

O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito

Antonio Castanheira Neves

I

Proponho-me um tema de reflexão, e por isso um tema nem jurídico-dogmático (desde logo, jurídico-constitucional como é comum, e de será exemplar Rudolf Wassermann, *Die Richter Gewalt – Macht und Verantwortung des Richters in der modernen Gesellschaft*, 1985), nem simplesmente teórico-analítico (a função jurisdicional como actividade analisável na sua estrutura, nos seus tipo de actos e de decisões, etc.) e também não sociológico (em que logo se procurariam os quantificáveis estatísticos), mas justamente reflexivo, sobre a função judicial como jurisdição – na intencionalidade convocante que a essencializa, na sua responsabilidade perante o direito e como dimensão constitutiva do Estado-de-Direito. Tanto é dizer que é o sentido, o problema do sentido que à função jurisdicional corresponde no actual quadro institucional global do nosso universo prático, que iremos considerar¹.

O que dito assim em termos muito gerais, significa tanto uma externa e indispensável demarcação problemática como uma interna e necessária especificação intencional. Demarcação problemática, já que não nos ocuparemos, de qualquer forma que fosse, dos *problemas estruturais* da função jurisdicional, sejam eles estritamente *institucionais* – quer de organização, da organização judiciária (dos tipos e da constituição dos tribunais, da sua hierarquia e do sistema dos recursos etc.), quer de governo (de administração e do *contrôle* e modos dele, sejam heterónomos ou de auto-governo, etc.), quer de responsabilidade (da responsabilidade e das suas índoles, disciplinar, criminal, civil, mesmo constitucional) –, sejam eles *estatutários* – a referir

1 Sentido da função judicial como jurisdição e assim o sentido da função jurisdicional estritamente, já que se a função judicial competirá em exclusivo aos tribunais, já tribunal e jurisdição se não implicam necessariamente. Não apenas nos casos evidentes de desempenho de funções não jurisdicionais pelos tribunais, pois poderá inclusivamente discutir-se, e efectivamente se discute (cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª. ed., 679,ss.) se na função jurisdicional em bom rigor se integra o desempenho dos tribunais constitucionais no seu *contrôle* abstracto da constitucionalidade das leis, a comumente designada “justiça constitucional” – ponto de que, todavia, aqui não curaremos, nem será agora particularmente relevante. Sobre a específica caracterização de “jurisdição”, pode ver-se o nosso *Da jurisdição no actual Estado-de-Direito*, in *Ab uno ad omnes, 75 anos da Coimbra Editora*, 195,ss.

directamente o “estatuto dos juizes”, regime de acesso e de “carreira” e bem assim a índole e as garantias da sua independência –, sejam ainda os problemas, tão amplamente controvertidos, da específica *legitimação decisória* do poder-função judicial no contexto dos padrões e exigência de legitimação de todos os poderes político-comunitários, ou sequer os problemas que diremos já *funcionais ad hoc*, já *conjunturais* – aqueles a terem a ver com o modo como a sociedade do nosso tempo esperaria que os tribunais funcionassem, na linha das expectativas políticas e sócio-culturais a que deveriam corresponder, assim quanto ao uso e modo da autoridade, também à participação ou não dos interessados nas decisões através de titulados e diferentes “papeis” e em que grau de corresponsabilidade, ainda quanto à transparência comunicativa e na comunicação; estes, os conjunturais, a considerarem, desde logo, os tempos de decisão e a eficácia perante a afluyente massa das solicitações, etc. Todos este problemas, na sua relevância decerto, de que o pensamento jurídico tão-só ou fundamentalmente cura ou tem curado, consideramo-los, não obstante, problemas *externos*, apenas problemas externos relativamente a um outro bem distinto e para além de todos esses, que é o *problema do sentido*, do sentido da jurisdição *qua tale* e a encarnar num certo modelo específico de realização, e que compreendemos antes como o *problema interno*, o problema intencionalmente interno da função (ou poder) jurisdicional e que, já por isso, será dela ou perante ela o problema decisivo. Pois se aqueles primeiros problemas interrogam e se propõem esclarecer-nos dos poderes, da organização, dos diversos estatutos dos agentes, da sua responsabilidade, inclusivamente dos objectivos político-socialmente a alcançar no seu exercício institucional, já este último problema interroga diferentemente pelo *quid* que em si mesma manifesta a função jurisdicional, pelo que é e pelo que faz (melhor, pelo que deve fazer) a função judicial, enquanto jurisdição, na imanência determinante da sua diferenciadora intencionalidade. Nele não está em causa, nem a sociologia – os pressupostos, as condições e os efeitos sociais –, nem o sistema funcional – a estrutura organizatória, a funcionalidade e a eficiência –, e sim o próprio sentido da função judicial enquanto jurisdição. Não o *contexto*, nem o *como* funcional, mas *o que* essa função é chamada a realizar e faz nas condições contextuais e mediante aquela funcionalidade. Pelo que se reconhecerá, com efeito, que sejam aqueles problemas externos e este, e só este, o problema interno da função jurisdicional. Posto que com uma particular relação entre os dois tipos de problemas: nos primeiros temos as *condições*, as condições de possibilidade da jurisdição que se analise ou se pretenda, no segundo manifesta-se antes o seu próprio *momento constitutivo*. Por isso podem ser decerto relevantes, muito relevantes mesmo, uns, aqueles; mas, na verdade, apenas o outro, este, será decisivo – toca o sentido e com o sentido a essência, digamo-lo assim, não tão-só o condicionamento funcional e a contingência instrumental.

Ora, o que me proponho, reitero dizê-lo, é uma contida reflexão sobre o problema do sentido da função judicial enquanto jurisdição, e assim sobre o problema interno e intencional dessa função jurisdicional.

Uma reflexão sobre esse tema específico e que, justamente por ser uma reflexão – é um segundo esclarecimento que quero fazer –, exclui a atitude de uma distância teórica (melhor dita teórica), em que a responsabilidade como que coubesse só ao objecto, pois que no reassumir compreensiva e reconstitutivamente um sentido implica-se um compromisso – todo o sentido, como tal, o implica –, uma responsabilidade que qualquer reflexão, ao dirigir-se ao essencial do sentido e ao assumi-lo, sempre criticamente nos imputa. Não haverá, pois, uma distanciada neutralidade, mas a responsabilidade de um sentido, já que a esse somos nós, reflectindo, que ao assumi-lo o constituímos. Por outro lado ainda, como reflexão será – pelo menos vivamente o pretende ser – também um estímulo reflexivo, uma reflexão que se comunica e nessa comunicação dialoga, dialoga problemático-criticamente, e espera, como tal e nesse seu próprio estímulo, ser continuada nesses mesmos termos. Não que se não ofereça conclusiva, ou se não proponha sê-lo, e assim longe de se admitir já como uma *opera aperta*, já como uma sinfonia incompleta pelo corte da vida e menos ainda como qualquer capela imperfeita, posto que das “capelas imperfeitas” se vê afinal o céu, o aqui certamente não acontecerá. – não porque se aceite uma qualquer dessas modalidades, mas porque ao convocar-se um sentido, no seu compromisso, convoca-se já por isso também os outros a, reflexivamente, assumi-lo ou não.

Por último, compreenderéis decerto, pela circunstância e pelo tempo disponível, que aquilo que disser o diga em termos referencialmente tópicos e expressivamente sintéticos.

II

1. O problema de um sentido é o que neste momento nos preocupa. Só que, por um lado, o sentido é sempre o menos acessível e o problema, um qualquer problema, por outro lado, só emerge com o romper da barreira da evidência – ou, o que no fundo o mesmo, quando uma pressuposição embate com uma realidade e a experiênciam que a recusam. Menos acessível o sentido, porque sendo embora ele o que constitui e funda, é o que justamente por isso sempre vai oculto, está no fundo e não à superfície – a exterioridade flagrante vê-se inegável, o sentido, tal como o ser, terá de pensar-se numa constitutiva reflexão. E o nosso problema foi, durante o muito tempo de quase dois séculos, ocultado efectivamente pelo que se tinha por uma evidência. Por todo o tempo

e sob a evidência com que o sentido da jurisdição se postulava no sistema (no “paradigma”) político-jurídico pós-revolucionário da realização do direito como estrita aplicação da lei. Na verdade, o seu sentido nesse sistema tinha-se por constituído uma vez por todas e definitivamente, como que teria aí adquirido a necessidade de uma “natureza”. E desde então e como tal, se deixara assim de ser duvidoso, por isso mesmo não seria um problema e não havia de ser discutido. Essa sua natureza evidente – ainda nela eu próprio fui ensinado – resultaria duma inferência daquele idealizado universo político-jurídico, com as suas três coordenadas capitais que bem se conhecem: o Estado estruturado por um estrito princípio de separação de poderes, o direito identificado com a lei ou com uma prescritiva legalidade, a função jurisdicional definida por uma, já aludida, aplicação estrita dessa legalidade. Não importa considerar neste momento a origem político-ideológica de um tal Estado e o que dele se esperava, nem a constituída justificação complexa, não deixe de dizer-se, desse direito-lei com a sua legalidade e como aquele sentido da jurisdição era afinal de um e de outro um simples corolário. O que importa é reconhecer que estas três coordenadas constitutivas passaram a ter-se por pressupostos e, como tais, o que, em si já não pensado (problematicamente pensado), sustentava o pensamento, postulando as condições da inteligibilidade possível – é esse, todos o sabemos, a significação e o relevo dos pressupostos da inteligibilidade. E deste modo e nestes termos se constituiu a evidência que tirava sentido ao problema do sentido da função judicial enquanto jurisdição.

