

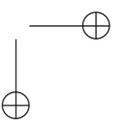
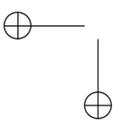
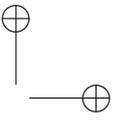
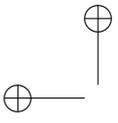
**Modelação normativa no
Direito e mesomorfologia da
decisão em Aristóteles**



José António Campelo de Sousa Amaral

2014

www.lusosofia.net





LUSOSofia:PRESS

Covilhã, 2013

FICHA TÉCNICA

Título: *Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão em Aristóteles*

Autor: José António Campelo de Sousa Amaral

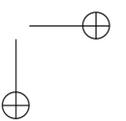
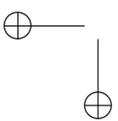
Colecção: Artigos LUSOSOFIA

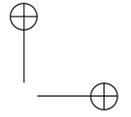
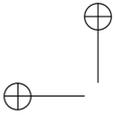
Design da Capa: António Rodrigues Tomé

Composição & Paginação: Filomena S. Matos

Universidade da Beira Interior

Covilhã, 2014

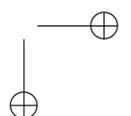
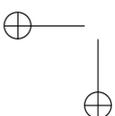


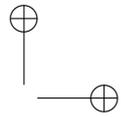


Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão em Aristóteles

José António Campelo de Sousa Amaral

Ao abordar o conceito politológico de soberania como problema mais vasto da forma jurídica [*Rechtsform*] e da decisão [*Entscheidung*], Carl Schmitt suscita, na sua *Teologia Política*, um problema de inegável recorte aporético: «cuando las teorías y los conceptos jurídico-políticos se configuran bajo la impresión de los acontecimientos y de las mudanzas política, (...) la actualidad de cada día puede suscitar un interés sociológico nuevo y una reacción contra el método «formalista» de tratar los problemas jurídico-políticos. Puede también suceder que se despierte la aspiración de sustraer la especulación jurídica a las mudanzas de la situación política, procurando, precisamente, alcanzar la objetividad científica mediante el estudio formal consecuente de los problemas. (...) Dada la significación autónoma que la decisión tiene, también el sujeto de la decisión tiene significación autónoma al margen de su contenido. En la realidad de la vida jurídica importa quién decide. Junto al problema de la corrección del contenido está el de la competencia. En la oposición entre sujeto y contenido de la decisión,

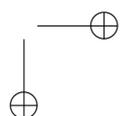
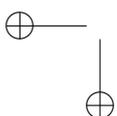


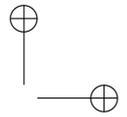


y en la significación propia del sujeto, estriba el problema de la forma jurídica. No es la vaciedad *a priori* de la forma trascendental, por cuanto emana de lo jurídicamente concreto. Tampoco es la forma de la precisión técnica, cuya finalidad es eminentemente objetiva, impersonal. Ni es, por último, la forma de la configuración estética, que no conoce la decisión.»¹ O que será, então?...

Em face de um certo sentimento de desencanto que, de forma larvar e persistente, grassa no actual sistema de justiça, dispensável se tornaria mais um diagnóstico que, a somar a tantos e tantos, outro efeito não teria senão o de soterrar ainda mais um problema cuja espessura e extensão continua a carecer de urgente e profunda reflexão. Eis, em nosso entender, uma incontornável tarefa à qual a filosofia – mormente naquele domínio específico da filosofia prática onde se entrecruzam a ética, a política e o direito – não se pode eximir, dado que possui, por direito próprio, não só capacidade de problematização, mas também recursos conceptuais e interpretativos perfeitamente adequados para o efeito. Não se trata, obviamente, de colocar a filosofia em bicos de pés para falar de justiça ou para dizer sequer de sua justiça; trata-se, ao invés, de fidelizar o ofício filosófico a dois compromissos aos quais se vinculou histórica e epistemologicamente, a partir do momento em que o tema da justiça se situou no epicentro das suas preocupações reflexivas. O primeiro compromisso, de contornos hermenêuticos, assenta no entendimento de que o fluxo de suspeitas (sejam elas psico-sociais, político-legislativas ou jurídico-sistémicas) que abalam o travejamento normativo de uma comunidade humana não dependem imediatamente e tão-só de comportamentos individuais erráticos ou de procedimentos institucionais opacos, mas antes da percepção dos conteúdos simbólicos e valorativos que modelam

¹ SCHMITT Carl, *Teología Política* [*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München / Leipzig, Duncker & Humblot, 1922], trad. Francisco J. Conde – Jorge N. Pérez, Madrid: Editorial Trotta, 2009, 21; 34-35.



