Rechts/Zum fragwürdigen Gerechtigkeitspathos sozialstaatlichen Rechtsreformen* (1979), 14.

(100) GADAMER, *Wahrheit und Methode*⁴ cit., 256 ss. e 261 ss..

E no Direito, entende-se, a essa luz, o relevo da experiência profissional do intérprete-aplicador, no domínio, por exemplo, da aplicação jurisprudencial ⁽¹⁰¹⁾.

III. Nas sínteses hermenêuticas dos nossos dias, tiveram ainda peso várias directrizes derivadas da panorâmica geral metodológica do final do século e, ainda, múltiplas indicações dadas pelas acima denominadas jurisprudências analítica e problemática.

Assim, cabe referir a integração de ramos do saber, os quais não devem ser deformados no seu conteúdo pelas limitações humanas que obrigam a um cultivar separado das diversas disciplinas. Desde logo se recordam as relações mutuamente enriquecedoras entre a Hermenêutica e o Direito ⁽¹⁰²⁾, incluindo a dogmática ⁽¹⁰³⁾, entre a própria Hermenêutica, a Lógica e a Semântica ⁽¹⁰⁴⁾, e, naturalmente, a Filosofia da linguagem ⁽¹⁰⁵⁾. Depois aviva-se o relacionamento entre o Direito, o poder e a estrutura social ⁽¹⁰⁶⁾, agora também no sentido enriquecido de o próprio caso concreto ser parte do mundo vivo ⁽¹⁰⁷⁾. Os valores funda-

⁽¹⁰¹⁾ LARENZ, *Methodenlehre* ⁵ cit., 202 ss..

⁽¹⁰²⁾ Cf. HASSEMER, *Juristische Hermeneutik* cit., 195.

⁽¹⁰³⁾ FRIEDRICH MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre* cit., 381 ss.. A própria dogmática comporta uma Ciência e uma Técnica, em termos abaixo examinados — cf. AULIS AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft* (1979), 33 ss. — ou, como quer ALEKSANDER PECZENIK, *Grundlagen der juristischen Argumentation* (1983), 153 ss., no que parece representar uma superação das categorias analíticas, um misto de teorias descritivas e doutrinas valorativas.

⁽¹⁰⁴⁾ Cf. CHRISTIANE und OTA WEINBERGER, *Logik, Semantik, Hermeneutik* (1979) e OTA WEINBERGER, *Logische Analyse in der Jurisprudenz* (1979), 27 ss. e 127 ss..

⁽¹⁰⁵⁾ PETER SCHIFFAUER, *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis/Entwickelt an Hand einer Studie zum Verhältnis von verfassungskonformer Auslegung und Analogie* (1979), 71 ss..

⁽¹⁰⁶⁾ L. FRIEDMANN, *Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften* cit., 179 ss. e ERNST E. HIRSCH, *Rechtssoziologie für Juristen/Eine Aufsatzsammlung* (1984), 86 ss..

⁽¹⁰⁷⁾ JAN SCHAPP, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre* (1983), 6 ss., NIKLAS LUHMANN, *Die Lebenswelt — nach Rücksprache mit Phänomenologen*, ARSP LXXII (1986), 176-194 (176 ss.), E. HIRSCH, *Rechtssoziologie für Juristen* cit., 127 ss. e ROBERT WEIMAR, *Rechtswissenschaft als Weltbild*, FG Troller (1987), 351-368 (356 ss.)

mentais, designadamente na sua formulação constitucional, conquistam uma dimensão de efectiva capacidade de decisão ⁽¹⁰⁸⁾.

Os próprios níveis adjectivos e instrumentais assumem uma dimensão substantiva, devendo ser consideradas no todo.

IV. Aspecto promissor das sínteses em curso prende-se com os níveis legitimadores do discurso. Seja num prisma sociológico ⁽¹⁰⁹⁾, seja por pura via hermenêutica ⁽¹¹⁰⁾, verifica-se que uma determinada solução vale, para além do seu conteúdo e apesar dele, por surgir através da entidade competente ou mediante um processo a tanto adequado ⁽¹¹¹⁾. Esta validação processual

⁽¹⁰⁸⁾ PETER SCHIFFAUER, *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis* cit., 28 ss., e 41 ss., RITA ZIMMERMANN, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung* cit., 106 ss., FRIEDRICH MÜLLER, *Strukturierende Rechtslehre* cit., 184 ss., cit., ERHARD MOCK, *Rechtsgeltung, Legitimation und Legitimität im demokratischen Verfassungsstaat*, ARSP BH 27 (1986), 51-58 e ROBERT ALEXY, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, RTh 18 (1987), 405-419.

⁽¹⁰⁹⁾ Cf. NIKLAS LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren* ² (1975), 30 ss. As críticas a LUHMANN — cf. ESSER, *Vorverständnis* ² cit., 207, R. ZIPPELIUS, *Legitimation durch Verfahren?*, FS Larenz 70. (1973), 293-304 (302 ss.) e J. LLOMPART, *Gerechtigkeit und geschichtliches Rechtsprinzip*, ARSP 67 (1981), 39-60 (50-51) — cifram-se mais no extremismo da sua leitura (apenas o processo legitimaria e a legitimação seria condição suficiente de validade) do que à sua inexactidão: afinal, na complexidade das sociedades actuais, apenas na base da legitimação processual é possível decidir em grande escala, enquanto a autoridade argumentativa pesa decisivamente nas estruturas da racionalidade jurídica; cf. NORBERT HORN, *Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation*, RTh 6 (1975), 145-160 (150 ss.).

⁽¹¹⁰⁾ ROBERT ALEXY, *Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation*, em AULIS AARNIO/ILKKA NIINILUOTO/JURKI UUSITALO, *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, RTh BH 2 (1981), 177-188 (178): a verdade surge enquanto tal como produto de um discurso racional; GÜNTHER STAHLMANN, *Zur Theorie des Zivilprozessrechts/Von der Legitimation durch Erkenntnis zur Legitimation durch Verfahren* (1979); DE GIORGI, *Wahrheit und Legitimation im Recht* cit., 233 ss.; SCHEIDER/SCHROTH, *Sichtweisen juristische Entscheidung/Argumentation und Legitimation*, em KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie* cit. (1977), 254-272.

⁽¹¹¹⁾ Cf. HERMANN HUBA, *Juristische Rhetorik* cit., 517 ss..

das decisões jurídicas surge integrada no todo hermenêutico: apenas por razões de análise científica pode, dele, ser desinserida.

A legitimidade do discurso hermenêutico opera pelo consenso das soluções em que se corporiza ⁽¹¹²⁾. Mais do que um dado sociológico ou político ⁽¹¹³⁾ ou do que uma hipótese racional ou razoável de elaboração justeorética ⁽¹¹⁴⁾, o apelo ao consenso permite aferir a bondade das soluções através da sua confluência no sistema donde promanam.

Chega-se, com isto, à necessidade de um discurso sistemático renovado que, do Direito, ponha a tónica no interrelacionar das regras com os factos ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹²⁾ Cf. ROLAND DUBICHAR, *Einführung in die Rechtslehre* (1983), 70 ss., JOSEF ESSER, *Vorverständnis* ² cit., 13 e *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts* (1979), 10 e 15 e OTA WEINBERGER, *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, em KRAWIETZ/ALEXI, *Metatheorie juristischer Argumentation* (1983), 159-232 (212), *Die Rolle des Konsenses in der Wissenschaft, im Recht und in der Politik*, em AARNIO/NIINILUOTO/UUSITALO, *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, RTh BH 2 (1981), 147-165 (148 ss.) e *Analytische-Dialektische Gerechtigkeitstheorie/Skizze einer handlungstheoretischen und non-kognitiven Gerechtigkeitstheorie*, em TAMMELO/AARNIO, *Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik*, RTh BH 3 (1981), 307-330 (327 ss.).

⁽¹¹³⁾ ALFRED BÜLLESBACH, *Systemtheoretische Ansätze und ihre Kritik*, em KAUFMANN/HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart* (1979), 235-253 (236 ss.), DUBICHAR, *Einführung in die Rechtslehre* cit., 79 ss. e ULRICH STEINVORTH, *Über die Rolle von Vertrag und Konsens in der politischen Theorie*, ARSP LXXXII (1986), 21-31.

⁽¹¹⁴⁾ MICHAELA STRASSER, *Notwendigkeit eines Gerechtigkeitsbegriffes in einer Gesellschaftsvertragstheorie*, RTh BH 3 cit. (1981), 281-291, PETER KOLLER, *Theorien des Sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischen Institutionen*, FG Weinberger (1984), 241-275 (243), HANS-JÜRGEN KÜHN, *Soziale Gerechtigkeit als moralphilosophische Forderung/Zur Theorie der Gerechtigkeit von John Rawls* (1984), 13 ss. e JAN M. BROEKMAN, *Zur Ontologie des juristischen Sprechakts*, FG Troller (1987), 231-242 (231 ss.).

⁽¹¹⁵⁾ Refira-se, desde já, a nova construção de ARTHUR KAUFMANN, *Vorüberlegungen zur einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen*, RTh 17 (1986), 257-276 (265 e 273), que põe, justamente, o Direito, não na norma nem no caso, mas na sua relação.

8. *Cultura e Ciência da decisão*

I. As perspectivas metodológicas da actualidade podem, no rescaldo das considerações acima tecidas, ser sintetizadas em duas ideias fundamentais: a natureza cultural do Direito e a necessidade de dotar as decisões jurídicas de uma estruturação científica.

A natureza cultural do Direito, herança irrepudiável da escola histórica ⁽¹¹⁶⁾, coloca a ordem jurídica na categoria das criações humanas, configuradas por evolução paulatina e por uma complexidade causal que as torna imprevisíveis e insubsumíveis em modelos rígidos de lógica formal. Nesta dimensão, o Direito é um fenómeno pré-dado: o jurista deve apreendê-lo, do exterior, tal como ele se encontra, de acordo com coordenadas históricas e geográficas.

A fenomenologia jurídica não se esgota, porém, no factor de irracionalidade que a sua natureza cultural necessariamente postula: ela assenta em decisões que se querem previsíveis e que devem variar de acordo com uma certa adequação, em função do princípio tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da diferença. Ou seja: a decisão deve obedecer a regras; estrutura-se, pois, cientificamente.

II. A natureza cultural do Direito e a estruturação científica das suas decisões apresentam-se, assim, como os dois pólos de uma realidade destrinchada apenas pelas necessidades de estudo. A permanente tensão existente nessa realidade, entre um conjunto de elementos pré-dados, que o intérprete aplicador intenta conhecer e as necessidades de soluções cientificamente elaboradas é, no entanto, bem conhecida pelos juristas.

O problema a enfrentar reside, pois, na busca de esquemas que permitam lidar com os dois pólos em causa da realidade jurídica. A teoria evolutiva dos sistemas e os esquemas da realização do Direito apresentam-se como respostas a essa questão.

Cabe, pois, examiná-los com alguma atenção.

⁽¹¹⁶⁾ Ou melhor: a escola histórica permitiu reconhecer o fenómeno e trabalhou, com ele, em termos científicos; de resto, o Direito sempre teve, por natureza, fundações culturais.

III — A TEORIA EVOLUTIVA DOS SISTEMAS

9. A ideia de sistema como base do discurso científico

I. A existência do Direito assenta numa série de fenómenos que se concretizam com regularidade ⁽¹¹⁷⁾. Sem essa regularidade, o Direito não teria qualquer consistência, ideal ou real: ininteligível, imperceptível e ineficaz, ele deveria ser afastado das categorias existentes.

Em termos esquemáticos, pode considerar-se que, mediante bitolas eleitas em cada cultura jurídica, o Direito tende para tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença. De outro modo, os diversos problemas concretos seriam resolvidos ao acaso, surgindo como expressão do puro arbítrio. Noutros termos: por primitiva que seja a sociedade onde a questão se ponha, só pode falar-se em Direito quando os confrontos de interesses mereçam saídas previsíveis, diferenciadas em função do que se entenda ser relevante.

Os fenómenos jurídicos implicam relações estáveis entre si; essas relações facultam um conjunto de estruturas que permitem a consistência ontológica do conjunto. Seja qual for o labor teórico que sobre ele incida, o Direito, ainda que relativizado segundo coordenadas históricas e geográficas, pressupõe como que uma concatenação imanente.

Impõe-se, desde logo, uma primeira ideia de sistema: o Direito assenta em relações estáveis, firmadas entre fenómenos que se repetem, seja qual for a consciência que, disso, haja.

II. A ideia de sistema em Direito provoca dúvidas e discussões. Como hipótese de trabalho é, em regra, utilizada a noção de KANT: sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. FECHNER, *Rechtsphilosophie* ² cit., 230.