Só que deixou, também há muito, de ser assim, deixou de ser evidente tudo isto. Reconhecem-se problemáticas não só cada uma daquelas coordenadas como o universo político-jurídico que visaram constituir – volveram-se problemáticas todas elas neste nosso actual mundo humano-histórico e prático, bem mais complexo, criticamente de outro compromisso e profundidade e muito menos deduzível, a implicar uma diferente circunstância político-prática e também jurídica em geral, em que é outro o Estado, outro o Direito e outra a intencionalidade e a exigência da sua normativa realização. A evidência volveu-se problemática, porque aquelas suas pressuposições ocultavam uma realidade que entretanto se manifestou já iniludivelmente muito diferente, e emergente essa outra realidade, em referência a ela e de modo diferente tudo devia ser pensado, repensado.

2. O sentido que problemático-criticamente queremos pensar na sua problematicidade actual é o sentido da função judicial enquanto jurisdição. E se esse sentido e o seu problema não podem decerto insular-se numa abstracção do universo prático global em que se inserem e em que unicamente são pensáveis tanto o problema como o sentido – assim efectivamente o consideraremos, como se verá –, terá decerto fundamental interesse, como

primeiro passo necessário, vemos desde já como esse sentido evidente, no sistema que antes referimos e de que partimos, foi perdendo criticamente essa sua evidência até ao ponto, justamente, em que tornou um específico problema – e se manifestou afinal o nosso problema.

São duas fundamentalmente as referências aqui a atender. Por um lado, aquela que, começando por se fixar na análise crítica da *sentença*, do conteúdo efectivo da sentença judicial enquanto o núcleo e a expressão da jurisdição, logo passou à consideração tanto dos resultados normativos da mesma jurisdição como da real intencionalidade a reconhecer à actividade decisória dos *juizes* e, portanto, à própria realidade da função judicial – análise crítica que culminaria, melhor, evoluiria para uma revisão metodológica do próprio pensamento jurídico em geral. Por outro lado, a referência que temos na reconsideração da posição e do relevo da função judicial, dos tribunais se dirá agora, no funcionalmente sistémico “sistema jurídico”.

a) O contributo da primeira referência revelar-se-ia, pois, plural, e diferenciaremos nela quatro linhas principais - as aludidas. O ponto de partida de todas elas foi todavia comum e esteve na crítica denúncia do modelo normativista da aplicação lógico-dedutiva seja do direito-lei, seja em geral de um direito formalmente pressuposto. Esse modelo, com uma insistência *ad nauseam* na “subsunção” dedutiva havia passado de um projecto nitidamente ideológico, assim desde Beccaria até a Montesquieu, para um esquema metodológico que o positivismo legal-normativista postulava e com que acriticamente se identificaria, já que nesse esquema via ele não só a confirmação da sua teoria das fontes do direito, com a primazia do legislador e a lei enquanto a *fons fontium*, como a condição de um estrito cumprimento do princípio político-jurídico da separação dos poderes.

Ora, uma primeira dessas linhas a traduzir-se justamente em revelar, pela sua análise crítica da sentença, que esta não se realizava em termos apenas lógico-dedutivos com exclusivo fundamento na lei ou num qualquer direito pressuposto e que antes nela concorriam efectivamente, e pelas próprias exigências da prática decisória e judicativa, ponderações práticas, “juízos de valor” ou concretas valorações, momentos volitivos e considerações teleológicas. Muitos são os autores aqui convocáveis (Rümelin, Rumpf, Carl Schmitt, Reichel, Isay; e também Kelsen, não obstante o seu radical normativismo, embora de modo diferente ou por estritas considerações epistemológicas etc.). Quase todos, salvo Kelsen, a integrarem, *et por cause*, o “movimento do direito livre”, e em que eram nítidos dois objectivos, tanto a desmistificação do legal-positivismo ideológico como a sublinhar a central relevância da concreta decisão judicial na manifestação e realização da juridicidade, e com isso

não menos a alteração do protagonismo no universo jurídico, já que se até aí o legislador dominava, ou se queria que dominasse, a ribalta desse universo, deveria falar-se agora de “a emancipação do juiz” (a expressão é de Hans Reichel).

Uma segunda linha tirou, dir-se-á, as consequências normativas desta crítica analítica, alargada embora ao nível jurídico-metodológico, e afirmou com concludente validade, desde o importante ensaio de Oscar Bulow (*Gesetz und Richteramt*, já em 1885), passando por S. Belaid, e na própria pátria do legalismo (*Essai sur le pouvoir createur et normatif du juge*, 1974), até hoje, com p.ex., R. Asis Roig (*Jueces y Normas*, 1995)) e muitos outros – permito-me invocar também o meu contributo no mesmo sentido, ao definir os quatro limites normativos da lei, limites objectivos, limites intencionais, limites temporais e mesmo limites de validade e que a jurisprudência é chamada a superar – o que se poderá dizer, de novo com Belaid, “o poder criador e normativo do juiz”. Consequência normativa essa, com os seus múltiplos e identificáveis resultados em novos institutos e critérios jurídicos, que leva, mesmo nos sistemas de legislação, a reconhecer irrecusavelmente o *Richterrecht*. A que acresce ainda a contínua ampliação, a que hoje se assiste, de domínios e problemas que convocam uma indispensável solução-decisão judicial (v. *Digesta*, 3º., 176-171). Tudo a induzir o tema *Der Richter als Gesetzgeber* (A. Meier-Hayoz, 1952), de *Giudici legislatori?* (M. Cappelletti, 1984), “*Der Richter als Ergänzungsgesetzgeber*” (R. Wssermann, ob. cit., 18), etc.

Uma terceira linha, a manifestar-se já no pensamento do universo anglo-saxónico, e portanto no espaço da *Common Law* e com particular acentuação no pensamento jurídico americano, a partir de O. W. Holmes Jr. (a partir da sua sempre referida conferência *The path of the law*, 1897) e o conseqüente e poderoso *Legal Realism* – com os seus particulares compromissos filosóficos, epistemológicos e metodológicos, a afirmar essencialmente na decisão judicial o pólo constitutivo e o referente capital do jurídico relevante. O direito, dizia Holmes como bem se sabe e contra o imperativismo da jurisprudência analítica de Austin e a minimizar o próprio vínculo dos precedentes, radicalizando portanto a própria perspectiva de *judge-made law*, é o que os tribunais dizem que é e tal como o declaram – o que unicamente nesses termos, e através da convocação de múltiplos factores de diversa índole, numa previsibilidade ou probabilidade explicativa, se haveria de decisoriamente prever (“*the prophecies of wath the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law*”). A partir de aí, com efeito, não mais deixou de se focar primordialmente essa decisão (*adjudication*), referida agora com um relevo jurídico universal ou não restringido à *Common Law*, e numa perspectiva de novo crí-

tico-analítica que acaba sempre por propor programáticas orientações que nela se deverão assumir, já funcional-metodologicamente, já ideologicamente, em ordem a fins político-sociais postulados e de que a decisão judicial haveria de ser instrumento. Limitar-me-ei a chamar a atenção para dois contributos importantes nessa linha - sem esquecer decerto o relevo que de modo diferente, não já analítico e crítico e antes como momento capital numa global concepção do direito, à *adjudication* é dado no pensamento de Dworkin, ao considerar *the Law as interpretative concept*. Referia-me, no entanto, a Richard Posner, na sua recente monografia com o título, já bem esclarecedor, *How Judges Think* (2008), e a Duncan Kennedy com a sua, não menos elucidativa, *A Critique of Adjudication – Fin de siècle* (1997). O primeiro, depois de distinguir e criticar o que diz serem as “nove teorias” do *judicial behaviour*, reconhecíveis no pensamento norte-americano, e de analisar todos os factores, externos e internos, que nesse comportamento decisoramente judicial se reconheceriam, enuncia, como perspectiva por que a decisão judicial, a *adjudication*, se deveria determinar, contra o que diz ser a concepção do *law legalism* e em alternativa a este, uma orientação antes teleológico-consequencialistamente pragmática – aliás, em coerência com o também interdisciplinar pragmatismo do seu actual pensamento jurídico em geral, já de uma perspectiva menos radicalmente económico como foi o de uma primeira fase. O segundo, Duncan Kennedy, numa crítico-analítica de um empenho mais amplo e integrado no movimento dos *Critical Legal Studies*, expressamente imputa à *adjudication* o compromisso ideológico da *new left*, como político-funcionalmente deveria ser também o do próprio direito.