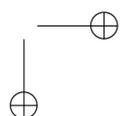
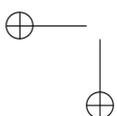


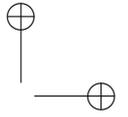
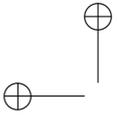
Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão... 5

uma ideia comum e partilhada de justiça e, sobretudo, da radicalidade das questões que fertilizam o campo pragmático das respostas que o sistema judicial pode e deve dar ao nível da acessibilidade, exequibilidade e aplicabilidade de um ordenamento jurídico. O segundo compromisso, de recorte deontológico, parte do princípio de que as aporias com que o sistema de justiça se debate presentemente não constituem problemas endémicos do universo jurídico, mas emergem, a montante, da vivência partilhada de uma cidadania responsável a que a filosofia não pode nem deve eximir-se, sob o risco de trair a sua primordial atenção ao enraizamento ético e político da existência humana.

Que “crise” é um termo de reputação muito pouco recomendável, quase ninguém tem dúvida. Quando conotado com a esfera da justiça, parece adquirir um tom ainda mais sombrio e ameaçador. Não obstante, teimamos em esquecer que na órbita de tão inquietante noção gravitam sentidos que excedem, e muito, a carga dramática que normalmente comporta: com efeito, palavras como “crítica”, “critério” e “criterioso” encontram-se, do ponto de vista etimológico do termo grego *krisis*, umbilicalmente ligadas ao ancestral manejo agrário do crivo e da peneira, libertando um sentido que, com inteira propriedade, envolve mais uma tarefa de separação, análise e discernimento, do que propriamente procedimentos de destruição, subversão ou desqualificação.² Nesse sentido, talvez a tradução mais adequada, e porventura mais estimulante, de *krisis* seja “decisão oportuna”, entendida esta como capacidade para diferenciar, avaliar e ponderar racionalmente o desenlace resolutivo de um acto decisionário. Marcada pela instabilidade, no termo da qual uma realidade sistémica ou orgânica recupera, por dinâmica adaptativa, os seus centros de equilíbrio, uma experiência

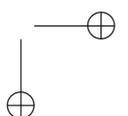
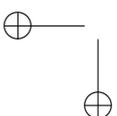
² Não é à toa que o termo grego *krisis* encontrará ampla recepção na reflexão clínica da antiguidade, mormente a que se filiou na tradição hipocrática, servindo o termo para caracterizar o lapso temporal durante o qual um corpo se adapta fisiologicamente a uma terapêutica, procurando recuperar os índices de equilíbrio entretanto perturbados pela patologia.

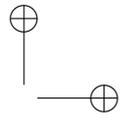




de crise pode, por transferência analógica, ser referida com inteira propriedade a estados clínicos, a etapas existenciais, a fenómenos termodinâmicos, a climas económicos, ou, como se adivinha, a sistemas de justiça. Nesse sentido, nada há que estranhar que a condição crítica seja consubstancial a um dado quadro normativo vigente, quer este se legitime em âmbito político (onde, em sede legiferante, se produzem leis em condições de universal aplicabilidade a situações concretas), quer se repercuta em âmbito jurídico (onde, em contexto forense, se aplicam leis universais a casos particulares).