⁽¹¹⁸⁾ Cf. CANARIS, *Systemdenken* ² cit., 11, FRANZ-JOSEPH PEINE, *Das Recht als System* (1983), 32 e LARENZ, *Methodenlehre* ⁵ cit., 420 ss..

Esta ideia pode ser aplicada às relações estáveis que são o Direito. A repetição, a medida ou a própria estabilidade são-no porquanto informem os pontos de vista unitários da fórmula kantiana. Assim se obtém o sistema interno, equivalente à lógica mínima que permite destrinçar o Direito do arbítrio puro.

A esta luz, o sistema existe, quer dele se tenha, quer não, uma específica consciência.

III. O papel do sistema no Direito vai, porém, bem mais longe. Enquanto realidade cultural, o Direito deve ser conhecido, para ter aplicação. A aprendizagem dos fenómenos jurídicos torna-se, assim, indispensável.

Tal aprendizagem pode, em teoria, processar-se por via empírica. As diversas situações relevantes são ministradas, caso a caso, aos sujeitos, funcionando, depois, em todas as conjunções similares. Pode-se, então, dizer que o Direito, embora dotado necessariamente do seu sistema interno, segue vias assistemáticas de reprodução. Uma segunda posição é, no entanto, viável e, porventura, mesmo preferível, a partir de certo estágio de evolução histórica: a da sistematização na aprendizagem ou na comunicação. Ou seja, na exteriorização do Direito, não se recorre já a uma técnica empírica ou puramente casuística: os estudiosos antes procuram fórmulas redutoras que permitam exprimir grandes categorias de casos, através da pesquisa e da ordenação do que, neles, haja de regular, de comum ou de diferente, em função da diferença. Por oposição ao interno, este sistema de comunicação e de aprendizagem recebe o nome de sistema externo ⁽¹¹⁹⁾.

IV. A ideia de sistema é, assim, a base de qualquer discurso científico, em Direito. A seu favor depõem aspectos como os da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática ⁽¹²⁰⁾, o da identificação das instituições com sistemas de

⁽¹¹⁹⁾ Cf. PHILIPP HECK, *Begriffsbildung* cit., 142-143.

⁽¹²⁰⁾ WERNER KRAWIETZ, *Rechtssystem und Rationalität in der juristischen Dogmatik*, em AARNIO/NIINILUOTO/UUSITALO, *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, RTh BH 2 (1981), 299-335 (318 e 327) e *Recht und Rationalität* cit., 737 ss..

acções e de interacções ⁽¹²¹⁾ ou do próprio Direito como um sistema de comunicações ⁽¹²²⁾, o do apoio sociológico da estruturação jurídica ⁽¹²³⁾, o do tipo de pensamento dos juristas ⁽¹²⁴⁾, etc.. Mas depõem, sobretudo, as considerações muito simples, acima efectuadas, sobre a própria existência do Direito e sobre a necessidade de, na sua comunicação, utilizar uma linguagem inteligível e redutora, sob pena de inabarcável complexidade. Ou seja: há um sistema interno e deve haver um externo.

V. A contrapartida entre o sistema interno e o externo deve-se a HECK e é um conhecido arrimo positivista. Ela permitia, na verdade, concluir pela irrelevância do segundo, que ficaria na disponibilidade do estudioso, afastando, desse modo, toda uma série de elementos do *jus positum*.

Há, hoje, elementos sobejos para se saber que não é assim: a contraposição entre os sistemas interno e externo deve ser superada.

O Direito pressupõe, na verdade, uma repetição de fenómenos normativos, enquanto acontecimentos dotados de dimensão social, independentes, em certos estádios evolutivos, da própria consciência gnoseológica que, deles, exista.

A objectivação assim permitida não pode, no entanto, fazer esquecer que o Direito é sempre um fenómeno cultural. A sua existência depende da criação humana e a sua estrutura advém

⁽¹²¹⁾ OTA WEINBERGER, *Ontologie, Hermeneutik und der Begriff des geltenden Rechts*, ARSP BH 27 (1986), 109-126 (155 ss.). A ideia remonta, sabidamente, a TALCOTT PARSONS; cf., deste, *The social system* (1964) e *Social systems and the evolution of action theory* (1977), entre outros escritos, bem como REINHARD DAMM, *Systemtheorie und Recht/ Zur Normentheorie Talcott Parsons* (1976), 50 ss..

⁽¹²²⁾ NIKLAS LUHMANN, *Die Codierung des Rechtssystems*, RTh 17 (1986), 171-203 (178).

⁽¹²³⁾ ALFRED BÜLLESBACH, *Systemtheoretische Ansätze und ihre Kritik*, cit., 236 ss., que, no entanto, formula críticas ao pensamento sistemático.

⁽¹²⁴⁾ AULIS AARNIO, *Denkweisen der Rechtswissenschaft* cit., 50 ss..

da adoção pelos elementos que compõem uma sociedade, de certas bitolas de comportamento.

O Direito — qualquer Direito — depende de uma aprendizagem, sofrida pelos membros da comunidade jurídica; tal como a própria Moral, há sempre um ministrar de códigos de conduta, do qual depende a subsistência e a reprodução dos dados normativos ⁽¹²⁵⁾.

Numa sociedade primitiva, de estruturação normativa simplificada, essa aprendizagem poderia ser ministrada de modo empírico, isto é, fazendo corresponder, em termos descritivos, às situações típicas da vida, determinadas consequências jurídicas. Atingido, porém, um determinado patamar de desenvolvimento social, a aprendizagem requer reduções dogmáticas, isto é, generalizações simplificativas que facultem a transmissão de conhecimentos crescentemente complexos. O fenómeno é perceptível, com clareza, no próprio Direito romano. O sistema externo, antes dispensável, adquire, em tais condições, um relevo crescente: só o seu manuseamento permite conhecer as conexões materiais internas do Direito. E deve-se ter presente que tais conexões, a serem desconhecidas, não integram a cultura nem são Direito.

VI. O sistema externo torna-se necessário e imprescindível. E quando isso suceda, ele vai bulir, de modo fatal e compreensível, com o próprio sistema interno. O universo das realidades jurídicas, nas suas previsões e nas suas consequências é, pela natureza cultural, logo espiritual ou imaterial, do Direito, um conjunto de possibilidades linguisticamente descritas, relativizadas mesmo à própria linguagem utilizada ⁽¹²⁶⁾. As cadeias linguísticas — mesmo quando não passem por estruturas materiais — vêm, afinal, a consubstanciar as conexões propriamente jurídicas: estas dependem daquelas, no seu conhecimento como na sua própria onticidade.

⁽¹²⁵⁾ Cf. *supra* nota 56.

⁽¹²⁶⁾ Cf. H. W. ERDTMANN, *Eine eigenständige Rechtssprache*, RTh 9 (1978), 177-200 (179) e JAN BROEKMAN, *Juristischer Diskurs und Rechtstheorie*, RTh 11 (1980), 17-46 (17), bem como a bibliografia referida *supra*, n.º 5, III.

A ordenação exterior, imprimida à realidade jurídica com puras preocupações de estudo e aprendizagem, vai moldar, em maior ou menor grau, seja as próprias proposições jurídicas, seja o pensamento geral de que vai depender a sua concretização ulterior.

Mas se o sistema externo interfere no interno, o inverso não é menos verdadeiro.

À partida, o sistema externo visa comunicar o interno, tornando-o acessível ao estudo e à aprendizagem. Ele nasce, pois, com uma preocupação de fidedignidade. As alterações evolutivas das conexões jurídicas materiais projectam-se nas exteriorizações do Direito, interferindo nelas de modo mais ou menos imediato.

VII. A concepção positivista da contraposição entre os sistemas interno e externo deve ser superada, através da sua síntese. Definitivamente interligadas, a lógica imanente do Direito e as proposições externas necessárias ao seu estudo e à sua aprendizagem constituem um todo que só em abordagens analíticas pode ser dissociado.

Por isso, quando se fala em sistema, no Direito, tem-se em mente uma ordenação de realidades jurídicas, tomadas nas suas conexões imanentes e nas suas fórmulas de exteriorização.

Por isso, também, pode antever-se o relevo profundo que a arrumação imprimida, pelo legislador, aos seus diplomas, assume em sede de soluções jurídico-materiais.

VIII. As críticas movidas, desde o segundo JHERING, ⁽¹²⁷⁾ ao pensamento conceptual, atingiram com gravidade a própria ideia de sistema e o pensamento sistemático. Num fenómeno que CANARIS explica e documenta com exaustão ⁽¹²⁸⁾, foram atin-

⁽¹²⁷⁾ Portanto RUDOLF VON JHERING depois de ter abandonado o esquema do método «histórico-natural» do início, a favor duma jurisprudência pragmática, tal como sucederia a partir do seu *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* ³ (1877; a 1.ª ed. é de 1864), 3.ª parte, 1.ª secção (= 4.º volume) §§ 59 e 60 (315 ss.).

⁽¹²⁸⁾ CANARIS, *Systemdenken* ² cit., 20 ss..

gidos, de então para cá, os fundamentos do pensamento científico jurídico, na base de puras confusões linguísticas: o sistema não é, necessariamente, axiomático, fechado, completo e dedutivo, antes comportando todas as operações que a moderna doutrina tem vindo a isolar. O pensamento sistemático em jogo é, em termos claros, muito diferente do inicial.

A rejeição do sistema surge como o coroar do irrealismo metodológico: na sua falta, as fontes tornam-se não-manuseáveis e as decisões irredutíveis, inexplicáveis e incontrolláveis.

Os progressos hermenêuticos alcançados, com relevo para a substantivação da linguagem, permitem, em definitivo, colocar a ideia de sistema na base do discurso científico.

10. A evolução do Direito e a sucessão de modelos sistemáticos; os modelos periférico, central e integrado

I. O Direito teve, desde sempre, o seu sistema interno: como foi visto, a assim não ser, as decisões, mais do que injustas, seriam imprevisíveis, tornando impossível, sequer, falar em Ciência e em Direito. O sistema externo, porém, só se tornou viável quando a Ciência do Direito atingiu um determinado nível de desenvolvimento.

A situação pode ser testada com clareza nas grandes compilações do Direito romano, em particular no Digesto. As soluções aí reunidas tinham uma lógica imanente: procurando tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença, elas atingiram uma adequação formal que assegura a actualidade de muitas delas até aos nossos dias. A arrumação exterior dessas soluções era, contudo, pré-sistemática: obedecendo aos acasos da História ou a puros juízos de oportunidade empírica, os fragmentos do Digesto, mesmo quando reportados aos mesmos temas, dispersam-se pelos seus cinquenta livros.

O Direito privado continental resulta de três recepções sucessivas do Direito romano: a recepção das universidades medievais, a partir de Bolonha, a recepção humanista, com tónica em França, no século XVI e a recepção pandectística, na Alemanha do século XIX.

Na recepção verifica-se que uma comunidade, independentemente de qualquer dominação política, económica ou social, adopta elementos jurídicos significativos próprios de outra, presente ou passada. Trata-se de um fenómeno cultural, incompreensível perante esquemas simplistas de dominantes ou determinantes económicas ⁽¹²⁹⁾. Uma transposição pura e simples de Direito, subjacente às ideias clássicas de recepção ⁽¹³⁰⁾, releva de um conceptualismo positivista que, do Direito, ofereça uma ideia de normas objectivadas. Ora o Direito é um modo social de existência, patente nos comportamentos de cada pessoa e na sua legitimação.

A essência da recepção é outra: ela repousa numa *difusão cultural* de certos elementos ou, se se quiser, na *aprendizagem* de uma determinada Ciência ⁽¹³¹⁾.

⁽¹²⁹⁾ Assim: a recepção tem sido ligada à ascensão da burguesia; mas ela faltou onde a burguesia tinha maior pujança, e apesar de todas as condições universitárias serem favoráveis: em Inglaterra; ela tem sido associada à centralização monárquica; mas atingiu o máximo onde tal centralização não ocorreu: na Alemanha; ela surge conectada à ideia política do Império; mas operou em áreas onde tal ideia sempre foi repudiada, como na Península. Em compensação, parece clara a sua ligação à Igreja; mas não por razões religiosas, já que o Direito Romano é laico: joga o poder cultural da Igreja.

⁽¹³⁰⁾ Cf., p. ex., HERMANN CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II² (1966) 339.