Referências estas que apenas nestes termos, sem mais esclarecimentos e desenvolvimentos, se suspendem, pois o que neste momento tão-só nos interessa é dar-mo-nos conta de como a decisão judicial, em todas as latitudes e de diferentes modos, passou ao primeiro plano das preocupações do pensamento jurídico, vendo nela, diferentemente da tradicional tão-só dogmática determinação da normatividade jurídica pressuposta, um momento nuclear da constituição e manifestação do próprio direito. Preocupação essa que alcança ainda um outro nível, ao não se esgotar apenas na consideração do conteúdo, das consequências normativas e do *modus* e relevo da sentença-decisão, mas ao convocar mesmo a problemática metodológica do pensamento jurídico como o *locus* em que afinal se deverá definir a sua essencial intencionalidade normativo-jurídica, concorrendo assim aquela preocupação assumida por esta problemática para uma normativo-intencional determinação da judicial decisão judicativa do mesmo passo que estimula, já por isso, uma capital revisão também do pensamento jurídico. É esta a última linha das quatro a que aludimos.

Condicionado decerto por um particular contexto, humano-cultural e histórico-social, que rompia com o unilateral e esgotado intelectualismo cientista de oitocentos – a este propósito, pode ver-se o nosso artigo *Jurisprudência dos interesses* (Digesta, 2º., 215,ss.) –, o pensamento jurídico europeu continental, na passagem do séc. XIX para o séc. XX e nas primeiras décadas deste último século, à sua até então orientação que se dirá *teórica* – fosse a exegético-construtivista no positivismo francês, fosse a conceitualmente sistemática na pandectística *Begriffjurisprudenz*, e numa atitude que se queria de ciência (ou teórica) – contrapõe, através de um poderoso movimento de revisão metodológica que foi de Gény (com os seus *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* e *Libre recherche scientifique du droit...*) ao “movimento do direito livre”, da “jurisprudência dos interesses” à “jurisprudência sociológica” e à “jurisprudência das valorações”, etc., antes uma orientação *prática*, assumidamente prática, no objectivo e no modo. O objectivo deixou de ser menos o da apenas determinação objectiva do direito positivo, mediante uma sua hermenêutico-conceitual-sistemática explicitação, para se propor, diferentemente e sobretudo, orientar a concreta realização do direito através de uma outra metodologia de sentido prático-prudencial e problemático-teleológico. Com o que naturalmente e mais uma vez a decisão judicial, a decisão judicativa concreta, era chamada ao primeiro plano da atenção do pensamento jurídico, e já numa atitude de menor interesse epistemológico e de maior preocupação justamente judicativa – dizia expressamente Heck, *caput scholae* da *Interessenjurisprudenz*, que os juristas não trabalhariam para fazer ciência e sim para servir a vida, preparando a concreta *Rechtsgewinnung* através da sentença judicial. Mudança de orientação para que viria também a concorrer tanto a invocação da tópico-retórica, com o seu contributo para a revisão do pensamento jurídico, como, mais tarde, a consideração da perspectiva metodológica da hermenêutica, com a sua chamada à concretização da *applicatio*, em que não menos muitos puseram toda a esperança e complacência. E por tudo o que o pensamento jurídico deixou de se entender apenas dogmático (dogmático-determinante) para se passar a compreender fundamentalmente problemático (problemático-judicativo) e assim necessariamente de uma abertura normativo-juridicamente integrante e constituída em concreto. E se implicava ou não isto a convocação da argumentação como a *ratio* necessária, se na argumentação, que não na dedução, teríamos ou não a racionalidade jurídica, é ponto que podemos deixar de momento de lado, pois basta-nos agora concluir que esta mudança geral do pólo principal de referência do sistema normativo pressuposto para a realização judicativa do direito conferia uma nova e evidente responsabilidade e protagonismo à decisão judicial, à jurisdição.

b) Não ficaria, no entanto, completo o quadro que tem estado a abrir-se-nos, quanto aos dados a atender para uma revista compreensão da função jurisdicional, sem a consideração da segunda das referências a que dissemos se deveria ainda ter presente. E que tem a ver, como também aludimos, com a posição e o relevo que aos “tribunais”, com a sua jurisdição, é atribuída no actual pensamento jurídico-sociologicamente sistémico. Num dos últimos livros de N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (de 1993), um dos seus capítulos, o sétimo, tem justamente por epígrafe: *Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem* (a posição dos tribunais no sistema jurídico). E para sustentar, nada menos, que essa posição e esse relevo são centrais no mesmo sistema – conclusão que, não deixe já de dizer-se, será também a nossa, embora por razões muito diferentes. Assim, teria hoje de reconhecer-se o poder juridicamente constitutivo das decisões judiciais, em termos de haver afinal de afirmar-se paradoxalmente que “o juiz ‘cria’ o que ‘aplica’”. Por um lado, e com fundamento no princípio da “proibição da denegação da justiça”, teria de decidir concretamente alternativas a mais das possibilidades oferecidas pelas leis como haveria também de decidir sempre na ausência das prescrições quer de lei, quer de contratos; por outro lado, se o sistema jurídico, para além da contingência dos “programas” daquelas prescrições, se diferenciaria pelo seu constitutivo e universal esquema *Recht/Unrecht*, em que por isso, e num paradoxo, se viam unificados componentes contrárias, o que afinal os tribunais fariam, nas suas opções decisórias entre essas componentes contrárias e a que sempre estariam obrigados, era desparadoxizar o sistema jurídico. Teria, pois, de concluir-se não apenas que a jurisdição concorreria, em termos fundamentais, para a construção e a actuação do universo jurídico e bem assim para o desenvolvimento do pensamento e da argumentação jurídicos, como estaria juridicamente presente onde as outras personagens do sistema jurídico, o legislador e os contraentes, poderiam estar ausentes – o que, por uma e outra razões, significaria que os tribunais, ou os juízes, ocupariam no sistema jurídico uma posição central, enquanto os outros participantes, no seu *in put*, apenas ocupariam a periferia. do sistema

Com o que não tem de se concordar em todos os pontos, mas o que não pode negar-se é que temos aqui mais um importante contributo para a chamada da função judicial ao primeiro plano do universo jurídico, em termos de não serem já admissíveis os aproblemáticos lugares comuns com que ela tem sido compreendida (incompreendida).

c) A evidência, pois, que começámos por referir à intencionalidade com que o pensamento jurídico por tanto tempo compreendeu a decisão judicial viu-se deste modo, e por todos os contributos considerados, de todo posta em causa - a evidência rompeu-se e com a sua ruptura o sentido da função judicial,

enquanto jurisdição, tornou-se problema. E problema que nos cumpre directa e especificamente assumir, pois tudo o que até agora dissemos e pusemos em relevo nem verdadeiramente o chegou a pôr, nem o resolveu – o problema impôs-se-nos certamente, mas sem ficar esclarecido em si, ou no seu sentido, e muito menos resolvido.

Reconheça-se, com efeito, que com termos visto os elementos práticos que na jurisdição autonomamente concorrem, reconhecido os seus resultados normativos assim como a revisão metodológica que lhe passou a ser associada e ainda o relevo que afinal lhe deva ser atribuído no sistema jurídico, e terem já todos estes pontos a ver decerto com o sentido interno da função judicial, nem por isso ou com a consideração apenas de esses pontos o próprio sentido da jurisdição na sua internalidade, pela referência à sua constitutividade intencional e ao seu esquema institucional no âmbito global do universo jurídico, foi verdadeiramente atingido – ainda aqui, e de novo, se terá de reconhecer que uma coisa é o que nela se manifesta e se implica e ainda o seu relevo, outra coisa é o que ela é em si mesma e com o sentido que a constitui e do mesmo passo a diferencia nesse universo. E é o que a partir daqui queremos directa e unicamente considerar.