Ícaro, Narciso e Gulliver constituem, a esse propósito, três arquétipos reveladores da incapacidade humana para habitar o limiar crítico que instaura a mediação entre o universal-abstracto e o particular-concreto. Os dois primeiros heróis mitológicos incarnam o desfecho trágico resultante da perda da justa medida do universal concreto: Ícaro, porque deslumbrado pelo distanciamento ascensional da realidade, acaba precipitado no oceano, pois o sol que deveria ter iluminado a libertação do seu cativo derrete-lhe a cera das asas artesanais, causando-lhe a ruínosa queda; Narciso, porque apaixonado pela beleza da própria imagem reflectida, acaba afogado nas águas que o deviam ter revitalizado, mas que acabam por se transformar na causa da sua perdição. Gulliver, protagonista da odisseia satírica de Jonathan Swift, respira também a atmosfera trágica das respostas desproporcionadas aos problemas concretos: neste caso, o resultado das suas bem-intencionadas soluções revela-se tão desastroso em Lilibut como em Brobdignag, dado que, ao adoptar sempre as mesmas rotinas do seu quotidiano, não se apercebe que a sua condição de gigante diante dos Lilibutianos e de anão em face dos Brobdignaguianos teria de implicar mutações de escala com soluções diferenciais e não automáticas, motivo pelo qual a sua acção se afigurava desmesuradamente grande para lidar com pequenos problemas e excessivamente minúscula para enfrentar os grandes. Ícaro, Narciso e Gulliver pro-





Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão... 7

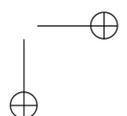
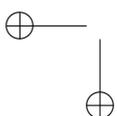
tagonizam, por assim dizer, três formas mortíferas de descurar a vinculação do universal ao particular: desatento ao seu enraizamento concreto, Ícaro representa a alienação na pura abstracção; desatento à interacção das relações, Narciso representa o refúgio na pura auto-referencialidade; desatento às variações e mutações de escala, Gulliver representa a insistência na pura rotina de procedimentos.

Em nítido contraponto a esses três arquétipos – representando cada um deles três formas simbólicas de colapso decisionário em contexto crítico – adquire plena relevância o modelo mesomorfológico de Aristóteles, no limiar do qual se inscreve a capacidade deliberativa para modelar prudencialmente a forma do princípio normativo na matéria do caso particular. Vejamos até que ponto poderá a teorização aristotélica validar uma espécie de *continuum* analógico entre a figura do prudente, tomado este como paradigma ético-político da capacidade decisionária de deliberar bem, e a figura do legislador, tomado este como paradigma jurídico-político da capacidade mesomorfológica de modelar leis universais ajustadas e ajustáveis à indeterminação dos casos particulares.

* * *

Tendo por pano de fundo a ideia aristotélica de que a produção legislativa se assemelha a uma manufactura cujo exercício requer uma peculiar *capacidade poiética*, i.e. *criativa*, parece-nos digna de nota a posição de Arthur Kaufmann quando defende que «o processo *de feitura da lei*, de criação duma regra ou norma legal, tem um carácter analógico».³ De acordo com o referido filósofo do direito alemão, os princípios gerais do direito só são reportáveis e postos em correspondência (equiparação, assimilação) a possíveis

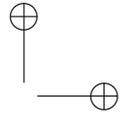
³ KAUFMANN Arthur [*Rechtsphilosophie*, München: C. H. Beck, 1997], *Filosofia do Direito*, trad. António CORTÊS, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, 187.



situações da vida a regular, na medida em que se apresentem mentalmente antecipados pelo legislador. Desta feita, sendo certo que a ideia de direito tem de absorver a matéria “positivada” das situações concretas da vida, não é menos verdade que tal assimilação só se efectiva se, por seu turno, as situações da vida puderem acolher formalmente a construção “idealizada” dos dispositivos normativos que as regulam. A feitura da lei – bem como, aliás, a sua correlativa aplicabilidade – decorrem, por conseguinte, de um processo bipolarizado entre a “forma prescritiva” de uma “lei universal” e a “matéria adveniente” de um “caso particular”, cuja ambivalência só pode ser superada graças ao concurso de um *tertium*, isto é de um *terceiro elemento* susceptível de realizar a **mediação** entre a forma normativa da lei e a matéria empírica do caso. Na esteira do argumento de A. Kaufmann, é nessa capacidade mediacional para representar simultaneamente a forma da lei (na idealização da sua universalidade abstracta) e a matéria do caso (na efectivação da sua particularidade concreta) que o *tertium* se afigura apto a plasmar «o "sentido" no qual a ideia de direito ou norma legal e a situação da vida são postas em imediata correspondência recíproca», tornando-se, desta feita, «o lugar metódico da ligação ("correspondência") entre realidade e valor (...)», na exacta medida em que assegura aquela «**mediação entre justiça material e justiça normativa** de que trata todo o conhecimento jurídico». ⁴