⁽¹³¹⁾ Este entendimento da recepção, fundamental para tornar compreensível a actual configuração do Direito Civil português — pense-se, por exemplo, na recepção do Direito alemão em Portugal, a partir de 1900 — deve-se, em particular, a FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ² (1967), § 7.º (124 ss.) = trad. portuguesa (1981), 129 ss., 134 ss., 250 e 272. Em certas zonas, seria possível destriçar uma recepção teórica e uma recepção prática — cf. GERHARD WESENBERG/GÜNTER WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* (1976), 76: a primeira exprimiria um acto formal de recepção, que determinaria, *iure imperii*, uma adopção jurídica; a segunda, pelo contrário, corresponderia a uma efectiva assunção de certo Direito, por uma comunidade jurídica. Ora apenas esta última releva, sendo certo que a primeira, quando ocorra, mais não visa do que dar cobertura a um fenómeno cultural já verificado — cf. HANS PLANITZ/ AUGUST ECKHART, *Deutsche Rechtsgeschichte* (1961), 133 e PETER BENDER, *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft* (1979), 29 — embora, naturalmente, o venha reforçar — HERMANN KRAUSE, *Kaiserrecht und Rezeption* (1952), 86 e HEINRICH MITTEIS/ HEINZ LIEBERICH, *Deutsche Rechtsgeschichte* ¹⁶ (1981),

Uma Ciência é a obra dos seus cultores. O Direito não constitui excepção. A recepção prende-se, pois, sempre com o nível de aprendizagem dos juristas ⁽¹³²⁾. Há largos séculos que a Ciência do Direito tem uma prerrogativa única: é concretizada e aplicada, praticamente, apenas por especialistas formados em universidades.

Tudo isto permite entender como, nas recepções sucessivas, sob um aparente imobilismo dos textos romanos, o Direito ia sendo modificado com recurso às alterações introduzidas no sistema externo.

A teoria evolutiva dos sistemas pretende explicar o progresso do Direito civil continental na base de uma sucessão de modelos sistemáticos externos. O relevo do pensamento sistemático pode, assim, ser testado, revelando as suas dimensões.

II. A Ciência Jurídica europeia nasceu com a primeira recepção do Direito Romano, levada a cabo nas Universidades medievais, a partir do século XII. Glosas e comentários permitiram a sua implantação numa sociedade muito diferente daquela para que ele fora, no início, pensado ⁽¹³³⁾.

A passagem do tempo actua, porém, nas realidades humanas, não sendo, o Direito, excepção.

No termo da Idade Média, a Ciência jurídica da primeira recepção encontrou dificuldades. Os textos justinianeus vinham

296. A concepção de WIEACKER está hoje consagrada; cf. H. SCHLOSSER, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte* ³ (1979), 3-4. No mesmo sentido e independentemente de WIEACKER, vide MARTIM DE ALBUQUERQUE/ RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português* I cit., 278 ss., especialmente, 281 ss..

⁽¹³²⁾ Além dos autores e obras cit. na nota anterior, cf. HELMUT COING, *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main/ Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte* (1939), 152 e *Römisches Recht in Deutschland*, IRMAE, V, 6 (1964), §§ 12 e 26 (36 ss. e 86 ss.).

⁽¹³³⁾ A recepção medieval do Direito romano — ou primeira recepção — foi precedida pela difusão do Direito canónico — em si, já muito romanizado — que muito a facilitou. Fala-se, para designar o fenómeno, em «pré-recepção»; cf. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* ² cit., 116 ss. = trad. port., 121, COING, *Römisches Recht in Deutschland* cit., 19-20 e WESENBERG/ WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte* cit., 21-22.

acompanhados de largo material que dificultava o ensino do Direito e inviabilizava a inovação.

O problema — que não era especificamente jurídico — veio a ser removido pelo Renascimento que, no Direito, assumiu a feição de humanismo jurídico ⁽¹³⁴⁾.

Sendo um fenómeno complexo ⁽¹³⁵⁾, pode, no entanto, intentar-se uma clarificação do humanismo nalgumas proposições: — o Homem apresenta-se como centro do Universo, sendo a Antiguidade um modelo a seguir ⁽¹³⁶⁾; — a linguística e a crítica da linguagem adquirem um estatuto importante ⁽¹³⁷⁾; trata-se de um aspecto directamente relevante para o estudo das fontes ⁽¹³⁸⁾; — a Filosofia redescobre PLATÃO e o estoicismo ⁽¹³⁹⁾.

No domínio jurídico, o Humanismo promoveu a colocação histórica dos problemas. Mas não procurou — nem poderia fazê-lo — um puro regresso ao Direito romano clássico. Houve, no essencial, uma renovação pedagógica e metodológica, mais do que alterações no fundo das velhas soluções românicas. Ao ensino da escolástica anterior, considerado memorizador e estereotipado, tentou contrapor-se um estudo dirigido para ideias perpétuas de validade geral.

O Direito Romano ficara sedimentado no *Corpus Iuris Civilis*, principalmente nos *Digesta*. Apesar da lógica interna que o informava, o *Corpus Iuris Civilis*, repositório de proposições pru-

⁽¹³⁴⁾ Prefere-se essa fórmula para exprimir as relações entre o Humanismo e o Renascimento, embora haja outras ordenações possíveis; cf. FRANCESCO CALASSO, *Medio evo del diritto*, 1 — *Le fonti* (1954), 601, DOMENICO MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* (1968, reimpr.), 20-21 e KARL PAUL HASSE, *Die italienische Renaissance/ Ein Grundriss der Geschichte ihre Kultur* (1925), 31.

⁽¹³⁵⁾ Cf. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI* (1964), 25, 27-28, 31 e 59.

⁽¹³⁶⁾ JAKOB BURCKHARDT, *Die Kultur der Renaissance in Italien* (1928), 131 e ss. e ALFRED MANIGK, *Savigny und die Kritik der Rezeption*, SZRom 61 (1941), 187-229 (207).

⁽¹³⁷⁾ DOMENICO MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico* cit., 151.

⁽¹³⁸⁾ Data dessa época a pesquisa das interpolações no *Corpus Iuris Civilis*; cf. LUIGI PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giustiniano* (1953), 26 e 44-45.

⁽¹³⁹⁾ HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* ³ (1976), 28 e K. P. HASSE, *Die italienische Renaissance* cit., 141.

denciais e tópicas, apresentava-se em moldes caracterizados pela ausência de ordenação. Essa situação, que glosadores e comentaristas eram levados a acompanhar, dado o método seguido, tornava difícil o manuseio das fontes e possibilitava, nestas, repetições, lacunas e contradições.

O grande problema enfrentado — e, de algum modo, solucionado — pelos humanistas, residiu justamente na busca de uma ordem de exposição para o Direito civil, portanto, dum *sistema externo*. As tentativas mais conseguidas devem-se a CUIACIUS (1522-1590) ⁽¹⁴⁰⁾ e a DONELLUS (1527-1591) ⁽¹⁴¹⁾, protagonistas do *mos gallicus* ou jurisprudência elegante ⁽¹⁴²⁾.

Os jurisperitos humanistas aceitaram o Direito romano, tal como podiam conhecê-lo, como elemento pré-dado: constituía uma base histórico-cultural de toda a elaboração posterior. Intentaram, no entanto, dar-lhe uma ordem exterior.

As matérias, em vez de aparecerem ao acaso das massas de fragmentos dos *Digesta*, são ordenadas em função de certos factores de similitude exterior: equivalências linguísticas, proximidades do objecto, etc.. As aproximações periféricas tornam-se dominantes.

A tentativa é empírica, mas surge eficaz: o Direito assume, pela primeira vez, uma ordenação ou, nesse sentido, um sistema externo: é a *primeira sistemática* ou *sistemática periférica*.

Mais assimilável e melhor adaptado à realidade da época, que implicava, pelo desenvolvimento económico-social, um número sempre crescente de instâncias de decisão, o *Ius Romanum* conheceu uma nova e eficaz recepção.

⁽¹⁴⁰⁾ Confrontou-se a obra JACOBI CUJACII, *Ig. Tolosatis Opera ad Parisensem fabrotianam editionem diligentissime exacta XIII Tomos* (ed. publ. a partir de 1836).

⁽¹⁴¹⁾ Confrontou-se a obra HUGONIS DONELLI, *Opera omnia* (12 volumes), *Commentatorium de jure civile cum notis OSVALDI HILLIGERI* (ed. publ. a partir de 1840).

⁽¹⁴²⁾ Verifica-se, assim, que embora o Humanismo seja originário de Itália, ele daria frutos jurídicos mais sensíveis em França; em Itália, haveria uma regressão motivada pelo peso do escolasticismo anterior que manteve o método tradicional conhecido, por isso, como *mos italicus*.

III. O Humanismo alcançou a primeira sistemática, de tipo empírico e periférico. Faltava-lhe um vigoroso discurso teórico que, transcendendo as contingências dos contactos superficiais entre temas jurídicos, dispersos nas fontes, facultasse um verdadeiro sistema externo de Direito.

Esse discurso seria atingido e projectado por DESCARTES (1596-1650) ⁽¹⁴³⁾, cujas regras de progressão científica estão na base das Ciências Modernas ⁽¹⁴⁴⁾. Transposto para as Ciências Humanas por HOBBS (1588-1679) ⁽¹⁴⁵⁾, o cartesianismo daria lugar a uma sistematização de tipo muito diferenciado.

Em termos metodológicos, o pensamento cartesiano seguia um processo totalmente inverso do preconizado pela Escolástica como pelo Humanismo. Os elementos histórico-culturais não eram aceites como pré-dados. As desconexões daí derivadas opunham-se, em irredutível antinomia, ao *cogito*, válido pela clareza da sua asserção. Todo o edifício das Ciências Humanas assentaria, na nova visão, nalguns quantos postulados, dos quais, por dedução, seria possível retirar os demais elementos. Na leitura de HOBBS, elementos variados como a sociedade, o Estado e o poder articulam-se mercê de postulados básicos tais como: a aspiração à sobrevivência dos homens, a guerra como estado natural reinante entre eles, a insegurança provocada, a necessidade de a solucionar com recurso ao Estado e à sociedade, a privação da liberdade assim ocasionada, etc..

O pensamento existencial de HOBBS teve como contraponto o jusnaturalismo ideal de GRÓCIO (1583-1645). Deve-se, a este, um esquema de Direito natural caracterizado por ilacções matemáticas, elaboradas a partir de princípios apriorísticos fixados

⁽¹⁴³⁾ Em especial, RENÉ DESCARTES, *Discours de la méthode* (1637).

⁽¹⁴⁴⁾ Cf. TALCOT PARSONS, *Social systems* cit., 155 ss..

⁽¹⁴⁵⁾ THOMAS HOBBS, *De cive* (1642), *De homine* (1658) e *Leviathan or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiasticall and civil* (1651). A conexão DESCARTES/ Jusracionalismo, feita através de HOBBS, deve-se a genial intuição de WIEACKER, na 1. ed. da *Privatrechtsgeschichte* (1952), 150, tendo sido, depois, investigada por MALTE DIESELHORST, *Ursprünge des modernen Systemdenkens bei Hobbes* (1968).

pela razão e caracterizadas pela universalidade e pela imutabilidade (146).

Nestas condições, seria possível elaborar um esquema jurídico inverso do da sistemática periférica: em vez de se assentar em elementos pré-elaborados e intentar a sua ordenação, escolher-se-iam uns quantos princípios nucleares; destes, por dedução, seria depois retirada toda a sequência. Houve uma significativa confluência metodológica de fracções aparentemente diversas, num claro sinal dos tempos.

A sistemática assim possibilitada é *central*, por oposição à periférica. Respeitando as precedências e inserções históricas, pode falar-se, a seu propósito, *em segunda sistemática ou sistemática jusracionalista*.

As grandes construções, sabiamente concatenadas, encontram, no Direito, particulares dificuldades: a natureza histórico-cultural das realidades jurídicas desafia, por vezes, as tentativas de redução lógica. Quando isso suceda — e tem sucedido sempre, pelo menos no actual estado de limitação dos conhecimentos humanos — verifica-se uma inoperacionalidade das construções em causa para reduzir a realidade do Direito. Esta, sempre necessária em sociedade, terá de prosseguir o seu caminho sem o amparo das construções oferecidas.

O jusracionalismo estaria, a essa luz, destinado ao fracasso: a pretensão de intuição racionalista da coisa social e de dedução logicista subsequente desconhece, por definição assumida, toda a riqueza histórico-cultural pré-dada, que não se pode escamotear.

Outro foi, porém, o caminho seguido pelos jusracionalistas. Abdicando duma sequência perfeita no seu modo de pensar, e

(146) HUGO GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), como obra mais conhecida; esta obra teve como antecedente o *De iure praedae commentarius* (1604) o qual derivou, por seu turno, do *Parallelon rerum publicarum liber tertius* (1601 ou 1602), quase despercebido, até à publicação parcial feita por W. FIKENT-SCHER, *De fide perfidia/ der Treuedanken in den «Staatsparallelen» des Hugo Grotius aus heutiger Sicht* (1979). Cf., quanto ao jusnaturalismo grociano, entre a muita literatura existente, HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* 4 (1962), 124 ss..

graças a autores como PUFENDORF (1632-1694) ⁽¹⁴⁷⁾, o jusracionalismo soube fazer uma captação subtil de realidades culturais subjacentes: os desenvolvimentos lógicos eram apoiados no Direito Romano. Trata-se duma orientação desenvolvida, depois, por DOMAT (1625-1696) ⁽¹⁴⁸⁾ e POTHIER (1699-1772) ⁽¹⁴⁹⁾, de grande influxo posterior e que, colocando-se numa certa sequência com os jurisprudentes elegantes, recordam que as ideias humanas avançam num *continuum* histórico.