III

1. Pensar o sentido da jurisdição implica necessariamente pensar a sua relação intencional ao sentido do próprio direito que nela se convoca – *jurisdictionio*. Um diferente sentido do direito determinará um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo, já que este será uma função intencional e institucionalmente decisória de aquele – como se compreenda e assuma o direito, assim correlativa e intencionalmente se determinará a função judicial-jurisdição para o realizar. Daí que importe, como um primeiro passo intermédio, posto que necessário e que se nos vai revelar mesmo decisivo, distinguir as possíveis concepções do direito (não seria incorrecto, no caso, dizer “tipos ideais”) que se nos ofereçam hoje em alternativa. E quanto a este ponto, pensamos como capital considerar as concepções que correctamente se designarão por *normativismo*, *funcionalismo* (funcionalismo jurídico, decerto) e *jurisprudencialismo*. É esta distinção um tema de que recorrentemente nos temos ocupado, pelo que vamos agora atendê-la sinteticamente e apenas no que nela mais importe para o objectivo que nos propomos. Com duas observações mais. Omitiremos a referência aos pressupostos, de todos os níveis (filosófico-antropológicos, culturais em geral, políticos, económico-sociais, etc.) que a cada uma dessas concepções nos permitiriam a sua última inteligibilidade, mas que também nos ocupariam agora excessivamente. Do mesmo modo que prescindiremos de uma contextualização histórica que logo

nos mostraria que nos tempos clássicos e mesmo genericamente pré-modernos era natural a centralidade da jurisdição no universo jurídico – baste-nos recordar a pretoriano-jurisprudencial jurisdição romana e o carácter jurisdicional da própria função real no medievo europeu, onde *rex* era *judex*, e em que se continuava afinal a concepção antiga, mesmo bíblica, do poder político (Sals. 89,15; 99,4) –, ou antes que a modernidade e com ela o Estado moderno trouxesse ao primeiro plano a normatividade jurídica pressupostamente prescrita. Por isso ficaremos pelo que àquelas concepções linearmente as caracteriza.

2. Ora, uma concepção do direito oferece-se-nos na resposta, assim o temos também insistentemente sustentado, a três perguntas fundamentais, às quais, respondendo cada uma das concepções que se considere de modo diferente por isso entre si se revelam também distintas. Essas perguntas são: 1) com que sentido e de que modo intencionalmente constitutivo visam o direito e assim o compreendem e o objectivam – ou seja, o que é para elas o direito?; 2) qual a específica racionalidade que a cada uma corresponde, e ainda com que categorias de inteligibilidade pensam e determinam o direito daquele modo compreendido?; 3) como, em corolário operativo das respostas dadas às duas perguntas anteriores, se estruturam intencional-metodologicamente para o cumprimento daquele sentido e assumindo essa racionalidade? E a função judicial como jurisdição não será senão a instituição que actua esse modelo intencionalmente metódico, sustentado, por um lado, pelo sentido do direito pressuposto e pensado, por outro lado, segundo aquela específica racionalidade.

a) O normativismo foi a concepção – muitos gostarão mais de dizer “paradigma” – que dominou por mais de três séculos, que nos antecederam, e que ainda perdura no pensamento jurídico, digamos, ortodoxo. É, pois, de todos bem conhecido e referímo-lo também já atrás na base da evidência que começámos por aludir e que de seguida problematizámos. De todo o modo temos de voltar a considerá-lo agora de um modo mais explícito, posto que igualmente em breves palavras, não apenas por uma razão sistemática, mas sobretudo para desse modo nele vermos uma consequência de sentido que, na sua negatividade, será neste momento criticamente relevante.

Assim, o normativismo globalmente considerado leva em si duas dimensões diferenciáveis que acabaram por convergir unitariamente. O normativismo estrito com uma primeira manifestação no racionalismo jurídico da modernidade em que se traduziu o então antropológico jusnaturalismo, isto é, com o jusracionalismo também axiomáticamente moderno; e o político-prescritivismo do revolucionário iluminismo jurídico que lhe foi consequente e o assimilou noeticamente, sobretudo por todo o século XIX, e que viria a ser o

legalismo. Pelo que o normativismo na sua globalidade acabou por ser afinal o *legal-normativismo*. E o que o caracteriza, em referência às três atrás enunciadas perguntas e dito muito brevemente, é, em primeiro lugar, o postular o direito exclusivamente como um sistema de normas prescritas por um poder legislativo, sistema de normas que numa sua auto-racionalidade dogmática se constituiria e deduziria e nesses termos também racional-autonomamente se sustentaria. Esse sistema de normas seria o direito – não haveria outro qualquer direito para além ou diferente dele –, sistema que em si mesmo se definia e também em si subsistiria, sem mais ou sem desenvolvimentos que não fossem auto-integrantes. Estava-se, pois, perante um platonismo de normas – de que a codificação, fenómeno caracteristicamente iluminista, foi corolário e em que esse platonismo de normas teve a sua mais plástica projecção – ainda que se possa porventura falar hoje de códigos pós-iluministas (Incluirei desde logo aqui o Código civil brasileiro de 2002, com a sua abertura aos princípios e as suas profundas referências éticas através das “cláusulas gerais”, com a sua convocação da concretização e assim da colaborante e responsabilizante decisão judicial?). E para ser pensado, em segundo lugar e coerentemente, numa racionalidade normativa axiomáticamente sistemática em que seriam categorias principais a *norma*, certamente, mas como *nomos* racional, não funcional ou intencionando algo além dela; o *conceito*, os conceitos jurídicos que presidiam e orientavam a construção dogmática; e o *sistema* auto-subsistente, já o dissemos, de normas legais hermenêutico-conceitualmente elaborado no seu fechamento normativo-axiomático – e assim não obstante as “lacunas” que vieram embora a reconhecer-se, mas contra a anterior categoria “direito subsidiário”, pois que as lacunas foram também elas um conceito próprio da codificação normativista e seriam afinal superadas pela referida auto-integração do próprio sistema, que outra coisa não se pretendia que fossem as analogia *legis* e *juris*. Depois e em terceiro lugar, a essa racional sistemática de normas, na sua subsistente idealidade, seguir-se-ia por exigência prática a sua aplicação ao concreto-particular da realidade social – ao *prius* das normas do sistema jurídico seguir-se-ia o *posterius* da sua aplicação e a isso se dirá o *dualismo normativista*, o dualismo normativo-metodológico característico do normativismo. Que tanto é dizer, e já que o direito ia por inteiro no sistema pressuposto das normas, que a concreta solução jurídica deveria obter-se por mera *aplicação* sem nenhuma mediação jurídico-normativamente constitutiva e o que só mediante uma operação lógico-dedutiva, só pela relação logicamente formal de congruência do geral ao particular, se poderia conseguir. Foi o que sempre se pretendeu com a convocação do judiciário silogismo subsuntivo enquanto esquema da aplicação legal-normativística das normas jurídicas – e em termos de poder dizer-se, como Arthur Baumgarten o dizia, que essa aplicação não era em si um problema jurídico (*kein Problem*).

Foi assim que o legal normativismo pensou a jurisdição, que competia à função judicial, como simplesmente uma lógica aplicação. A jurisdição submetia-se ao “paradigma da aplicação” – tal seria o seu sentido. Era assim ainda que, institucional e coerentemente na ordem dos poderes, o legislativo seria *the supreme power* (J. Locke), “só o legislador, não o juiz decidiria”, que o “poder judicial” seria *en quelque façon nulle* (na fórmula e na pretensão de Montesquieu, embora nele com um particular fundamento sociológico-institucional), do mesmo modo que o juiz, na pureza ideal, também mais não seria do que *la bouche de la loi*, e com isso numa funcional fungibilidade sem pessoal invocação e responsabilidade.