Conviria salientar, desde logo, que a teorização jurídica de A. Kaufmann opera no interior de uma bissectriz que distingue dois hemisférios aparentemente antagónicos, mas, de facto, diametralmente correlacionáveis: de um lado, o da **forma determinante**, assente seja na força imperativa e categórica dos princípios reguladores, seja no poder incoativo e directivo dos valores vigentes; do outro lado, o da **matéria indeterminada**, explicitável na disponibilidade contextual e imprevisível dos casos ou factos advenientes. Estamos em crer, com efeito, que a tese kaufmanniana – segundo

⁴ *Ibid.*, 187-188; destacado nosso.

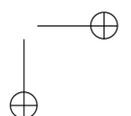
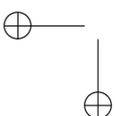


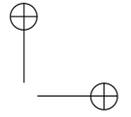
Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão... 9

a qual a criação de uma norma (v.g. em contexto legiferante) se entrelaça com a aplicabilidade decisória da mesma (v.g. em contexto de avaliação judicativa) – só se afigura filosoficamente sustentável à luz de uma **concepção poiética** (do grego *poiesis*, produção, criação) cuja viabilidade releva analogicamente do universo metafórico da *mão do artesão* capaz de modelar a figuração abstracta de uma certa forma na percepção concreta de uma dada matéria. Indícios textuais dessa **conexão hilemórfica** entre matéria (do grego *hyle*) e forma (do grego *morphe*) podem ser colhidos num luminoso passo do cap. 8 do Livro VI da *Ethica Nicomachea* de Aristóteles, onde, a propósito da vinculação arquitectónica entre deliberação prudencial e produção legislativa, o filósofo grego refere inequivocamente que

ἡ δὲ φρόνησις πρακτική· ὥστε δεῖ ἄμφω ἔχειν, ἡ ταύτην μᾶλλον. εἴη δ' ἂν τις καὶ ἐταῦθα ἀρχιτεκτονική. Ἔστι δὲ καὶ ἡ πολιτική καὶ ἡ φρόνησις ἡ αὐτὴ μὲν ἕξις, τὸ μέντοι εἶναι οὐ ταῦτόν αὐταῖς. τῆς δὲ περὶ πόλιν ἡ μὲν ὡς ἀρχιτεκτονική φρόνησις νομοθετική, ἡ δὲ ὡς τὰ καθ' ἕκαστα τὸ κοινὸν ἔχει ὄνομα, πολιτική· αὕτη δὲ πρακτική καὶ βουλευτική· τὸ γὰρ ψήφισμα πρακτὸν ὡς τὸ ἔσχατον. διὸ πολιτεύεσθαι τούτους μόνον λέγουσιν· μόνοι γὰρ πράττουσιν οἷοι ὥσπερ οἱ χειροτέχναι.⁵

⁵ A prudência é da ordem prática: nesse sentido, deve-se possuir ambos os conhecimentos [subent. do universal e do particular], sobretudo este último [subent. do particular], tendo que haver, para este caso, uma certa fundamentação arquitectónica [= orientadora = reguladora]. Ora, a prudência e a política são uma mesma disposição, embora a sua essência não seja a mesma. No que toca à prudência política, uma coisa é a “prudência dita legislativa”, na sua qualidade arquitectónica; outra coisa é a [subent. prudência] que comumente se denomina “política”, enquanto relativa ao particular. É esta última que se apresenta como prática e deliberativa, dado que o decreto é o domínio prático como que levado ao extremo [subent. da deliberação sobre o particular]. Eis porque a

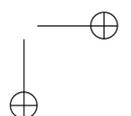
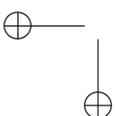


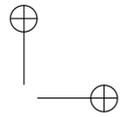


Dada a importância crucial do modelo mesomorfológico na filosofia prática de Aristóteles, não é de estranhar a especial atenção que nos merece a análise da deliberação prudencial no supracitado excerto do pensador grego, designadamente no que concerne à problematização – tão actual quanto complexa – da relação entre o acto de legislar em consonância com o regime político vigente, por um lado, e o acto de ajuizar em conformidade com a ordenação jurídica subjacente, por outro. Norteados pela visão kaufmanniana da filosofia do direito, vejamos de que modo essa desafiadora bifurcação de planos se espelha na interconexão crítica de três implicações.