IV. O pandectismo exprime, terminologicamente, o pensamento jurídico assente nos *Digesta*. O monumento de IUSTINIANUS tem comportado, contudo, ao longo da História, uma utilização diversificada. A segunda sistemática deu-lhe um particular relevo, intensificando a sua utilização no que ficaria conhecido como *usus modernus pandectarum* (século XVIII): o *Ius Romanum* relevaria na medida em que se mostrasse adaptado às necessidades da época.

No entanto, o pandectismo, agora em causa, reporta-se a outro período histórico: o da doutrina geral do Direito civil, iniciada por SAVIGNY e desenvolvida a partir da Alemanha, nos princípios do século XIX.

Na linha do criticismo jusracionalista anterior, SAVIGNY fixaria os particulares quadros da escola histórica ⁽¹⁵⁰⁾. O Direito é, na verdade, apresentado como produto dum permanente devir: mas mais do que o evolucionismo, deve entender-se que

⁽¹⁴⁷⁾ SAMUEL PUFENDORF, *De jure naturae et gentium libri octo* (1688), como obra mais divulgada e representativa.

⁽¹⁴⁸⁾ JEAN DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689-1694).

⁽¹⁴⁹⁾ R.-J. POTHIER, em especial nas *Pandectae* e no *Traité des Obligations*; a obra de POTHIER alarga-se por dezenas de tratados; existe uma recolha, *Oeuvres de Pothier*, em 32 volumes.

⁽¹⁵⁰⁾ Em especial: LARENZ, *Methodenlehre* ⁵ cit., 11 ss., FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts* cit., III — *Mitteleuropäischer Rechtskreis* (1976), 37 ss., WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* ² cit., 384 ss., COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* ³ cit., 41 ss. e WALTER WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert* (1958), 62 ss.; entre nós, CASTANHEIRA NEVES, *Escola histórica do Direito*, Enc. Pólis 2 (1984), 1046-1062 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução e Teoria Geral* ⁴ (1987), 154 ss..

SAVIGNY, ao colocar o Direito ao abrigo de iniciativas arbitrárias dos legisladores, estabeleceu, nele, as bases para uma verdadeira reflexão científica ⁽¹⁵¹⁾.

O Direito corresponderia ao «espírito do povo»; SAVIGNY, no entanto, reconduzia tal «espírito» ao Direito Romano ⁽¹⁵²⁾, evitando, com isso, o naufragar de toda a sua construção, por total impraticabilidade.

À natureza histórica do Direito junta SAVIGNY uma outra e importante característica: o ser uma «Ciência filosófica», devendo «... na sua conexão interior, produzir uma unidade» ⁽¹⁵³⁾. Apela-se, pois, e de modo expresso, à necessidade de um sistema.

Nenhum destes aspectos foi, tomado em si, original. O Humanismo já havia proclamado a essência histórica do Direito, desenvolvendo esforços para valorizar essa dimensão. Por seu turno, as necessidades de construção sistemática, exigência clara do cartesianismo, foram implantadas e desenvolvidas pelo jusracionalismo. A originalidade savignyana analisa-se na síntese desses dois aspectos: a natureza histórico-cultural do Direito deve articular-se com um adequado sistema de exposição. Nasce, assim, a *terceira sistemática* ou *sistemática integrada*.

V. O pandectismo aceita o Direito periférico — perante o conjunto de factores que, nos diversos problemas concretos e a

⁽¹⁵¹⁾ Cf. FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), 8; nesse ponto, p. ex., FRANZ WIEACKER, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule* (1967), 5.

⁽¹⁵²⁾ SAVIGNY, *Vom Beruf* cit., 118. O «espírito do povo» designava, pois, a cultura, reduzindo-se, nessa medida, ao *Ius Romanum*. Cf. HERMANN KANTOROWICZ, *Volkgeist und historische Rechtsschule*, HZ 108 (1912), 295-315 (299), ERICH SACHERS, *Die historische Schule Savignys' und das römische Recht*, em *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano*, Bolonha II (1937), 217-250 (234 ss.), KARL-AUGUST WOLFF, *Kritik der Volksgeistlehre v. Savignys* (1937), 7, HANS THIEME, *Savigny und das deutsche Recht*, SZGerm 80 (1963), 1-26 (9) e PIO CARONI, *Savigny und die Kodifikation (Versuch einer Neudeutung des «Berufs»)*, SZGerm 86 (1969), 97-176 (163).

⁽¹⁵³⁾ Esta e outras importantes considerações contêm-se em SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, 1802-1803, na redacção de JAKOB GRIMM publ. por G. WESENBERG (1952); cf. ai, 14. Trata-se dum escrito que tem merecido a maior atenção dos juscientistas actuais — cf. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* ² cit., 386, LARENZ, *Methodenlehre* ⁵ cit., 11-17 e FRITZ SCHWARZ, *Was bedeutet Savigny heute?* AcP 161 (1962), 481-499 (484-489).

esse nível, promovam soluções aplicáveis e aplicadas — como irrecusável herança histórico-cultural. Trata-se de um complexo pré-dado. Não abdica, contudo, de uma reelaboração científica do material recebido, ordenando-a em função de pontos de vista unitários. Tal ordenação tem relevo: aproximando e cotejando determinadas matérias, surgem lacunas, repetições e contradições que podem ser corrigidas; além disso, os princípios nucleares não são inócuos, repercutindo-se nas soluções periféricas. Estas, por seu turno, não deixam de agir na própria escolha e concatenação dos princípios centrais. Dá-se toda uma interacção centro-periferia, de dois sentidos, que sugere a perfeita síntese dos momentos históricos anteriores: as experiências puramente empíricas e periféricas do Humanismo e as tentativas centrais e racionais do Jusracionalismo são integradas.

O sistema do pandectismo traduz a conquista acabada de um esforço secular de aperfeiçoamento juscientífico. Sob o seu manto ocorreu, no século XIX, uma última e decisiva recepção do *Ius Romanum*, que cristalizaria no Código Civil alemão de 1896. A difusão deste Código asseguraria, ao longo do século XIX, um retorno a muitas soluções românicas.

11. Modelos sistemáticos e codificações civis

I. A relevância substantiva do sistema — ou dos diversos modelos sistemáticos — pode ser comprovada através dos seus reflexos nas codificações civis.

A codificação não se confunde com uma compilação. Uma compilação implica sempre um conjunto de fontes, submetido a determinada ordenação. Pode ser envolvente e, teoricamente, mesmo total, surgindo acompanhada da expressa menção da revogação de todas as fontes nela não incluídas⁽¹⁵⁴⁾: nem por isso ela se confunde com uma codificação.

(154) Quanto às compilações romanas, vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano I*⁴ (1987), 441 ss. e quanto às Ordenações do Reino, vide MARTIM DE ALBUQUERQUE/ RUY DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, 2.º vol., 1.º tom., 31 ss..

A codificação corresponde a uma estruturação juscientífica de certas fontes ⁽¹⁵⁵⁾. Pode dar-se um passo: a codificação implica a sujeição das fontes ao pensamento sistemático; joga-se, nela, uma consciência mais ou menos assumida do relevo da linguagem e da dimensão estruturante do todo, na cultura. A codificação torna-se possível apenas com a obtenção de um certo estágio de desenvolvimento da Ciência do Direito. A tarefa é morosa e muito complexa: o nível necessário só foi atingido em França, nos finais do século XVIII. Acrescente-se ainda que não basta, para uma codificação, a obtenção de particulares resultados juscientíficos. No Direito, jogam-se sempre amplas dimensões culturais, pelo que uma codificação requer ainda circunstâncias políticas e universitárias favoráveis ⁽¹⁵⁶⁾.

II. A primeira codificação no sentido próprio do termo — portanto com o alcance e as implicações juscientíficas que acima ficaram expressas — é a francesa, de 1804, ou Código Napoleão. O *Allgemeines Landrecht* prussiano, de 1794, tinha já traços típicos de uma codificação; por carências várias, designadamente a nível de síntese, não pode, contudo, considerar-se uma verdadeira codificação.

O Código Napoleão é fruto da segunda sistemática. Foi elaborado na linha de todo um trabalho levado a cabo nos séculos XVII e XVIII e que permitiu o conhecimento e o redimensionar do material jurídico românico. O papel fundamental nesse domínio foi o de DOMAT e POTHIER, com raízes nos jurisperitos elegantes, CUIACIUS e DONELLUS. Ponderadas as obras destes autores, pode considerar-se que, nos finais do século XVIII, a Ciência do Direito ultrapassara largamente a ordem jurídica positivo-formal. O esforço reformador de Napoleão permitiu acerrar a distância.

⁽¹⁵⁵⁾ Em especial, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito* 4 cit., 293 ss..

⁽¹⁵⁶⁾ A inexistência de tais condições explica a relativa morosidade da codificação germânica e o ritmo das codificações tardias.

Nos séculos XVII e XVIII, a doutrina francesa procurou enfrentar e resolver três problemas fundamentais ⁽¹⁵⁷⁾:

- a unificação das fontes;
- a busca de uma sistemática racional;
- a adaptação dos institutos a novas realidades.

A *unificação das fontes* era um problema particularmente grave em França, dividida numa zona norte, de costumes — ainda que redigidos em termos romanizados — e numa zona sul, de Direito escrito — o *Corpus Iuris Civilis*. Mas para além disso, havia toda uma situação complexa gerada pela existência das compilações justinianeias, de inúmeras leis nacionais, do Direito canónico e de vários costumes e praxes jurisdicionais.

A busca de uma *sistemática racional* correspondia à necessidade de encontrar uma ordem para a compreensão e a aprendizagem do Direito ou, se se quiser, de aprontar um sistema externo que superasse as meras ordenações periféricas levadas a cabo pelos jurisperitos elegantes. Parecendo, hoje, uma tarefa fácil, a sistematização racional levantava, então, dificuldades praticamente insolúveis ⁽¹⁵⁸⁾. Apenas uma actividade aturada, durante o longo período da pré-codificação, possibilitaria perspectivas novas.

A *adaptação dos institutos* a novas realidades tem-se prestado a equívocos que, por desvirtuarem a essência das codificações civis, cabe esclarecer. O Código Napoleão é, com frequência, assimilado a um diploma cheio de intenções perante a Revolução liberal e a burguesia industrial que se anunciava ⁽¹⁵⁹⁾. Há muito se proclama o simplismo desta orientação ⁽¹⁶⁰⁾: a pri-

⁽¹⁵⁷⁾ Ests questões constam do trabalho de A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français* (1969), sendo aqui proposta uma sua adaptação.

⁽¹⁵⁸⁾ Cf. HANS THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte* (1947), 25, GIOVANNI TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII/Corso di Filosofia del Diritto*³ (1974), 21-22 e 57 ss. e ARNAUD, *Les origines doctrinales* cit., 7.

⁽¹⁵⁹⁾ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Para uma teoria da relação jurídica civil*² (1981), I, 32 ss..

⁽¹⁶⁰⁾ Cf. HERMANN CONRAD, *Code Civil und historische Rechtsschule*, em *Deutschland-Frankreich II* (1943), 59-69 (59) e ESMEIN, *L'originalité de Code Civil*, em *Le livre du centenaire*, 1. vol. (1904), 5.

meira codificação traduz o ponto de chegada de uma evolução complexa, iniciada com os comentaristas, renovada pelo humanismo e pela primeira sistemática e inflectida pelo jusracionalismo. Entre a doutrina pré-revolucionária e o Código não há quebras ou, sequer, evoluções significativas; pelo contrário: o Código Napoleão pôs cobro às múltiplas inovações introduzidas durante o período revolucionário, adoptando soluções anteriores ⁽¹⁶¹⁾. A adaptação dos institutos a novas realidades, aquando da efectivação de uma codificação civil, tem, pois, outro alcance: trata-se de generalizar segmentos já aproveitados e comprovados sectorialmente, de consagrar inovações preconizadas há muito pela doutrina, de limar arestas em esquemas há muito conhecidos ou de irradiar fórmulas consideradas, de modo pacífico, como inúteis.

A primeira codificação tem permitido um exame dos conditionalismos ambientais que permitem a feitura dos grandes códigos, que moldam o Direito civil actual.