Era tudo isto, digamo-lo em crítica conclusão, não só uma estreita concepção do direito, criticável em todos os seus três momentos relevantes, como o mostrámos noutras oportunidades – posto que de uma complexa justificação histórica de que aqui continuamos a abstrair e em que concorreram tanto condições filosófico-antropológicas como religiosas, tanto económico-sociais como directamente ideológico-políticas, e em que se quis ver *inclusive* uma universalidade de sentido. Como não menos de uma já insustentável compreensão da função judicial enquanto jurisdição, como já amplamente vimos atrás.

b) Com o funcionalismo entramos num outro mundo, um outro e decerto mais actual mundo – mas não menos criticável. O direito é agora um instrumento normativamente prescritivo organizado e mobilizado para a realização de objectivos e fins em si não jurídicos, sejam eles políticos, estritamente sociais ou económicos, com os seus centros de referência a localizarem-se assim funcionalmente fora dele e em termos de se haver de dizer, como expressamente não deixa de dizer-se, que nessa sua perspectivação de “*good for*” também o seu sentido terá de obter-se “*from the outside*” (R. Posner). O direito perde autonomia e mesmo substantiva consistência para passar a ser apenas um *nomen* aglutinador de contingentes compromissos funcionais, de particulares instituições programático-decisórias e de certos critérios prescritivos – pelo que o funcionalismo se reconhecerá afinal nesta formal instrumentalidade, não obstante aquela sua neomaterialização, verdadeiramente como um nominalismo jurídico. Quanto à sua racionalidade, será ela manifesta e coerentemente quer uma *Zweckrationalität* (Max Weber), quer uma “razão instrumental” (Horkheimer), numa regulamentar programação finalística que ao nível da sua realização se reconhecerá em termos ou mais tecnológicos estritos ou mais rigorosamente estratégicos – isto é, ou directamente mediante o esquema técnico meio/fim ou mais complexamente estratégico com os fins a lograrem-se por uma optimização dos efeitos segundo as circunstâncias. Para tanto prescreverá *regras* – não já “normas”, no específico e racional sen-

tido destas, ou então normas enquanto apenas critérios operatórios –, referirá *standards* ou padrões abertos, análogos às “cláusulas gerais”, e modelos ou programas em lugar de sistemas normativamente dogmático-axiomáticos. Isto dito assim em geral, pois que são plúrimas as modalidades do funcionalismo jurídico e cada um delas especificará aquela racionalidade e os seus critérios. Haverá, com efeito, que distinguir o funcionalismo político do funcionalismo social em sentido amplo e neste o funcionalismo social em sentido estrito do funcionalismo económico, além ainda do funcionalismo jurídico sistémico. Deixaremos agora de lado este último, por constituir um domínio muito particular na sua complexa diferença – e já criticamente o estudámos noutra oportunidade. Pelo que ficaremos por dizer neste momento que no funcionalismo político há que distinguir os vários e ideológicos alternativismos, que já tiveram a sua hora, do decerto mais relevante e actual político-constitucional, a tender a identificar a juridicidade com a constitucionalidade, – e a esse atenderemos especificamente adiante. Quanto aos outros, tomados na sua globalidade, observar-se-á que privilegiam os fins, num programático finalismo de compromisso político-socialmente estratégico, que aí o funcionalismo social estrito considera ainda e sobretudo os efeitos numa actuação tecnológica, mediante uma racionalidade especificamente tecnológico-social, que o funcionalismo social económico, especificamente na *Law and Economics*, assume o cálculo custo/benefício da racionalidade económica em ordem à eficiência, etc. Com o que – e é a resposta do funcionalismo à terceira das perguntas que enunciámos – o julgador em concreto, o juiz digamos, se volve num “operador” que actuará taticamente no terreno, no terreno das questões histórico-concretas, a estratégia global, política, social ou económica, que será afinal o direito e ao serviço da qual funcionalmente está – numa relação assim estratégia/táctica – e com a relativa e operativa abertura que sempre corresponde à táctica exigida pela estratégia e para o seu êxito em concreto. Pelo que o operador concreto será afinal um *menager* ou um *juge entraîneur* – assim expressamente foi já considerado – e o seu modelo de actuação temo-lo na *decisão* em sentido próprio, numa titulada *voluntas* de opção entre soluções alternativas, pretenda-se ela embora racionalmente controlável pela “teoria empírico-analítica da decisão”. Ou seja, ao paradigma normativístico de “aplicação” sucede o paradigma funcional de “decisão” e o julgador-operador, contra a anónima e irresponsável fungibilidade que vimos própria daquele primeiro paradigma, adquire antes um particular protagonismo, um protagonismo de funcional colaboração, através da sua actuação decisória, na realização e êxito dos programas finalísticos e estratégicos. È nestes termos que ele se revela um “juiz político” no funcionalismo jurídico político (sobre o tema do “juiz político”, podem ver-se Wietholter, R. Wassermann, Dieter Simon, desde logo), um técnico social no funcionalismo jurídi-

co social-tecnológico (v. Hans Albert), um juiz economista no funcionalismo jurídico económico.

E se é este, em conclusão, o sentido da função judicial no funcionalismo jurídico, também se haverá de reconhecer que o reforçado relevo que essa função aí adquire vai correlativo à perda de sentido e de autonomia do próprio direito – equação esta que de modo algum é necessária, como já a seguir se verá. Sendo certo que “direito” passaria então a ser puramente uma jurídico-política no funcionalismo político, simplesmente uma jurídico-tecnologia social ou uma apenas jurídico-administração no funcionalismo social tecnológico, não mais do que uma jurídico-economia no funcionalismo social económico, etc. Pelo que, em paráfrase a Nelson, que noutra circunstância e em crítica a Kelsen falou de uma ciência do direito sem direito, poderemos nós dizer, retoricamente também agora, que estamos perante uma juridicidade e um pensamento jurídico sem direito.

Ora, é esta minimização e incompreensão do sentido do direito, na sua específica autonomia e na irrenunciável importância dela, com uma grave e correlativa funcional instrumentalização da função judicial, que o jurisprudencialismo se propõe superar, recuperando a autenticidade tanto do sentido do direito como do sentido da função jurisdicional.

c) É assim que havemos de reconhecer que o direito nem é apenas norma ou um sistema de normas na abstracção em si virtualmente subsistente numa auto-razionalidade dogmática, nem menos ainda um funcional e nominalístico instrumento simplesmente prescritivo-regulatório com um sentido a procurar fora dele próprio, mas uma *validade*, uma axiológico-normativa validade de, como tal, problemática e constituenda realização. Como validade implica decerto uma pressuposição, a pressuposição inerente à normatividade, e do mesmo modo e simultaneamente uma intenção à realidade em que visa cumprir-se, e já por isso é-lhe essencial uma tensão normativa, a tensão justamente entre normatividade e realidade – neste caso realidade prática, a realidade das situações e comportamentos práticos na sua histórica dinâmica autonomia, e não simplesmente “factos” empíricos correlativos à logicidade das normas, como no normativismo, ou nada mais do que variáveis sociológicas, como no funcionalismo –, a oferecerem-se entre si diferentes e contrários naquela tensão normativa, e que só pela resolução do problema da sua realização, de problemático-concreta realização que assim continuamente suscita, pode ser resolutivamente superada. Daí que o direito, enquanto validade, menos do que objecto na sua própria intencional pressuposição, é verdadeiramente *problema* – o problema sempre aberto de uma normatividade problematicamente realizanda e assim também continuamente consti-

tuenda, reconstituenda, na sua própria realização. Pelo que, nestes termos, são duas as dimensões constitutivas do direito compreendido como validade, uma dimensão normativa, de intencionalmente regulativa normatividade, e uma dimensão problemática, de aberta problematicidade concreta – dimensões entre si referentes e sempre presentes ou sem que aquela exclua esta ou esta possa ser reduzida por aquela. Ora, se o normativismo, pela sua pretensa auto-subsistência dogmática, ignorava a dimensão problemática, o funcionalismo, na sua minimização tão-só prescritiva, excluía a dimensão normativa da validade, com a sua implicação axiológica, pois que é ela exactamente axiológico-normativa e não voluntarístico-prescritiva.

Compreensão do direito como validade, que não apenas norma ou *lex* e *versus* função, que exige decerto uma particular fundamentação. E temo-la efectivamente tentado recorrentemente pela convocação, conjunta e integrada, do que digo as condições da emergência e do sentido do direito como direito. Referirei neste momento sobretudo a *condição ética*, já que põe ela perante nós a pessoa como o referente capital e o titular da humana prática jurídica. Duas outras condições serão a condição mundanal, ou da pluralidade humana na unicidade do mundo, e a condição de comunidade enquanto ela própria condição existencial, condição empírica e condição ontológica da nossa existência uns com os outros no mundo humano-histórico – mas a essas e deixamo-las agora. Pois é da condição ética, ao implicar ela o transcender quer do antropológico, quer do estritamente racional ao axiológico do reconhecimento ético-normativo, que se infere, já por isso, o postular de uma validade, validade que à pessoa reconheça dignidade, e com esta lhe postulará tanto a igualdade como lhe imputará responsabilidade. Só que também agora nada mais diremos sobre esse ponto decerto fulcral, já que neste momento mais relevante do que essa fundamentação será atendermos às consequências. E são essas consequências, por um lado, a determinação no que bem se reconhecerá ser a tectónica ou a estrutura do universo jurídico; e, por outro lado, a recompreensão do sistema jurídico.