A primeira implicação atinge, desde logo, o cerne da distinção clássica entre jusnaturalismo e juspositivismo. Como todas as bipolarizações, também esta obedece a um imperativo de arrumação conceptual. O problema deflagra quando, no plano operativo da sua efectiva aplicação jurídica, as ditas concepções paradigmáticas – à semelhança de dois majestosos cães de porcelana que se entreolham na sua impenetrável rigidez – concorrem não para viabilizar, mas antes para paralisar um acto decisionário crítico. Será, então, possível harmonizar dois modelos de fundamentação última do direito, por forma a resgatá-los de uma irreduzível dicotomia? A tentativa ensaiada por A. Kaufmann, no sentido de estabilizar teoricamente uma alternativa mediacional para a clivagem apontada, parece-nos suficientemente incisiva e convincente para merecer uma breve incursão reflexiva. Para simplificar, digamos que a perspectiva kaufmanniana demanda uma *terceira via* [*dritten Weg*] pela qual se torna possível instaurar a *mediação jurídica* [*juridische Vermittlung*] dos pressupostos que validam e sustentam as pressões sistémicas tanto do **direito natural** [*Naturrecht*] como do **direito positivo** [*positives Recht*]. Prosseguindo na esteira da **teoria do direito** [*Rechtstheorie*] do eminente jurista alemão Gustav

estes chamamos apenas de políticos: só eles actuam nesse domínio à semelhança de artesãos manuais [ARIST., *EN*, VI, 7-8, 1141b 21-29].

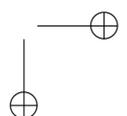
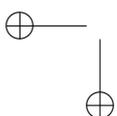




Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão..11

Radbruch, anti-positivista de cujo magistério colhe inspiração decisiva⁶, A. Kaufmann centra-se na busca de uma *terceira via* capaz de expurgar os excessos quer racionalistas e formalistas do direito natural, quer empiristas e convencionalistas do direito positivo. O diagnóstico dessa diametral oposição é fulgurante: no que concerne ao jusnaturalismo, o direito é objectivamente cognoscível na e pela natureza, enquanto preexistente na ordem da razão e na lei divina, encontrando-se o seu conteúdo de certo modo já predeterminado na rigidez da sua formulação ideal; no tocante ao positivismo jurídico, o direito não está predeterminado, ou pelo menos os conteúdos jurídicos não são cognoscíveis na sua alegada preexistência absoluta, mas decorrentes de uma construção convencional que torna plurívoco e volátil o seu conteúdo. O impasse daí resultante convoca o limar mediacional de uma "terceira via", à luz da qual os conteúdos concretos do direito não estão dados à partida, mas apenas **sinalizados** em certas figurações tipológicas, padrões indicativos e princípios indutores, motivo pelo qual também não existe qualquer vinculação absoluta do direito a conteúdos objectivos (i.e. naturais) ou divinos (i.e. transcendentais), mas antes a polarização do mesmo num determinado espectro de relações que apelam, antes e acima de tudo o mais, à inscrição valorativa de conteúdos, e não exclusivamente à pureza formal de essências ou à coerência lógica de formulações: só através de uma **mediação hilemórfica**, quer dizer de uma capacidade crítica para diferenciar e interligar a forma normativa dos princípios e a matéria valorativa dos casos, é possível superar as aporias geradas pelas posições extremadas tanto do equívoco naturalista como da falácia positivista. As ilações que A. Kaufmann extrai da reconfiguração axiológica e hilemórfica da fundamentação jurídica são, do ponto de vista da filosofia do direito, manifestamente relevantes e