Como factor primordial, têm sido apontadas as necessidades político-sociais de simplificação ⁽¹⁶²⁾, sensíveis em épocas históricas de reconstrução ou de progresso. Tal simplificação postula a introdução de esquemas de tipo económico nas proposições jurídicas, de modo a tornar os circuitos do Direito acessíveis aos não-juristas. Além disso, ela implica uma efectiva e já referida revogação das regras anteriores — quando não, assistir-se-ia a uma mera compilação — e, ainda, uma condensação nos conteúdos normativos: institutos que traduzam pequenas variações são suprimidos a favor de tipos unitários que a todos abrangem, enquanto as figuras de utilização menos frequente são abolidas.

⁽¹⁶¹⁾ O Código Napoleão foi obra de quatro juristas de prestígio e qualidade: PORTALIS (1745-1807), TRONCHET (1726-1806), MALEVILLE (1741-1821) e BIGOT-PRÉAMENEU (1747-1825); todos eles foram, aliás, alvo de perseguições no período revolucionário, como informa ARNAUD, *Les origines doctrinales* cit., 23 ss.. O próprio NAPOLEÃO teve um papel pessoal importante no dinamizar dos trabalhos, assegurando uma conclusão rápida da tarefa. As várias peripécias que acompanharam a elaboração do Código Napoleão podem ser confrontadas em SAVATIER, *L'art de faire les lois/ Bonaparte et le Code civil* (1927).

⁽¹⁶²⁾ GIOVANNI TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII* cit., 27.

Os grandes pilares de fundo do Código Napoleão residiriam nos seus artigos 544 e 1134/1, assim concebidos:

«A propriedade é o direito de gozar e de dispor dos bens da forma mais absoluta, desde que não se faça deles um uso proibido pelas leis e pelos regulamentos».

e

«As convenções legalmente formadas valem como leis para aqueles que as fizeram...»

Trata-se, contudo, de regras que tiveram o simples mérito de proclamar com clareza aquilo que já era bem conhecido no Direito anterior. A propriedade remonta ao Direito romano; o facto de se lhe reconhecerem, à partida, limites, denota bem uma preocupação moderadora. O relevo dos contratos ou, mais precisamente, da autonomia privada era, por seu turno, sublinhado já em fases antecedentes⁽¹⁶³⁾. O essencial das inovações integradas num novo estádio político-social cifraram-se, tudo visto, em supressões, como a das antigas corporações⁽¹⁶⁴⁾: a abertura do Direito privado, assente na ausência de regulações, facultou, por si, como já foi referido⁽¹⁶⁵⁾, uma melhor actuação dos níveis económicos no plano privado.

Na linha dos parâmetros gerais que sempre justificam uma codificação, o Código Napoleão veio ainda acusar, de modo marcado, o influxo jusnaturalista. Na verdade, o Código em causa apresenta-se como um produto terminal da segunda sistemática, possibilitado embora por exprimir, a vários níveis, a realidade cultural românica.

(163) DIETER GRIMM, *Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit/Eine vergleichende Skizze em La formazione storica del diritto europeo* (1977), 1245 e HARALD STEINDL, *Überlegungen zum Verhältnis von Privatrecht, Gewerbefreiheit und Industrialisierung*, IC 15 (1981) 76-107 (79).

(164) HARALD STEINDL, *Zur Genese des Privatrechts als «allgemeines Wirtschaftsrecht»*, FG Coing (1982), 349-386 (352-353).

(165) HARALD STEINDL, *Zur Genese des Privatrechts* cit., 364.

A presença da sistemática central no tecido napoleónico apresenta-se clara se se tiver em conta a sua sistematização. O Código Napoleão reparte-se, com efeito, por três livros:

- livro I — Das pessoas
- livro II — Dos bens e das diversas modificações da propriedade
- livro III — Das diferentes formas por que se adquire a propriedade.

No *livro I* trata-se da matéria referente à posição jurídica do indivíduo e de situações jurídicas familiares; no *livro II*, surgem as coisas, a propriedade e outros direitos reais; no *livro III* são versadas as sucessões, doações, contratos em geral, casamento e regimes matrimoniais, contratos em especial, hipotecas e prescrição.

Toda a matéria se desenvolve, pois, a partir de ideias centrais simples e claras: a *pessoa*, enquanto indivíduo, carece de *bens* que *movimenta*, para sobreviver e se expandir. A aplicação destes postulados, por não atentar suficientemente nos elementos pré-sistemáticos que a cultura e a história sempre comportam, mostra-se pouco apta, perante os regimes em jogo, como a evolução acabaria por demonstrar.

Bem elaborado, o Código Napoleão surgiu como um monumento legislativo de primeira grandeza. Assim, ele impôs-se para além das suas fronteiras naturais, seja pela força das armas napoleónicas, seja por livre adopção — portanto, num fenómeno de recepção — dos interessados.

Nuns casos, ele foi simplesmente traduzido e posto em vigor: assim sucedeu na Renânia, onde uma versão alemã do *Code* vigorou até ao advento do BGB⁽¹⁶⁶⁾. Noutros, ele serviu de modelo inspirador a Códigos dotados de grau variável de ori-

(166) Surgiu, assim, uma rica literatura alemã, elaborada sobre o Código Francês, com relevo para ZACHARIÄ VON LINGENTHAL/CARL CROME, *Handbuch des Französischen Civilrechts* 8, 4 vols. (1894).

ginalidade ⁽¹⁶⁷⁾, com exemplo claro no Código Civil de Seabra, de 1865.

Mais importante, porventura, do que o influxo na configuração formal das fontes foi a divulgação de um certo *estilo* juscientífico, promovida pelo Código Napoleão.

III. A influência dominadora, científica e cultural, do Código Civil francês esmoreceria perante o aparecimento, nos finais do século XIX, de uma nova codificação, assente em dados científicos mais perfeitos e avançados: o Código Civil alemão. Este merece, a título pleno, a designação de «segunda codificação».

O Código Civil alemão corresponde ao ponto terminal da intensa actividade juscientífica do pandectismo, que se prolongou por todo o século XIX. Na base de um estudo aturado do Direito comum — o Direito romano, com determinadas adaptações e em certa leitura — os pandectistas foram levados a confeccionar todo um sistema civil: as proposições jurídicas singulares, os institutos, os princípios e a ordenação sistemática sofreram remodelações profundas, aperfeiçoando-se, evitando contradições e desarmonias e multiplicando o seu tecido regulativo de modo a colmatar lacunas.

A Ciência Jurídica alemã servida, para mais, por uma língua rica e muito analítica e num ambiente de grande aprofundamento das Ciências humanas e de intenso pensamento filosófico, depressa ultrapassou as suas congéneras. A doutrina francesa, designadamente, presa a uma exegese intensa do texto napoleónico, não cessou de perder terreno, até aos nossos dias ⁽¹⁶⁸⁾.

IV. A segunda codificação tem, subjacente, as estruturas científicas da terceira sistemática. O pandectismo do século XIX aceitou expressamente o Direito romano como elemento pré-dado, elaborado pela História e pela cultura e património insubstituível dos povos. Os elementos assim obtidos eram, no entanto, elabo-

⁽¹⁶⁷⁾ Cf., em especial, ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* ² — I *Grundlagen* (1984), § 8 (133 ss.) e WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte* ² cit., 346 ss..

⁽¹⁶⁸⁾ Cf., quanto às fraquezas da doutrina francesa, designadamente no campo metodológico, MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé* cit., I vol., 252.

rados e sistematizados em função de pontos de vista unitários: conseguia-se, deste modo, a determinação de disfunções, incongruências e incompleituras, facultando a sua correcção. Os pontos de vista unitários que presidiam à ordenação da matéria não se obtinham em termos de escolha arbitrária: os próprios dados periféricos, uma vez concatenados, propiciavam a determinação desses pontos. E a concluir a integração sistemática, recorde-se que os próprios princípios se revelam criativos: por um lado, não há ordenações inócuas; por outro, cabe recorrer aos princípios quando, na periferia, se apurem lacunas irreduzíveis.

As preocupações imediatamente ideológicas — patentes no Código Napoleão e, em geral, nas codificações de inspiração liberal — desaparecem da Ciência do Direito, a favor de considerações de predomínio técnico.

Para além de corresponder a um elevado desenvolvimento técnico-científico da doutrina que o antecedeu, o Código Civil alemão foi originado por particulares condicionalismos extrínsecos, que explicaram, em certa medida, o seu aparecimento relativamente tardio. Em 1814, sob o entusiasmo provocado pela codificação napoleónica, THIBAUT preconizou a efectivação de um Código alemão ⁽¹⁶⁹⁾; mas logo se lhe opôs o próprio SAVIGNY, em nome da natureza cultural do Direito ⁽¹⁷⁰⁾. Às dúvidas científicas vieram somar-se problemas políticos: a unidade alemã só lentamente se ia afirmando, dela dependendo uma codificação eficaz. Os trabalhos codificadores teriam, assim, o seu início depois da proclamação, por BISMARCK, do 2.º Império alemão ⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* (1814).

⁽¹⁷⁰⁾ SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit* cit.; estes escritos podem ser confrontados em *Thibaut und Savigny/Ihre programmatischen Schriften*, publ. HANS HATTENHAUER (1973). A projecção posterior deste debate pode ser aferida em FELIX VIERHAUS, *Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich* (1888), 9 ss. e LEHNSEN, *Was ist am Bürgerlichen Gesetzbuch deutschen Ursprung?* (1933), 13 ss..

⁽¹⁷¹⁾ Cf. GOLDSCHMIDT, *Die Codification des Deutschen bürgerlichen und Handels-Rechts*, ZHR 20 (1874), 134-171 (134 ss.), HANS-PETER BENÖHR, *Die Grundlage des BGB — Das Gutachten der Vorkommission von 1874*, JuS 1977, 79-82 (79 ss.) e HELLMUT GEORG ISELE, *Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch*, AcP 150 (1949), 1-27 (1).

Iniciados os trabalhos, vieram estes a prolongar-se por vinte e três anos de labor sério e intenso (172): houve, aqui, um vivo contraste com a rapidez que presidiu à elaboração do Código Napoleão. A comissão foi dominada pela figura de BERNHARD WINDSCHEID que presidiu numa primeira fase e que foi, na sua ausência, sempre representado pelas suas *Pandekten* (173).

Como qualquer codificação, o BGB traduz «uma recolha do já existente e não uma criação de novidades» (174); sintetiza a Ciência jurídica do século XIX, no que ela tinha de mais evoluído (175).

Na linha do pandectismo oitocentista, o BGB apresenta uma sistematização em cinco livros: Parte geral; Direito das relações obrigacionais; Direito das coisas; Direito da família; Direito das sucessões.

Trata-se da chamada classificação germânica do Direito Civil.

O BGB, apesar de escrito, por vezes, numa linguagem complicada — mas, em compensação muito precisa — teve uma grande influência (176): as dificuldades linguísticas foram compensadas pelo enorme interesse técnico do diploma.

Também aqui, o essencial residia, no entanto, na Ciência do Direito que lhe estava subjacente: esta pôde enfrentar, com êxito, os dois grandes desafios que lhe foram lançados.

(172) J. W. HEDEMANN, *Fünfzig Jahre Bürgerliches Gesetzbuch*, JR 1950, 1-4 (1).

(173) Cf. HANS THIEME, *Aus der Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, DJZ 1934, 968-971 (970). A formação do BGB pode ser confrontada em: WIEACKER, *História do D. privado moderno* 2 cit., 536 ss.; THILO RAMM, *Einführung in das Privatrecht/ Allgemeiner Teil des BGB* 2 (1974), 1, G 13 ss. e L 193 ss.; KARL LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts* 6 (1983), 15 ss.; para mais pormenores, vide WERNER SCHUBERT, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einführung, Biographien, Materialien* (1978); quanto à sua aprovação no Reichstag, cf. MALLMAN, *50 Jahre BGB*, DRZ 1946, 52.

(174) ISELE, *Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch* cit., 3.

(175) Nas palavras da HANS DÖLLE, *Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart* (1950), 15, o BGB não abriu o portão do séc. XX; fechou o do séc. XIX.

(176) Cf. ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung* 2, cit., § 12 (180 ss.).

O primeiro derivou da inexistência, no próprio texto do BGB, de normas adaptadas ao trabalho, tal como este se desenvolve nas sociedades industriais ⁽¹⁷⁷⁾; o seguinte adveio das perturbações económicas e sociais profundas que não cessaram de aumentar depois da primeira guerra mundial.

Em resposta ao primeiro problema nasceu o Direito do trabalho, como Direito privado especial; o segundo conduziu ao desenvolvimento de vários institutos importantes, no âmbito civil.