No que toca à tectónica ou estrutura do universo jurídico, implica ela a consideração de também quatro dimensões constituintes e numa específica dialéctica entre elas – um *dimensão axiológica* que se projecta regulativo-normativamente em princípios (princípios jurídico-normativos, que não os axiomático-racionais “princípios gerais do direito” do positivismo normativista), uma *dimensão dogmática* que determina em normas a indeterminação da validade principiológica enquanto tal (mas normas como condicionais esquemas de solução e em referência de fundamento e sentido aos princípios: a “interpretação conforme os princípios”), uma *dimensão problemática*, nos termos já aludidos, e uma *dimensão praxística* de realização concreta, a qual através da mediação da

dimensão problemática convoca as normas, como critérios, e através destas e estas os princípios como fundamentos.

No que se implica também já o sistema jurídico, o sistema jurídico na sua pluri-estratificada composição e no seu muito específico entendimento e na sua dinâmica, que até agora não tínhamos atingido. Pois concorrem nele decerto os princípios enquanto, como já dissemos, fundamentos normativos, axiológico-normativos, as normas enquanto critérios, também já o aludimos (é fundamental esta distinção e a exacta compreensão normativa entre *fundamentos* e *critérios*, aqueles postulados nos princípios e este oferecidos pelas normas, e que se não confunde com a já comum distinção dogmática entre “princípios” e “regras”); assim como concorrem também a casuística da jurisprudência, da realização jurídica jurisdicional, na qual, com uma presunção de justiça, se faz como que a experiência problemático-concreta da normatividade da validade; e ainda, por último, a global realaboração dogmático-doutrinal numa intenção de integrante e unitária racionalidade do todo *secundum jus*. Isto, por um lado; por outro lado, esta estratificada composição dinamiza-se numa contínua reconstituição fomentada pela também contínua problemática da realização praxística, com a sua sempre exigência de um *novum* normativo correlativo e adequado ao seu também *novum* problemático – pelo que a unidade sistemática *secundum jus* não será nunca um *a priori* e sim uma tarefa a cumprir reconstitutiva e regressivamente *a posteriori*.

Tudo isto numa sumária e simples alusão, mas que nos permite compreender que a todo este universo lhe é própria uma dialéctica que se polariza numa problemática de axiológico-normativa realização – é essa problemática que se visa assumir para o cumprimento da validade através dela e é essa problemática que continuamente estimula a reconstituição da normatividade da validade a cumprir. Assim como compreendemos também que a racionalidade (normativo-jurídica), agora convocada e em causa, é afinal a que essa dialéctica em si manifesta. Trata-se da dialéctica entre *sistema* e *problema* – entre o sistema problematicamente aberto e por isso também sempre a reconstituir em que a normatividade da validade jurídica vai logrando a sua determinação, a sua provisória determinação, e o problema que a abertura problemática e em referência a ela sempre o sistema terá de enfrentar. E se a índole desta racionalidade dialéctica é decerto a de uma *Wertrationalität*, a racionalidade de fundamentação normativo-problemática – não a racionalidade axiomático-dedutiva do normativismo, nem a funcional *Zweckrationalität* e consequencial do funcionalismo jurídico –, igualmente se reconhecerá que o eixo dessa dialéctica racionalidade está aí onde a mediação entre o sistema e o problema concretamente se realiza – que tanto é dizer, centra-se na mediação judicativa, já que é no juízo decisório

que os problemas concretos se assumem convocando a normatividade da validade jurídica, que o sistema vai manifestando, do mesmo passo que se revela o estímulo à reconstituição deste. Pelo que a juridicidade não tem sentido, nem se pode autenticamente pensar sem a consideração dessa mediação judicativa em que ela culmina realizando-se, isto é, em que se manifesta a sua específica realidade e reconstituição.

E se é a função jurisdicional o *locus* com legitimidade para essa constitutiva mediação judicativa, com não ser outro o seu sentido justamente como jurisdição, duas conclusões capitais se têm de enunciar: 1) o paradigma da função judicial com jurisdição é o *juízo* (sobre o “juízo”, em toda a sua caracterização e fundamentação, v. o nosso ensaio *Da jurisdição no actual Estado-de-Direito*, in *Ab uno ad omnes*, 198,ss.): o juízo decerto prático, e não estritamente lógico ou de apenas inferências dedutivas, o juízo, pois, como ponderação problemático-prudencial com fundamento reflexivamente normativo – tenha-se presente a distinção kantiana entre juízos “determinantes” e “reflexivos”. Paradigma assim do juízo - nem o paradigma de “aplicação”, determinativo-dedutiva própria do normativismo, nem o paradigma de decisão, voluntivo-finalístico-consequencial, essencial ao funcionalismo. 2) o relevo e a importância da função judicial como jurisdição é, na verdade, central no universo jurídico – não porque é chamada, em termos sistémicos, a desparadoxizar o “sistema jurídico”, mas porque nela temos a lídima expressão da realização do direito, em que a normatividade do direito problemático-concretamente se assume realizando-se com autonomia e reflexivamente encontra o mais forte estímulo à sua reconstituição.

IV

1) Tínhamos visto o sentido que essa função tinha, ou verdadeiramente se queria que não tivesse, no normativismo – no pressuposto de uma muito limitada compreensão do direito, a função judicial ou o juiz nela actuando-a queria-se que fosse um mero aplicador fungível e despessoalizado de uma juridicidade de que não teria nenhuma responsabilidade e para que constitutivamente nada concorreria e assim perante ela *en quelque façon nulle*. E também o seu sentido no funcionalismo – passa aí do anonimato de fungibilidade e de total subordinação para o protagonismo de um táctico decidente ao serviço de uma estratégia, só que uma estratégia em que correlativamente é o sentido do direito que tende a anular-se numa funcional instrumentalização a outros objectivos e fins que não são especificamente os seus, mas da política, dos programas e efeitos sociais, da economia. E acabamos de ver agora, num contraponto, o seu sentido, de todo diferente, no jurisprudencismo – em que tanto o direito como a jurisdição encontram o seu próprio e específico lugar,

sem que entre si se reduzam ou se vejam diminuídos na respectiva autonomia e relevo, e antes se reconhecem num irrenunciável equilíbrio no sistema jurídico global. Sublinhemos ainda que a centralidade que à função judicial como jurisdição aí se reconhece no universo jurídico, nem limita o sentido do direito na sua autêntica normatividade, como vimos acontecer naquele primeira concepção, nem virtualmente o anula na sua autonomia, como resultará daquela segunda concepção, antes postula e pressupõe essa sua autonomia, e esta não de um modo formal e sim no modo normativamente material de uma validade, e justamente por isso ou nessa pressuposição é a função jurisdicional, com o sentido lhe atribuímos e nos termos que referimos, chamada a concorrer como momento de necessária e específica mediação normativamente judicativa da sua problemático-praxística realização. Por tudo isto, é esta a nossa opção.

2) Só que, e para que as coisas sejam assim no seu pleno significado e na sua real importância, exigem-se, e havemos de bem compreender, três condições capitais: 1) a reafirmação da autonomia do direito, em sentido próprio e com todas as suas consequências; 2) uma recompreensão do sentido do Estado-de-Direito, em que essa autonomia se reconheça e institucionalmente se cumpra; 3) a convocação da independência da jurisdição judicial, e esta menos no seu estatuto do que na sua responsabilidade ético-comunitária e como vocação, para além da função.

a) A autonomia do direito tem sido para nós também um tema recorrente – se é que se não tornou ele o nosso tema. Pelo que apenas muito sumariamente o retomamos agora. E pela invocação de duas linhas de consideração. Uma linha positiva, com a referência ao que essa autonomia significa e à determinação normativa que a sustenta, e ainda a consideração dos seus limites, dos limites do próprio direito afinal; e uma linha negativa, a sublinhar outras importantes dimensões práticas com que ela se confronta e também o que exclui.

a.a) Na linha positiva, de significação e determinação, há que atender ainda a três pontos. Desde logo, e em primeiro lugar, autonomia do direito significa a afirmação e o reconhecimento do direito como uma dimensão axiológico-normativa materialmente diferenciada e subsistente no nosso universo prático humano – e assim nem de uma normatividade formal, nem de uma prescritividade funcional. O que só pode afirmar-se, ao compreender-se o direito, não simplesmente como norma e menos ainda apenas como função, mas como *validade*, nos termos atrás enunciados. E validade implicada, vimo-lo também já, no próprio sentido que ao direito advém na sua emergência através das três condições de constituição do direito como direito, em que é capital a *condição ética*. No direito como validade, e validade com a intencionalidade axiológico-normativa que assim lhe vai implicada, afirma-se e sustenta-se o direito na sua autonomia.