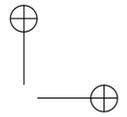
⁶ Vide RADBRUCH Gustav [*Rechtsphilosophie*, Leipzig: Quelle & Meyer 1932], *Filosofia do Direito*, trad. L. Cabral de Moncada, Coimbra: Arménio Amado, 1997 (6ª ed.).



incontornáveis: «O *direito*, que é parte da cultura, está "*referido a valores*": é "*a realidade que tem por sentido servir a justiça*". Este conceito de direito é notável por duas razões. Em primeiro lugar, *não é positivista*. O conceito positivista de direito limita-se a afirmar que o direito é um conjunto de normas de conteúdo arbitrário promulgadas de modo formalmente correcto (o Direito "em si" simplesmente não existe, é apenas uma designação de conjunto para as normas legais); (...) ao invés, (...) só têm a qualidade de jurídicas as normas que estejam referidas à Justiça, que estejam para ela orientadas. Em segundo lugar, (...) *não é jusnaturalista*, pois o "direito justo" não é equiparado ao valor jurídico absoluto, à Justiça (...): parte do facto de que o *princípio da igualdade* (tratar o igual de forma igual e o diferente de forma proporcionalmente diferente) vale, na verdade, em termos absolutos, mas tem um carácter meramente formal. Tem, portanto, que acrescer um princípio material (...).»⁷

A segunda implicação da teorização kaufmanniana do direito repercute-se no que habitualmente se designa de hermenêutica jurídica. Caucionar, porém, a ideia de que a hermenêutica é uma de muitas possibilidades para lidar com o mundo, implica estar disposto a admitir que qualquer acto de interpretação é, antes de tudo, simultaneamente objectivo, subjectivo e intersubjectivo. Através dele, a experiência humana, incluindo a jurídica, domicilia-se num "horizonte de compreensão" enriquecido pela urdidura das relações em jogo, não estando, *ipso facto*, necessariamente condenada a representar passivamente o objecto no reduto de uma consciência isolada (subjectiva), mas antes em ler, do ponto de vista conectivo da sua conformidade, o texto aberto das suas múltiplas relações. Quer isto dizer que o sujeito da interpretação jurídica «não se limita a "subsumir" o caso na lei permanecendo completamente à margem deste processo, mas desempenha um *papel conformador activo na chamada "aplicação do direito"*. O facto de a determinação do

⁷ KAUFMANN Arthur, *Filosofia do Direito*, *op. cit.*, 64 ss.

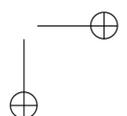
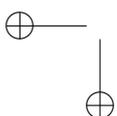


Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão..13

direito não ser apenas um mero acto passivo de subsunção, mas um **acto conformador**, em que intervém o **aplicador do direito**, significa que *o direito não é algo de substancial*, que não está (...) "nas coisas", e que, ao invés, todo o direito tem um **carácter situacional**, o direito é algo de **relacional**, existe nas relações dos homens entre si e com as coisas. Com isto se compreende facilmente que, para um tal pensamento jurídico, apenas possa existir um "**sistema aberto**" e, dentro deste, apenas "**intersubjectividade**"». ⁸ Neste contexto, o eminente filósofo do direito alemão chama a atenção para a tentativa de "**intermediar**" a querela fracturante entre jusnaturalismo e juspositivismo mediante o recurso a uma **terceira via** [*dritten Weg*], levada a cabo, em latitude jurídica anglo-saxónica, sob a batuta de Ronald Dworkin, filósofo do direito e politólogo norte-americano a quem se deve a sistematização da teoria dos *general principles of law*. ⁹ No cerne desta tentativa reside a distinção entre "*general principles*" e "*rules*", à luz da qual o direito é concebido principalmente como case law e não tanto como direito legal. Ora, de acordo com A. Kaufmann, para tornar compreensível a posição de R. Dworkin «tem de se dizer algo acerca da teoria do direito do seu professor H. L. A. Hart. Partindo da sua analítica positivista, Hart apenas reconhece como obrigatórias "*rules*" (...). Contudo, nem sempre estas "*rules*" são exactas; elas deixam "zonas de penumbra" e as suas margens são "vagas". Se um caso difícil ("*hard case*") não está inequivocamente coberto por uma regra jurídica, então o juiz decide de acordo com o seu juízo; no interior do seu espaço de discricionariedade, a sua decisão é sempre correcta. Neste ponto, em que Hart termina, começa Dworkin, para quem a pura analítica já não basta. Ele pergunta, como é que o juiz chega, nos casos difíceis em que são possíveis diferentes soluções jurídicas, apesar disso, a um determinado juízo. Na sua perspec-