Tudo isto teve uma influência determinante na actual civilística portuguesa, através de um fenómeno de recepção, provocado pelo ensino universitário do Direito, a partir de GUILHERME MOREIRA, na viragem do século.

V. As duas grandes codificações — primeira e segunda — foram, inquestionavelmente, a francesa e a alemã. Mais do que a importância dos textos em que se consubstanciaram, convém recordar que esteve em jogo o culminar das duas grandes tradições juscientíficas do continente europeu: a segunda sistemática, como produto de jusracionalismo e a terceira sistemática, como resultado da pandectística. E na sua sequência, surgiriam os dois grandes estilos que repartem hoje o espaço juscultural românico.

O Direito civil posterior manter-se-ia centro das balizas resultantes da sistemática savignyana. E nem se poderá falar, por isso, no estagnar da Ciência jurídica: antes se verifica que uma sistemática integrada, articulada numa síntese entre uma periferia cultural e um núcleo juscientífico, destacáveis mas interdependentes, pode evoluir a partir do seu próprio interior.

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. WILHELM KISCH, *Fünfzig Jahre Bürgerliches Gesetzbuch*, NJW 1950, 1-3 (1), HEDEMANN, *Fünfzig Jahre cit.*, 3 e DÖLLE, *Das Bürgerliche Gesetzbuch cit.*, 16. Ficaram clássicas, a esse propósito, as críticas movidas na época por OTTO VON GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1889), 245 e ANTON MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* ⁵ (1927), 160 ss. (a 1.ª ed, é de 1890). Também o Código Civil francês fora omisso no tocante ao contrato de trabalho; em 1804, no entanto, ainda não se consumara, em França, a Revolução Industrial, o que permitiria entender o silêncio do *Code*.

Nesta sequência, chamar-se-á «codificações tardias» aos códigos civis surgidos depois do BGB, isto é, aos códigos do séc. XX; especialmente em causa ficam os Códigos civis suíço (1907), grego (1940), italiano (1942) e português (1966) ⁽¹⁷⁸⁾.

As codificações tardias têm, essencialmente, as seguintes características:

- são fruto da terceira sistemática;
- correspondem a uma certa universalização do Direito e da sua Ciência;
- têm em conta as críticas sectoriais feitas às primeira e segunda codificações e consagram certos institutos novos obtidos já depois delas;
- apresentam desvios provocados pelas diversas realidades nacionais.

As codificações tardias são *fruto da terceira sistemática*. Foram precedidas pela recepção e pelo desenvolvimento de uma Ciência jurídica de tipo pandectístico, que procurando evitar os extremos de um Direito puramente racionalista ou de um Direito empírico no seu todo, efectuou a síntese integrada desses dois níveis jurídicos.

As codificações tardias assentam em *transferências culturais* relevantes, ocorridas entre os diversos espaços nacionais. O Código Napoleão é um produto da doutrina francesa, tal como o BGB da doutrina alemã. Mas as diversas codificações do século XX tiveram, na sua base, estudos científicos alargados, que não se detiveram em fronteiras nacionais ou linguísticas. Pode, assim, considerar-se que eles correspondem a uma universalização do Direito e da sua Ciência que, de então em diante, passaram a actuar a uma escala europeia. Trata-se de um fenómeno claro se se considerar, ainda que de modo abreviado, a génese dos Códigos suíço, grego, italiano e português.

As codificações tardias *aproveitaram as críticas* feitas aos códigos anteriores: evitaram erros de concepção — por exemplo —

⁽¹⁷⁸⁾ Para mais elementos sobre as codificações tardias cf., com indicações, MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral/Relatório* cit., n.º 13.

a «parte geral» foi suprimida nos códigos suíço e italiano — e consagraram, de modo expresso, institutos resultantes de uma elaboração jusriprudencial posterior a 1900 — por exemplo, o abuso de direito, a alteração das circunstâncias ou a violação positiva do contrato.

As codificações tardias apresentam, por fim, uma *identidade própria*, motivada pelas particularidades dos espaços em que surgiram.

VI. A feição assumida pelas diversas codificações civis — no fundo, pois, a sua filiação, em termos sistemáticos — condiciona e explica muitas das diversidades subjacentes, em termos de soluções para os problemas.

A teoria evolutiva dos sistemas põe em relevo o pensamento sistemático como factor necessário em qualquer pensamento jurídico. No fundo, ele dá corpo aos elementos culturais e históricos que se inserem, constituintes, no tecido jurídico, condicionando, para além disso, todas as operações de realização do Direito e da sua justificação.

IV — A REALIZAÇÃO DO DIREITO

12. *O esquema concepto-subsuntivo; críticas; a unidade de realização do direito e a natureza constituinte da decisão*

I. Examinada a teoria evolutiva dos sistemas, cabe fazer o ponto da situação no que toca aos processos de realização do Direito.

O esquema clássico da realização do Direito — aliás ainda largamente defendido e, sobretudo, utilizado — assentava em dois pilares essenciais: a compartimentação do processo interpretativo-aplicativo e o método da subsunção ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Lei (aplicação da)*, Enc. Pólis. 3.º vol. (1985), 1046-1052 (1055 ss.) e *Tendências actuais da interpretação da lei/ Do juiz-autómato aos modelos de decisão jurídica*, Tribuna da Justiça 1985, 13 = RJ 1987, 7 ss..

O processo da realização do Direito era decomposto em várias operações: a determinação da fonte relevante, a sua interpretação, a integração de eventuais lacunas — admitidas com dificuldade, como foi visto —, a delimitação da matéria de facto resultante, a sua qualificação jurídica e a aplicação.

Na base deste entendimento está, por um lado, a concepção jurracionalista da separação dos poderes e, por outro, o estilo savignyano da formação dos conceitos, na degenerescência subsequente conhecida por elaboração conceitual do Direito. A separação dos poderes, levada ao mais marcado grau, intenta, do juiz, fazer um autómato: todas as soluções estão na lei, cabendo ao julgador, sem margem de arbítrio, retirar, dela, as saídas concretas. A elaboração conceitual do Direito, por seu turno, deriva de se trabalhar não já com as instituições cuja contemplação — nas palavras de SAVIGNY — permitiria a formação intuitiva dos conceitos mas, tão-só, com os próprios conceitos já formados.

O método da subsunção resultava, por seu turno, da particular técnica de elaboração da premissa menor do silogismo judiciário ⁽¹⁸⁰⁾, assente na recondução automática de certos factos a determinados conceitos jurídicos.

II. O processo clássico, acima esquematizado, depara, contudo, com vários e decisivos óbices.

A compartimentação nas operações de realização do Direito não resiste à própria observação da realidade. Quando soluciona os problemas que se lhe ponham, o jurista dá corpo a uma actuação unitária que, em conjunto, trabalha com fontes, com factos, com a interpretação e com a aplicação. Apenas num esforço de análise é possível, num todo unitário, apontar várias operações.

⁽¹⁸⁰⁾ No silogismo judiciário, a premissa maior resultaria da interpretação que facultaria a regra aplicável (p. ex., os contratos devem ser cumpridos), a premissa menor, da subsunção de certos factos considerados relevantes em determinado conceito jurídico (p. ex., as declarações feitas por A e B correspondem a um contrato) e a solução, da própria conclusão do silogismo (p. ex., A e B devem cumprir o contrato que celebraram). Como se vê, a chave do processo não reside na conclusão — sempre automática — nem na formação da premissa maior; ela está, pelo contrário, na premissa menor, mais precisamente na subsunção.

Por seu turno, a subsunção abre as portas ao método da inversão ⁽¹⁸¹⁾: com base na construção de conceitos, procedia-se à sua definição exacta e à sua recondução a conceitos gerais; estes são, depois, usados para integrar lacunas, invertendo-se, com isso, a relação entre o especial e o geral. Em termos mais latos: o conceito traduz, por definição, uma redução simplificativa da realidade sobre a qual ele foi confeccionado; pretender passar do conceito para a realidade, sempre mais rica, além de traduzir uma inversão metodológica, implicaria, de modo necessário, o complemento do conceito com elementos estranhos às proposições conceptualizadas e, como tal, estranhos à fundamentação e à demonstração.

Finalmente, tanto a compartimentação como a subsunção radicam numa posição positivista básica. Daí os soçobramentos perante os obstáculos, já referidos ⁽¹⁸²⁾: a ocorrência de normas vagas, indeterminadas, susceptíveis de concretização, apenas, no caso concreto; a incompletude do sistema com a subsequente presença de lacunas intra e extra-sistemáticas; a ocorrência de contradições de princípios; a existência, por fim, de soluções injustas ou inconvenientes.

III. As críticas ao esquema conceito-subsuntivo, bastante comuns na sequência da divulgação de HECK, não foram, em tempo útil, seguidas por adequadas propostas alternativas. Os esquemas tradicionais de realização do Direito eram destruídos, nada se oferecendo em troca, salvo as abstractas considerações tecidas pelo irrealismo metodológico. Aqui estará mais um factor — e não dos menores — que terá jogado no divórcio entre o pensamento metodológico e a dogmática jurídica.

No entanto, este aspecto está hoje superado: é possível apresentar, com precisão, um esquema de realização do Direito, que funcione como alternativa aos esquemas clássicos registados. A alternativa assenta em dois pontos fundamentais: a unidade de realização do Direito e a natureza constituinte da decisão.

⁽¹⁸¹⁾ Cf. HECK, *Rechtsgewinnung* ² cit., 10 e *Begriffsbildung* cit., 92.

⁽¹⁸²⁾ *Supra*, n.º 2, II.

A realização do Direito é unitária: apenas em análise abstracta é possível decompô-la em várias fases que funcionam, tão-só, em inseparável conjunto. Particularmente focada é a unidade entre interpretação e aplicação ⁽¹⁸³⁾. Mas há que ir mais longe: tudo está implicado, desde a localização da fonte à delimitação dos factores relevantes; o caso é parte de um todo vivo ⁽¹⁸⁴⁾, sendo certo que interpretar é conhecer e decidir ⁽¹⁸⁵⁾; a própria ontologia do Direito foi, numa última revisão do seu pensamento, fixada por ARTHUR KAUFMANN, na relação entre o caso e a norma ⁽¹⁸⁶⁾.

Não quer dizer que se percam ou devam perder todos os clássicos elementos da interpretação e da aplicação, em nome de um reducionismo informe. Apenas se chama a atenção para a necessidade de, aquando da realização do Direito, não perder de vista, em estereótipos, a natureza do labor em curso. Pode falar-se, também aqui, num círculo ou espiral de realização do Direito: há que passar da interpretação à aplicação e, destas às fontes e aos factos, tantas vezes quantas as necessárias para obter uma síntese que supere todas essas fases, na decisão constituinte final.

IV. A natureza constituinte da decisão parte da constatação, em si simples, de que apenas na solução concreta há

⁽¹⁸³⁾ Assim: F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität* cit., 39; LARENZ, *Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz*, JuS 1971, 449-455 (453) e *Methodenlehre* ⁵ cit., 202 ss.; GADAMER, *Wahrheit und Methode* cit., 307 ss. (312); E. MEYER, *Grundzüge eine systemorientierten Wertungsjurisprudenz* cit., 59 ss.; W. KRAWIETZ, *Zur Korrelation von Rechtsfrage und Tatfrage in der Rechtsanwendung*, em NORBERT ACHTERBERG, *Rechtsprechungslehre* (1986), 517-553 (551); CASTA-NHEIRA NEVES, *Interpretação jurídica*, Enc. Pólis 3 (1985), 1046-1062 (1049 ss.).

⁽¹⁸⁴⁾ JAN SCHAPP, *Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre* cit., 15 ss..

⁽¹⁸⁵⁾ BERND-CHRISTIAN FUNK, *Juristische Auslegung als Erkenntnis- und Entscheidungsprozess*, em KRAWIETZ/OPALEK/PECZENIK/SCHRAMM, *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, RTh BH 1 (1979), 107-112.

⁽¹⁸⁶⁾ ARTHUR KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen*, RTh 17 (1986), 257-276 (264); como aí se explica, a construção dos factores e a interpretação da norma estão entre si numa relação de mútua correlatividade.

Direito ⁽¹⁸⁷⁾. Basta atentar no dilema alternativo: conhecer um Direito independentemente das soluções que ele promova ou viabilizar decisões jurídicas sem a prévia intervenção de regras constituintes e legitimadoras.

A decisão constituinte é, por definição, uma manifestação de vontade humana. Trata-se, porém, não de uma vontade vinculada, no sentido de se limitar a apreender os elementos dados pelas fontes e pelos factos, tirando, depois, a lógica conclusão, mas de uma manifestação cognitivo-volitiva: o julgador apreende certos elementos e decide, criativamente, em termos finais ⁽¹⁸⁸⁾. Por certo que o *quantum* da criatividade não é uniforme: atingindo um máximo aquando da aplicação de conceitos vazios ou da integração de lacunas rebeldes à analogia ou extra-sistemática, ele surge reduzido perante normas rígidas ou mesmo típicas. Mas existe sempre, desde a apreensão dos factos à localização das fontes.