Depois, ou em segundo lugar, essa validade que, como tal, regulativamente se exprime não se fica apenas na regulatividade normativa, adquire uma específica normatividade susceptível de uma também particular determinação. Referimos essa determinação igualmente mais de uma vez. Pelo que neste momento apenas diremos que uma particular analítica lhe diferencia três planos de determinação normativa. Um, de maior contingência positivo-social, que propende a confundir-se com a objectivação histórica que a juridicidade obteve no sistema do direito vigente. Outro, de uma específica principiologia jurídica, de prático-cultural subsistência como que transhistórica e em que o sentido do direito vai adquirindo a sua fundamental manifestação – aí desde logo se distinguem, para além dos princípios jurídicos positivos, sobretudo os princípios normativo-jurídicos transpositivos e os princípios axiológico-normativos suprapositivos. E um terceiro plano de uma substantiva e dialéctica axiologia essencial entre o *suum* e o *commune*, entre autonomia e responsabilidade em que a matriz última do direito afinal se reconhece. E pensados esses planos, e as suas respectivas normatividades, na unidade de uma também dialéctica historicamente constitutiva em que o direito vai encontrando, não só a sua manifestação, como também a sua contínua convocação intencional – unidade essa que se poderá designar a “consciência axiológico-jurídica” do momento histórico que se considere. – assim como nessa consciência temos a *justiça* que o direito é e exprime.

O que não significa, evidentemente, que na normatividade de validade que referimos, nestes seus três níveis de determinação, tenhamos toda a normatividade jurídica possível e relevante, que nela se esgote ou que com ela se confunda a que promane também das “fontes do direito”, prescritivas ou judicativas, que vão igualmente alimentando constitutivamente a dialéctica do sistema jurídico. Mas já significa que esta normatividade jurídica positiva haverá de manifestar-se em consonância com aquela normatividade jurídica fundamentante, que haverá de concretamente determinar-se e realizar-se sem a violar e assimilando-a – assim se cumprirá o sentido do direito e respeitará a normatividade da sua validade. Foi deste modo, e para que se não recusasse a afirmação irrecusável do sentido do direito mesmo num momento em que a ruptura com ele parecia ir no movimento da história, que sustentámos a sua axiológico-normativa validade ainda perante a revolução (em particular, a revolução portuguesa de 1974 e também em geral), em termos de aquela subsistir perante esta e não ter de ceder ao seu político poder real (v. *A Revolução e o Direito*, in *Digesta*, vol.1º, 51,ss.).

Por último, ou em terceiro lugar, pressupostos que sejam os dois pontos anteriores, em que se fundamenta a autonomia do direito e esta se diferencia, definir-se-á por implicação a problemática específica do direito. Com o que assim também o direito, e o seu diferenciado domínio prático, se delimitará

– que tanto é dizer que se podem pensar e se reconhecem os seus limites, os limites do direito, como correlato, se não corolário, da sua mesma autonomia e então esta não se postula apenas intencionalmente, admite *inclusive* uma delimitação objectiva, uma delimitação pelo campo objectivo da problemática jurídica. Pois se ao direito o sustenta um sentido em que se baseia o seu universo próprio e se implica a sua normatividade específica, fica com isso definido o campo da juridicidade e assim simultaneamente o direito se demarca – se demarca na sua intencionalidade e nas suas possibilidades no todo da realidade humana. É este o tema dos limites da juridicidade, que se podem especificar, conjugadamente, pela determinação problemática que ao direito unicamente lhe corresponde – trata-se de compreender quando e em que termos estamos perante um *problema de direito*, perante um problema que ao direito cumpre assumir – e pela normatividade constitutivamente coerente com o seu sentido e intencionalidade em que essa problemática deverá encontrar resposta. Tema este que vai, no fundo, desconhecido e também todo incompreendido no pensamento jurídico dominante, dado o seu cariz ainda predominantemente positivista. É no entanto um facto surpreendente que bem se justifica no quadro desse pensamento – é que para o nominalismo jurídico positivista o direito identifica-se com qualquer prescrição autoritariamente sancionada e, não pondo assim exigências quanto ao conteúdo da prescrição, o direito pode ser pensado formalmente sem limites. Ora, e para uma posição decisivamente contrária, há que considerar o que antes foi reflectido, que o sentido do direito *como direito*, ou autenticamente com o sentido de direito, resulta, e resulta só, da integrada conjugação das três condições já referidas, uma *condição mundano-social*, uma *condição humano-existencial* e uma *condição ética*, a condição que implica o reconhecimento axiológico da pessoa com a validade normativa que postula. E então, poderá dizer-se, numa imediata inferência, que não haverá juridicidade, que não estaremos no domínio do direito ou no espaço humano-social por ele ocupado e que o convoca, se não se verificarem essas condições: se não estivermos perante uma relação socialmente objectiva (constituída pela mediação do mundo e numa comungada repartição dele); se, embora num quadro de mediação social, não se suscitar a controvérsia, a exigir uma particular resolução, entre uma pretensão de autonomia e uma responsabilidade comunitária; se, não obstante a pressuposição de uma concreta controvérsia desse tipo, não estiver em causa a eticidade da pessoa – a pessoa como sujeito ético do direito e assim tanto sujeito de autonomia e direitos como sujeito de deveres e responsabilidade, fundados aqueles e estes numa pressuposta validade. É, no fundo, pela referência à primeira condição que comumente se diz, depois de Wolf e Kant, que o domínio do jurídico é a exterioridade, o mundo das humanas relações exteriores e não o da pura interioridade; é em consideração da segunda condição que se afirmará

também que com o domínio da estrita e solitária ou mesmo solipsística liberdade pessoal, que não seja correlativa ou em que não esteja em causa a integração comunitárias com as exigências implicadas, não tem a ver com o direito; é finalmente com fundamento na terceira condição que certas relações de carácter social e de implicação comunitária, mas em que não se manifesta activa (na sua ética irredução a objecto ou na sua absoluta indisponibilidade) ou passiva (na sua ética responsabilidade) o reconhecimento impositivo da pessoa, se excluem do direito. O primeiro ponto é decerto o mais tratado e de aceitação comum; o segundo ponto logo se compreende, se pensarmos nos compromissos religiosos, nas convicções ideológicas, nas determinações artísticas, científicas, na mera sociabilidade, etc.; e claro é também o terceiro ponto, se considerarmos a posição das pessoas nas puras relações de amor e amizade e quaisquer outras análogas em que não tenha sentido a atribuição e a correlativa reivindicação, a imputação e a sua responsabilidade, etc. – recorde-se a “parábola do filho pródigo”, a afirmar o amor para além da justiça, tenha-se presente a autonomizante e distanciadora relação de igualdade que Aristóteles via como pressuposto das relações de justiça e de que, por isso, excluía (de acordo decerto com a realidade cultural-social grega) as relações tanto entre pais e filhos como entre os cônjuges, refira-se as relações no seio das comunidades dos primeiros cristãos segundo os Actos dos Apóstolos, em que não havia “meu” nem “teu”, e igualmente todas as filadélfias, todas as comunidades de amor, *inclusive* as associações informais de amigos, etc. Tudo o que considerado e como uma sua síntese nos permite enunciar esta conclusão: estaremos perante um problema de direito – ou seja, um problema a exigir uma solução de direito –, se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objecto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma inter-acção de humana e exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objectivo-social em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (a exigir uma normativa garantia), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético). No que temos afinal um determinado *objecto* (as relações mundano-sociais) num particular *contexto prático* (o contexto da convivência pessoal-comunitária) de que emergem *controvérsias ou problemas normativo-práticos* a convocarem para a sua solução judicativa um *fundamento de validade normativa* (a validade axiológico-normativa implicada na axiologia da pessoa, na axiologia do reconhecimento da sua autonomia e da sua responsabilidade numa comunidade ética de pessoas). E compreendendo isto, compreendemos que os limites do direito vão implicados no seu próprio sentido, pois por esse

sentido se delimita a sua problemática específica, na intencionalidade e na possibilidade das suas soluções. O direito, embora de uma importância decisiva, não é tudo na realidade humana e torná-lo aí um disponível para tudo é tanto ignorar o que ele verdadeiramente significa como acrítica e inaceitavelmente instrumentalizá-lo.

a.b) Na linha negativa, aludiremos a também a dois pontos de maior relevo. O primeiro tem a ver com a relação do direito, na sua autonomia, com o político, sobretudo agora com o político constitucional, e trata-se de negar que a constituição seja o direito por antonomásia, a constituição a última instância e do mesmo modo a sede fatal do direito, e assim na identificação da juridicidade com a constitucionalidade. O segundo ponto refere a recusa de um qualquer holismo prático, e como implicação igualmente da autonomia do direito e para a preservar.