⁸ *Ibid.*, 68 ss.; destacado nosso.

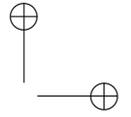
⁹ Vide DWORKIN Ronald, *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.



tiva, estamos perante um problema de interpretação. Ele concebe a **determinação do direito** como um **processo interpretativo**. (...) A novidade está em que Dworkin não admite apenas "rules", mas também "*general principles of law*" (mencionando sobretudo três valores fundamentais: justiça, *fairness* e Estado de Direito), os quais – em contraste com as concepções positivistas – são vinculantes (...) para todos os poderes estaduais: legislativo, judicial e executivo.»¹⁰

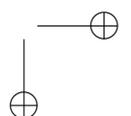
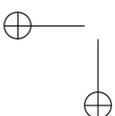
Last but not least, a terceira e última implicação da teoria kaufmanniana do direito sublinha o papel decisivo da **mediação tipológica** no limar prudencial da decisão humana. Graças a ela, torna-se possível, segundo Kaufmann, estabelecer juridicamente um constante *feedback* dialéctico entre **produção legislativa** a montante e **aplicação normativa** a jusante. Nesse sentido, tudo indica, à partida, que a linguagem jurídica deveria, em nome de uma suposta objectividade, ser absolutamente exacta, unívoca e unidimensional, movimentando-se apenas num plano puramente formal e categorial. Convém, todavia, refrear tais expectativas, posto que as normas legais apenas se podem efectivar, em vista da sua máxima operacionalidade, se os conceitos abstractos que travejam a formalização de uma norma estiveram abertos às situações da vida. Posto isto, há que ter em conta que um conceito geral abstracto permite definir um objecto através da classificação de um conjunto de "características" fechadas e unívocas. Contudo, a este nível demasiado estrito de conceptualidade abstracta, apenas os conceitos numéricos cumpririam, em boa verdade, a exigência formal de uma pura univocidade. Já no tocante aos conceitos legais, embora a sua génese exija a forma juridicamente optimizada de uma abstracta generalidade, o certo é que a eficácia da sua aplicabilidade depende do concurso de *conceitos ordenadores*, *conceitos funcionais* e *conceitos-tipo*, que não "definem" nem "classificam" a realidade

¹⁰ KAUFMANN Arthur, *Filosofia do Direito*, op. cit., 75-76; destacado nosso.



Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão..15

dum fenómeno, mas antes a "descrevem" e "tipificam" de forma suficientemente tangível para ser analogicamente percebida, compreendida e interpretada enquanto tal. Duas são as fases intermutáveis desse processo metódico de determinação tipológica e analógica do direito: por um lado, a aproximação da situação da vida à norma, por outro lado, a aproximação da norma à situação da vida. Não se trata aqui de dois momentos – indutivo e dedutivo – em intermitente sucessão temporal, um após outro; trata-se antes da dinâmica *simultânea* de um "ir-e-vir" que se realiza **tipologicamente na abertura analógica da situação da vida à norma e da norma à situação da vida**. Vale a pena reportar, apesar da sua dilatada extensão, o excerto onde a posição de Kaufmann adquire plena nitidez: «**O tipo constitui o meio-termo entre o geral e o particular, é comparativamente um concreto, um *universale in re***. (...) O tipo, na sua maior proximidade à realidade (...) não é definível, mas apenas "explicitável", ele tem na verdade um núcleo fixo, mas não fronteiras fixas, de tal modo que pode faltar um ou outro dos "traços" característicos de um tipo sem que seja por isso necessário pôr em causa a tipicidade de uma determinada situação de facto. **O conceito (...) é fechado; o tipo é aberto. O conceito conhece apenas o rígido "sim ou não", (...) é um "pensamento que separa". O tipo (...) pelo contrário conforma-se com o "mais ou menos" da realidade multifacetada e liga tomando conscientes as conexões de sentido, nele o geral é compreendido de forma sensível, "integral". (...) Se transpusermos o que foi dito para o plano do direito, então o tipo (...) surge como o ponto médio entre a ideia de direito e a situação da vida**, em torno do qual todo o pensamento jurídico em última instância circula: ele é o **meio-termo entre justiça normativa e justiça material**. É ao mesmo tempo **modelo do fenómeno passageiro e paradigma da ideia**. Ele recebe a sua luz de ambos e é assim, por um lado, **mais rico em conteúdo e mais plástico do que a ideia** e, por outro lado, **mais válido, mais espiritual e mais duradouro do que o fenó-**