A natureza cognitivo-volitiva da decisão jurídica permite captar o relevo da sua capacidade constituinte. A decisão implica sempre algo de novo, que apenas nela ocorre e se concretiza ⁽¹⁸⁹⁾. Também por esta via fica clara a impossibilidade de fazer metodologia sem dogmática.

⁽¹⁸⁷⁾ Ainda que em termos diversos, refiram-se: HELMUT COING, *Die Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (1959), 23; LARENZ, *Aufgabe und Eigenart der Jurisprudenz* cit., 450; J. LLOMPART, *Juristisches und Philosophisches Denken* cit., 86; RALF DREIER, *Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft*, RTh 2 (1971), 37-54 (43 e 45); FRANZ HORAK, *Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen*, em RAINER SPRUNG, *Entscheidungsbegründung* (1974), 1-26 (1 ss.); W. ROTHER, *Elemente und Grenzen des zivilrechtlichen Denkens* (1975), 12; H. ALBERT, *Traktat über rationale Praxis* (1978), 22 ss. e 65 ss.; GERHARD HAS-SOLD, *Strukturen der Gesetzesauslegung*, FS Larenz/ 80 (1983), 211-240 (212-213).

⁽¹⁸⁸⁾ Estas construções surgiram já há mais de cem anos — p. ex., OSKAR BÜLOW, *Gesetz und Richteramt* (1885), 29 ss., 32, 36 e 81 ss. — tendo sido desenvolvidas, na actualidade, pelas sínteses hermenêuticas acima referenciadas.

⁽¹⁸⁹⁾ A. KAUFMANN, num prisma lógico, e utilizando os estudos de PIERCE, chama a atenção para este fenómeno enfocando que, para além das operações clássicas da dedução e da indução, existe uma terceira forma de concluir: a abdução. Nela, em vez de se progredir estritamente na base de elementos já disponíveis, introduz-se uma ideia nova. Cf. A. KAUFMANN, *Vorüberlegungen zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen* cit., 260 ss..

13. *Os modelos de decisão; pré-entendimento, sinéptica e integração horizontal*

I. A natureza constituinte, volitivo-cognitiva, da realização do Direito obriga a recolocar o processo da sua efectivação. Na sua base está, como foi dito, a vontade humana. Não se trata, porém, duma vontade arbitrária; pelo contrário, é uma vontade orientada por uma série de proposições dadas pela Ciência do Direito. Tais proposições, porquanto dirigidas à vontade humana, são argumentos em sentido próprio. Eles jogam entre si em função do peso próprio e do papel que lhe atribua o sistema, articulando-se em modelos de decisão.

Os modelos de decisão apresentam densidades muito variáveis, consoante a margem de discricionariedade que deixem ao intérprete-aplicador. Será mesmo possível fixar categorias de modelos, em consonância com esse factor: modelos rígidos, quando a decisão tenha de seguir estritamente o sentido inculcado por certas proposições (p. ex., a maioria aos 18 anos); modelos comuns, sempre que proposições firmes se articulem com valorações do intérprete (p. ex., a interpretação dum negócio); modelos móveis, caso haja que atender a vários factores, que o intérprete terá de ordenar em concreto (p. ex., a indemnização de danos provocados em estado de necessidade, artigo 339.º/2 do Código Civil); modelos de equidade, nas hipóteses em que se dispensem quaisquer elementos formais; modelos vagos, por via da junção da mobilidade com princípios em oposição (p. ex., a alteração das circunstâncias, artigo 437.º/1 do Código Civil); modelos em branco se, porventura, ocorrer uma lacuna extra-sistemática ou uma irreductível contradição de princípios.

II. Os elementos que compõem os modelos de decisão — os argumentos — advêm do labor da Ciência do Direito, no seu diálogo com as fontes. Têm, com esse fito, sido aperfeiçoados múltiplos instrumentos, utilizáveis desde que se não perca de vista a unidade do processo. Os conhecimentos hoje disponíveis levam, contudo, a alargar o processo de realização do Direito em dois sentidos: a montante, através do pré-entendimento e a jusante, com recurso à ideia de sinéptica.

O pré-entendimento, já considerado ⁽¹⁹⁰⁾, implica aqui que o intérprete-aplicador, quando confeccione e manuseie os modelos de decisão, tenha já uma pré-visão do problema, fruto da sua experiência, dos seus conhecimentos, das suas convicções e da própria linguagem. Esta realidade não pode escapar à Ciência do Direito, sob pena de se admitirem áreas não-científicas no processo de decisão. Por isso, através da análise dos factores pré-firmados da decisão, e assumindo-se, designadamente, a dimensão pedagógica do Direito, há que integrar, na medida do possível, o próprio pré-entendimento nos modelos de decisão, limando arestas e valorizando os factores sistemáticos que inclua.

III. Na outra extremidade do processo, há que lidar com as denominadas consequências da decisão. Na origem, pode colocar-se o utilitarismo, de BENTHAM a JHERING e precisado através de BIERLING ⁽¹⁹¹⁾, que veio exigir, na interpretação, a indagação do escopo prosseguido pelo legislador. Desenvolveu-se, assim, o factor teleológico da interpretação ⁽¹⁹²⁾, particularmente valorado por CANARIS ⁽¹⁹³⁾.

Vai-se, agora, mais longe. Para além da finalidade do Direito, a consignar condignamente nos modelos de decisão, há que lidar com as consequências dessa própria decisão ⁽¹⁹⁴⁾. Na verdade,

⁽¹⁹⁰⁾ *Supra*, n.º 7, II.

⁽¹⁹¹⁾ ERNST RUDOLF BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 4.º vol. (1911, reimpr. 1961), 276.

⁽¹⁹²⁾ Cf. HARRO HÖGER, *Die Bedeutung von Zweckbestimmung in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland* (1976) e VILMOS PESCHKA, *Die Theorie der Rechtsnormen* (1982), 16 ss..

⁽¹⁹³⁾ CANARIS, *Systemdenken*² cit., 41 ss..

⁽¹⁹⁴⁾ ADALBERT PODLECH, *Wertungen und Werte im Recht*, AöR 95 (1970), 185-223 (198 ss.) e *Recht und Moral*, RTh 3 (1972), 129-148 (138); GÜNTHER TEUBNER, *Folgenkontrolle und responsive Dogmatik*, RTh 6 (1975), 179-204 (182 e 200-201); REINHARD DAMM, *Norm und Faktum in der historischen Entwicklung des juristischen Methodenlehre*, RTh 7 (1976), 213-248 (228); ERICH DÖHRING, *Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung* (1977), 3; THOMAS SAMBUC, *Folgenerwägung im Richterrecht* (1977), 138; THOMAS W. WÄLDE, *Juristische Folgerorientierung/ «Policy Analysis» und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegung zur Bewältigung der Folgerorientie-*

a sequência da decisão — domínio, em princípio, fora já da esfera do julgador — pode sufragar ou inviabilizar os objectivos da lei e do Direito. Ignorá-lo, enfraquece a mensagem normativa; incluí-lo no próprio modelo decisão permite, em definitivo, superar estádios meramente formais no domínio da aplicação do Direito. Nessa linha, surge a sinéptica: trata-se de um conjunto de regras que, habilitando o intérprete-aplicador a «pensar em consequências», permitem o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões (195).

IV. A consideração do pré-entendimento e dos aspectos sinépticos das decisões correspondem como que a uma integração vertical do processo de realização do Direito. Impõe-se, também, uma integração horizontal.

Perante um problema a resolver, não se aplica, apenas, a norma primacialmente vocacionada para a solução: todo o Direito é chamado a depor. Por isso, há que lidar com os vários ramos do Direito, em termos articulados, com relevo para a Constituição — a interpretação deve ser conforme com a Constituição (196),

rung im Rechtssystem (1979), 24 ss.; ZINKE, *Die Erkenntniswert politischer Argumente in der Anwendung und wissenschaftlichen Darstellung des Zivilrechts* cit., 70 ss. e HERMANN HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Jura 1986, 57-67 (63).

(195) Cf. WOLFGANG FIKENTSCHER, *Synepeik in Recht und Gerechtigkeit/Synepeics in Law and Justice* (1979, polic.), *Methoden des Rechts*, 5.º vol. (1977), 30 e 32 e *Synepeik und eine synepeische Definition des Rechts*, em *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen* (1980), 53-120.

(196) Cf., p. ex.: FRIEDRICH SCHACK, *Die verfassungskonforme Auslegung*, JuS 1961, 269-274; HELMUT MICHAEL, *idem* 274-281; WOLF-DIETER ECKART, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (1966), 21 ss., 86 ss., 127 ss. e *passim*; H. BOGS, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts* (1966); DETLEF CHRISTOPH GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung* (1969), 43 ss. e *passim*; FRIEDRICH MÜLLER, *Juristische Methodik* (1976), 168 ss.; HANS-PAUL PRÜMM, *Verfassung und Methodik/ Beiträge zur verfassungskonformen Auslegung, Lückenergänzung und Gesetzeskorrektur* (1977), 100 ss.; P. SCHIFFAUER, *Wortbedeutung und Rechtserkenntnis* cit., 71 ss.; R. ZIMMERMANN, *Die Relevanz einer herrschenden Meinung* cit., 106 ss..

os diversos dados normativos relevantes ⁽¹⁹⁷⁾ e os próprios níveis instrumentais, como o processo ⁽¹⁹⁸⁾ ou o registo ⁽¹⁹⁹⁾.

A especialização dos juristas deve ser complementada com novas sínteses e conexões que, à realização do Direito, dêem todas as suas dimensões.

14. O novo pensamento sistemático

I. As exigências renovadas de uma Ciência Jurídica clara e precisa, capaz de responder a uma realidade em evolução permanente e que tenha em conta os actuais conhecimentos hermenêuticos e as exigências de maleabilidade deles decorrentes, apontam para um novo pensamento sistemático.

Tal pensamento pode ser comodamente indiciado através de quatro requisitos presentes no sistema por ele postulado: trata-se de um sistema aberto, móvel, heterogéneo e cibernético. Aberto no duplo sentido de extensivo e intensivo; extensivo por oposição a pleno: admite questões a ele exteriores ⁽²⁰⁰⁾, que terão de encontrar saídas; intensivo por oposição a contínuo: compatibiliza-se, no seu interior, com elementos materiais a ele estranhos ⁽²⁰¹⁾. Móvel por, no seu seio, não postular proposições hierarquizadas, antes surgindo intermutáveis. Heterogéneo por apresentar, no seu corpo, áreas de densidade diversa: desde coberturas integrais por proposições rígidas até às quebras intra-sistemáticas

⁽¹⁹⁷⁾ Cf. JOHANNES HAGER, *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften* (1983).

⁽¹⁹⁸⁾ Cf. ERWIN QUAMBUSCH, *Recht und genetisches Programm/ Ansätze zur Neubelebung des Naturrechtsgedankes* (1983), 185 ss. e HERMANN HUBA, *Juristische Rhetorik*, Jura 1987, 517-521 (517).

⁽¹⁹⁹⁾ Cf. MENEZES CORDEIRO, *Evolução juscientífica e direitos reais* cit., 101-102.

⁽²⁰⁰⁾ Exemplo de abertura exterior do sistema é a admissão, por via científica ou jurisprudencial, de figuras como a *culpa in contrahendo* e a pós-eficácia das obrigações.

⁽²⁰¹⁾ Exemplo de abertura interna do mesmo sistema é a admissão, também por via científica ou jurisprudencial, de figuras como o abuso do direito.

e às lacunas rebeldes à analogia. Cibernético por atentar nas consequências das decisões que legitime, modificando-se e adaptando-se em função desses elementos periféricos.

II. Para além dos postulados essencialmente descritivos acima utilizados, importa ter bem presente que o modelo sistemático proposto se apresenta dotado das características necessárias para assegurar a ponte ontologicamente constitutiva entre o pensamento teórico e a realidade viva.

Como a doutrina da actualidade vem prevenindo ⁽²⁰²⁾, há que pôr cobro a um identificação entre o sistema e os axiomas. Doutra forma, observar-se-á um retrocesso espectacular, semelhante ao que o apelo acrítico à Tópica formal vinha provocando na Ciência do Direito.

Mas deve ficar também claro que a Ciência do Direito é, antes de mais, a Ciência da resolução dos casos concretos: a sua renovação assume-se, no final do século, como um repensar das soluções dogmáticas.

⁽²⁰²⁾ CANARIS, *Systemdenken* ² cit., 25 ss. e *passim*.

ÍNDICE DE AUTORES

Os números remetem para as páginas em que os autores são citados. Os números em negro referem a página onde uma determinada obra é citada pela primeira vez.

- AARNIO, AULIS, 717, 725, 730, 731, 732, 735, 736
ACHTERBERG, NORBERT, 762
ALBERT, HANS, 763
ALBUQUERQUE, MARTIM DE, 722, 741, 748
ALBUQUERQUE, RUY DE, 722, 741, 748
ALEXY, ROBERT, 713, 725, 731, 732
ALLGAIER, KARL, 724
ALTMANN, AMANDUS, 716
ARISTÓTELES, 725
ARNAUD, A.-J., 750, 751
ARNDT, ADOLF, 723
ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, 746, 749
AUBRY, 698
AUSTIN, 719
- BAR, L. VON, 698
BAUDRY-LACANTINERIE, 698
BENDER, PETER, 740
BENHÖHR, HANS-PETER, 755
BENTHAM, JEREMY, 719, 765
BERGBOHM, KARL, 705
BERGHEL, H., 720
BIEBACK, KARL-JÜRGEN, 714
BIERLING, ERNST R., 699, 765
BIGOT-PRÉAMENEU, 751
- BIHLER, MICHAEL, 716
BINDER, JULIUS, 702 703, 704
BOGS, HARALD, 766
BREUER, DIETER, 723, 724, 725
BROEKMAN, JAN M. 713, 732, 737
BRUNSCHWIG, JACQUES, 725
BUBNER, RÜDIGER, 719
BUFNOIR, C., 698
BÜLLESBACH, ALFRED, 732, 736
BÜLOW, OSKAR, 698, 763
BURCKHARDT, JAKOB, 742
BUSSE, MARTIN, 704
- CALASSO, FRANCESCO, 742
CANARIS, CLAUD-WILHELM, 697, 705, 723, 726, 734, 738, 765, 768
CAPITANT, HENRI, 698
CARNAP, RUDOLF, 725
CARONI, PIO, 747
CARVALHO, ORLANDO DE, 750
COING, HELMUT, 715, 741, 742, 746 763
CONRAD, HERMANN, 740, 750
CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, 701, 709, 712, 754, 758, 759
CROME, CARL, 753
CRUZ, SEBASTIÃO, 748
CUJACIUS, JACOBUS, 743, 749

- DAMM, REINHARD, 736, 765
 DELVINCOURT, 698
 DEMOLOMBE, C., 698
 DESCARTES, RENÉ, 744
 DIESELHORST, MALTE, 744
 DÖHRING, ERICH, 765
 DÖLLE, HANS, 756, 757
 DOMAT, JEAN, 698, 746, 749
 DONELLUS, HUGO, 743, 749
 DREIER, RALF, 763
 DUBISCHAR, ROLAND, 732
- ECKHART, AUGUST, 740
 ECKHART, WOLF-DIETER, 766
 EKELÖF, OLOF, 723
 ENGISCH, KARL, 706, 716, 723
 ERDTMANN, H. W., 737
 ESMEIN, A., 750
 ESSER, JOSEF, 715, 728, 731, 732
- FECHNER, ERICH, 717, 728, 734
 FELLNER, O., 698
 FIKENTSCHER, WOLFGANG, 700,
 715, 745, 746, 766
 FINETTI, LUIGI PALAZZINI, 742
 FISCHER, MICHAEL W., 727
 FRIEDMANN, L., 705, 730
 FROMMEL, MONIKA, 729
 FUNK, BERND-CHRISTIAN, 762
- GADAMER, HANS GEORG, 725, 727,
 728, 729, 762
 GEDDERT, HEINRICH, 716, 717
 GIERKE, OTTO VON, 757
 GIORGI, RAFFAELE DE, 719, 720,
 727, 731
 GIVSAN, HASSAN, 728
 GLEICHENSTEIN, HANS VON, 729
 GÖLDNER, DETLEF CHRISTOPH,
 766
 GOLDSCHMIDT, L., 755
 GRIMM, DIETER, 752
 GRIMM, JAKOB, 747
 GROTIUS, HUGO, 745
- HABERMAS, JÜRGEN, 727
 HAFT, FRITHOF, 708, 720, 721
 HAGER, JOHANNES, 765
 HAMMER, STEFAN, 705
 HART, H. L. A., 719
 HASSE, KARL PAUL, 742
 HASSEMER, WINFRIED, 719, 721,
 725, 729, 730, 731, 732
 HASSOLD, GERHARD, 763
 HATTENHAUER, HANS, 715, 755
 HAVERKATE, GÖRG, 712, 713, 714
 HECK, PHILIPP, 698, 700, 701, 705,
 706, 708, 735, 761
 HEDEMANN, J. W., 755, 757
 HEGEL, GEORG WILHELM
 FRIEDRICH, 704, 727, 728
 HEGSELMANN, RAINER, 720
 HEIDEGGER, MARTIN, 727, 728
 HEITMANN, HERMANN, 705
 HENKEL, HEINRICH, 716
 HERRIGER, EUGEN, 704
 HILL, HERMANN, 714, 766
 HIRSCH, ERNST E., 730
 HOBBS, THOMAS, 719, 744
 HÖGER, HARRO, 765
 HORAK, FRANZ, 753
 HORN, NORBERT, 723, 731
 HORNER, FRANZ, 711
 HOSPERS, JOHN, 719
 HRUSCHKA, JOACHIM, 729
 HUBA, HERMANN, 725, 731, 767
 HUBMANN, HEINRICH, 715
 HÜBNER, A., 720
 HUC, THÉOPHILE, 698
- ISELE, HELLMUT GEORG, 755, 756
- JANOSKA, GEORG, 725
 JHERING, RUDOLF VON, 698, 711,
 738, 765
- KANT, EMMANUEL, 699, 703, 713,
 717, 734
 KANTOROWICZ, HERMANN, 747

- KAUFMANN, ARTHUR, 713, 719, 721, 725, 731, 732, 762, 763
KAUFMANN, ERICH, 702, 703
KAUZ, FRANK, 725
KEMPER, JOSEPH A. R., 725
KISCH, WILHELM, 757
KLUG, ULRICH, 725
KOCH, HANS-JOACHIM, 729
KOHLEBERG, 717
KOLLER, PETER, 711, 716, 732
KOPPELBERG, DIRK, 719
KÖTZ, HEINZ, 754, 756
KRAUSE, HERMANN, 740
KRAWIETZ, WERNER, 713, 719, 725, 727, 732, 735, 762
KRONSTEIN, HEINRICH, 715
KÜHN, HANS-JÜRGEN, 732
- LAMEGO, JOSÉ, 727
LARENZ, KARL, 702, 703, 704, 709, 715, 729, 730, 734, 746, 747, 756, 762, 763
LASK, EMIL, 702, 704, 715
LAURENT, F., 698
LEHNSEN, 755
LEINFELLNER, E., 720
LEINFELLNER, W., 720
LENK, HANS, 720
LEVY, HEINRICH, 703
LIEBERICH, HEINZ, 741
LLOMPART, J., 731, 763
LOTZE, LOTHAR, 714
LUHMANN, NIKLAS, 730, 731, 735
- MAFFEI, DOMENICO, 742
MAIHOFFER, WERNER, 714
MALEVILLE, 751
MALLMAN, 756
MANIGK, ALFRED, 742
MARCADÉ, V. 698
MAZEAUD, HENRI, 698
MAZEAUD, LÉON, 698
MAZUREK, P., 719, 720
MENDES, ARMINDO RIBEIRO, 719
MENGER, ANTON, 757
- METTENHEIM, CHRISTOPH VON, 713, 714
MEYER, ERNST, 715, 716, 762
MICHAEL, HELMUT, 766
MINCKE, WOLFGANG, 719
MITTEIS, HEINRICH, 740-741
MOCK, ERHARD, 731
MOLLNAN, KARL A., 714
MOREIRA, GUILHERME, 757
MÜLLER, FRIEDRICH, 728, 729, 731, 762, 766
- NEGRI, ANTONIO, 699
NEVES, A. CASTANHEIRA, 746, 762
NIINILUOTO, ILKKA, 731, 732, 735
NISHINO, MOTOTSUGO, 711
- OPALEK, K., 719, 762
OTTE, GERHARD, 723
- PAGE, HENRY DE, 698
PARSONS, TALCOTT, 736, 744
PAULUS, GOTTHARD, 716, 728
PAWLOWSKI, HANS-MARTIN, 709, 715, 716, 729
PECZENIK, ALEKSANDER, 719, 725, 730, 762
PEINE, FRANZ-JOSEPH, 734
PESCHKA, VILMOS, 765
PEURSEN, VAN C. A., 719
PHILIPPS, LOTHAR, 718
PIERCE, 763
PLANIOL, MARCEL, 698
PLANITZ, HANS, 740
PLATÃO, 742
PODLECH, ADALBERT, 717, 765
PÖGGELER, OTTO, 724, 728
POHLMANN, ROSEMARIE, 717
POPPER, KARL R., 713, 714
PORTALIS, 751
POTHIER, R.-J., 698, 746, 749
PRÜMM, HANS-PAUL, 766
PUCHTA, GEORG FRIEDRICH, 698
PUFENDORF, SAMUEL, 746

QUAMBUSCH, ERWIN, 767

RADBRUCK, GUSTAV, 702, 704, 715

RAMM, THILO, 756

RAU, C., 698

REININGER, RUBERT, 715

RHINOW, RENÉ A., 715

RICKERT, HEINRICH, 702, 704, 715

RIEDEL, OSKAR, 705

RIPERT, GEORGES, 698

ROTHER, W., 763

RÜSSMANN, HELMUT, 725

SACHERS, ERICH, 747

SALEILLES, RAYMOND, 698

SAMBUC, THOMAS, 765

SAUER, WILHELM, 715

SAVATIER, R., 751

SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON,

698, 699, 708, 746, 747, 755, 760

SCHAMBECK, HERBERT, 718

SCHACK, FRIEDRICH, 765

SCHANZE, HELMUT, 723, 724, 725

SCHAPP, JAN, 730, 762

SCHEIDER, 725, 731

SCHIFFAUER, PETER, 730, 731, 766

SCHLOSSER, H., 741

SCHMIDT, REIMER, 709

SCHOLZ, HEINRICH, 702-703

SCHRAMM, 719, 762

SCHREIBER, RUPPERT, 717

SCHREIBER, RUPERT, 725

SCHROTH, 725, 731

SCHUBERT, WERNER, 756

SCHWARZ, FRITZ, 747

SILVA, N. J. ESPINOSA G., 742

SPRUNG, RAINER, 763

STAHLMANN, GÜNTHER, 731

STAMMLER, RUDOLF, 698, 699, 700
703

STEINDL, HARALD, 752

STEINVORTH, ULRICH, 732

STOLJAR, SAMUEL, 724

STRANZINGER, RUDOLF, 713

STRASSER, MICHAELA, 717, 732

TAKESHITA, KEN, 728

TAMMELO, ILMAR, 711, 717, 732

TARELLO, GIOVANNI, 750, 751

TEÜBNER, GUNTHER, 765

THIBAUT, ANTON F. J., 699, 705, 755

THIEME, HANS, 747, 750, 756

TRAPPE, PAUL, 714

TRIPP, DIETRICH, 705, 711

TRONCHET, 751

TROPLONG, M., 698

TSATSOS, THEMISTOKLES, 700

TUGENDHAT, ERNEST, 720

UUSITALO, JURKI, 731, 732, 735

VARGA, CSABA, 705, 727

VIEHWEG, THEODOR, 722, 723, 724

VIERHAUS, FELIX, 755

WÄLDE, THOMAS E., 765

WEIMAR, ROBERT, 721, 730

WEINBERGER, CHRISTIANA, 730

WEINBERGER, OTA, 705, 714, 726,

727, 730, 732, 736

WELSEL, HANS, 745

WESENBERG, GERHARD, 698, 740,

741, 747

WESENER, GÜNTHER, 740, 741

WESTERMANN, HARRY, 715

WIEACKER, FRANZ, 740, 741, 744,

746, 747, 754, 756

WILHELM, WALTER, 746

WINDSCHEID, BERNARD, 698, 756

WITTGENSTEIN, LUDWIG, 720

WOLFF, KARL-AUGUST, 747

ZACCARIA, G., 713, 719, 721

ZACHARIÄ VON LINGENTHALT,
753

ZEPOS, PAN J., 724

ZIMMERMANN, RITA, 725, 731, 766

ZIMMERMANN, ROLF, 711

ZINKE, HORST, 714, 729, 765

ZIPPELIUS, REINHOLD, 724, 731

ZWEIGERT, KONRAD, 754, 756