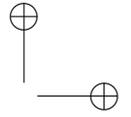


meno. (...) Compreende-se agora que o direito nunca pode ser idêntico à lei, porque, na sua plenitude concreta de conteúdo, não se deixa enclausurar nos conceitos legais. Não se pode pois admitir um sistema jurídico fechado, "axiomático", mas apenas um sistema aberto, "tópico". (...) No processo de realização do direito (...), o legislador tenta conceptualizar as situações típicas da vida da forma mais precisa possível; mas a **jurisprudência** tem depois de **disseminar** de novo estes conceitos, pois eles mostram-se demasiado limitados ("definidos") para poder fazer justiça às situações de vida; **imediatamente**, contudo, começa o **processo de sentido inverso**, no qual é dada (porventura pelos comentadores da lei) uma **nova definição "corrigida"** do conceito em questão, que, por seu lado, em presença da multiplicidade da vida apenas pode servir para um período mais ou menos duradouro – um **processo que nunca terá fim.**»¹¹

* * *

Mercê de uma visão estritamente formal do positivismo legalista, a uma cultura concreta da vida, sucedeu uma cultura abstracta e dogmática da razão, a que a praxis jurídica frequentemente se acomodou. Por outro lado, aos interesses próprios do cidadão, opôs-se um conceito normativo de instituição e de sistema que, não raras vezes, suscitou corporativismos politicamente auto-imunes, mas socialmente inaceitáveis. Como consequência, assistiu-se ao triunfo da burocracia e dos requentados dispositivos reformistas, enquanto o próprio sistema de justiça se converteu como fim em si mesmo, relegando o cidadão para uma situação marginal, quando não como corpo estranho à concepção política da ordenação jurídica e à definição orgânica da sua funcionalidade. Desta feita, se abriu o caminho para uma reiterada auto-legitimação formal do sistema de justiça, incapaz de comunicar com a realidade, contribuindo assim para gerar e agravar a confusão entre a

¹¹ *Ibid.*, 184-189; destacado nosso.



Modelação normativa no Direito e mesomorfologia da decisão.17

percepção justa da justiça e suas inúmeras contrafacções, designadamente as que se insinuam em fenómenos de politização judicialista (v.g. pressões ideologicamente direccionadas), judicialização política (v.g. violações selectivas do segredo de justiça) e justiceirismo popular (v.g. inibições subliminares da presunção de inocência).

Eis a razão pela qual a filosofia ética e política de Aristóteles pode, num certo sentido, contribuir para reabilitar aquela clássica noção de prudência ou sabedoria prática (grg. *phronesis*) cujo exercício se traduz na modelação da universalidade formal de uma norma ou lei na singularidade material de uma situação concreta e particular em contextos decisionários de elevada densidade crítica, como a ética, a política e o direito, entre outros mais. A capacidade decisionária do homem prudente representa, por isso, o paradigma vivo, a regra incarnada, de uma capacidade mediacional (mesomorfológica) que torna possível, seja qual for o domínio da actividade humana, discernir o momento oportuno e a justa medida de cada acto, avaliar os meios mais ajustados em função dos fins pretendidos, mobilizar os recursos mais eficazes em função dos efeitos esperados e, por fim, responder pelas consequências daí resultantes.