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

por politicamente mais relevante, como a sua intenção capital continua a ser ideológico-política e, portanto, o que sobretudo se propõe é perspectivar juridicamente uma certa intenção e um certo projecto políticos (cfr., ainda que numa diferente perspectiva, a considerar a distinção entre o jurídico e o político, relativamente à constituição, e a pensar aí o “acoplamento estrutural” entre ambos, N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, 468, ss.). Pelo que insistirei em dizer, quanto a este ponto, que a constituição não é senão o *estatuto jurídico do político*. O que nos permite duas inferências imediatas, que acabam por se traduzir numa alternativa. Ou se reconhece o que a própria objectividade manifesta, que o estatuto constitucional está longe, mesmo no seu nuclear projecto político-jurídico, de esgotar todo o universo jurídico – repetimos, nesse projecto apenas temos o jurídico considerado no momento e na intenção constituintes como o politicamente mais relevante – e então o direito, na autonomia do seu sentido e na globalidade da sua normatividade, terá de procurar-se para além e fora da constituição. Ou, num radicalismo político, recusa-se esta conclusão para impor a exclusiva aceitação do jurídico intencionado e proclamado político-constitucionalmente, numa estrita identificação da juridicidade com a constitucionalidade, e nesse caso, e por ser a constituição apenas o estatuto jurídico do político, a substância do jurídico estará no político e o jurídico não será mais do que a forma que normaliza esse político – o jurídico apenas positivará normativamente, numa legalidade constitucional, as livres opções políticas. Com o que o direito, identificado em último termo com a política, é tão-só um *nomen* substancialmente vazio, mera forma normativa disponível para o voluntarismo político, e perdendo assim, por um lado, toda a sua autonomia normativamente material, fica-lhe anulada a sua vocação de uma instância de validade e crítica perante o político e o seu poder – isto é, desaparece como dimensão materialmente específica de um autêntico Estado-de-Direito, já que na constituição o poder político, com a sua determinação ideológica, apenas normativamente se auto-limita para se auto-legitimar –, e assume, por outro lado, o destino e toda a contingência do político. Contingência que as sucessivas revisões da constituição, e por aleatórias circunstâncias ideológico-políticas, como tem acontecido em Portugal e também, se não erro, no Brasil, só fazem evidente. Destino esse que afinal será actualmente também o de crise, a crise que efectivamente se reconhece à sua possibilidade de subsistência “dirigente” ou regulatória (crise análoga àquela que havemos de reconhecer quanto ao paradigma de legalidade moderno-iluminista) e a reduzir a constitucionalidade afinal a um simples quadro aberto de possibilidades ou a uma mera reflexividade sistémica que terá de encontrar os seus integrantes critérios materiais e decisivos para além ou fora da constituição (são para aqui concludentes as reflexões e conclusões de J. J. Gomes Canotilho, in *Prefácio* à 2ª. ed. de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*).

E com isto nem tudo fica dito – há ainda uma outra consequência de melindroso relevo a considerar, e em que aquela conclusão se confirma. Assim, concentremo-nos embora nas dimensões constitucionais juridicamente nucleares, tais como os direitos fundamentais, os princípios jurídicos (os “princípios de justiça” constitucionais) e outras referências jurídicas – sem omitir, todavia, que será incorrecta a abstracção desses elementos no todo da constituição, dada a unidade desta e com relevo em todos os planos, do normativo ao hermenêutico. E uma vez mais somos postos perante uma alternativa em que o exacto sentido das coisas se esclarece. Nestes termos: aqueles direitos, princípios jurídicos e referências jurídicas sustentam o seu sentido e a sua vinculante normatividade jurídicos exclusivamente na constituição, unicamente porque esta os proclama e enuncia, ou a constituição apenas lhes confere uma particular tutela e garantia, a tutela e garantia justamente constitucionais? No primeiro caso, a constituição será deles autenticamente *constitutiva* – todas essas entidades jurídicas não existem nem têm sentido antes da sua proclamação e enunciação pela constituição e as vicissitudes da constituição, de alteração ou mesmo supressão, serão também as suas vicissitudes – e assim de novo o direito é tão-só a nominatística forma vazia politicamente disponível. No segundo caso, reconhecer-se-á à constituição uma função tão-só *declarativa* e constitucionalmente positivante desses valores, princípios e referências. Se a opção necessária for a primeira, vemo-nos pura e simplesmente remetidos para o que já considerámos, e teremos o regresso do exclusivamento político e a anulação da autonomia do direito no que materialmente, e não só formalmente, importe – e o direito volta a ser só política, com o destino e a contingência desta.. Se, pelo contrário, a segunda opção for a correcta, terá então de concluir-se que o fundamento e a normatividade daqueles direitos, princípios e outras referências jurídicas, cobertos e garantidos eles embora constitucionalmente, não os temos na constituição, mas de novo fora ou para além dela – digamos, na normativa intencionalidade específica do direito referida à autonomia do seu sentido. Igualmente então a problemática desses direitos, princípios e referências jurídicas não é materialmente uma problemática constitucional e sim especificamente uma problemática jurídica. E só não é sempre explícito o reconhecimento desta conclusão, com as suas implicações capitais, porque a compreensão dos mesmos direitos, princípios e demais referências jurídicas de positivação constitucional é envolvida por uma particular ambiguidade: o histórico consenso sobre todas essas entidades jurídicas não leva a pôr o problema do seu sentido, fundamento e normatividade, como nós acabamos de pôr, e a sua positivação constitucional só reforça e dá garantia a esse consenso – entre a constituição e as suas pressuposições normativo-jurídicas como que deixa de haver distância problemática. Mas essa problemática, ainda que oculta,

não fica eliminada. Podem iludi-la as constituições, digamos, consensuais – com terão sido, p.ex. e no seu momento histórico, a constituição federal americana de 1776 e a *Grundgesetz* alemã do pós-guerra, de 1949, e quero crer que também a constituição brasileira de 1988 – , mas ela ressalta com toda a sua gravidade no caso das constituições de ruptura e revolucionárias, as quais nem sempre se inibem, como a história tem mostrado e também a nossa, de ideológico-politicamente sobreporem imediatas intenções políticas e mesmo, a favor dessas intenções ideologicamente discriminatórias, de repelirem direitos e princípios jurídicos civilizacional-culturalmente irrenunciáveis, porque adquiridos como dimensões do próprio sentido, e sentido autônomo, do direito. Problemática e consequências estas, pois, que se têm de reconhecer sempre, na diferença e tensão que lhes vão implicadas entre o político e o direito, não só perante as constituições “más”, digamo-lo assim, mas como possibilidade perante todas as constituições – e pelas razões que foram, também em geral, enunciadas. Daí que se possa subscrever esta conclusão do malgrado pensador-jurista que foi René Marcic, e que, nem por parecer soar demasiado enfática, deixa de ser válida: “absoluta não é a constituição, absoluto é o direito”. E na coerência do que – permito-me ainda acrescentar e atrevido porventura alguma outra surpresa – a constituição, nos seus momentos especificamente jurídicos, deverá ser interpretada conforme o direito, desde que compreendido este na sua autonomia axiológico-normativa e na sua normatividade específica, como adiante se enunciará. Se é já comum o cânone da “interpretação conforme a constituição” relativamente à lei, no pressuposto de ser a constituição a última instância no sistema político-jurídico, analogamente a última instância que, por tudo o que foi justificado, será o direito perante a constituição jurídica imporá que esta, sem ver minimizado o seu relevo político, mas reconhecendo que juridicamente não é a última palavra, se assuma e interprete na sua validade jurídica em referência ou conforme o direito (e não por estritos critérios políticos).

Posição esta que, aliás, vê atenuado o seu isolamento se convocarmos o caso paralelo (embora só paralelo no ir além da constituição, já que o nosso plano é exclusivamente jurídico e não político) de John Rawls (*Political Liberalism*, 1993, Part Two, §§ 6 e 7), quando refere o *overlapping consensus*, a superar e integrar os limites da constituição, enquanto o último critério político-juridicamente hermenêutico e mesmo a instância final chamada a definir os princípios fundamentais da comunidade política no seu todo.

E considerado tudo isto, para concluir nos bastará uma só palavra: a constituição não nos oferece necessariamente o sentido do direito, assim como a juridicidade que criticamente ansiamos não no-la dá sem mais a constitucionalidade.

Quanto ao segundo ponto, de recusa do holismo prático, diremos que esse holismo, qualquer que seja a sua índole nas sociedades do nosso tempo, se parece convocar no direito o contexto global da realidade humana e social e assim reconhecer nele todo esse mundo que, sendo o nosso, é também o dele, o certo é que esse aparente enriquecimento do direito, pela globalidade do compromisso e pelas suas determinações *ab extra*, é realmente ilusório e de consequências desagregadoras, já que só arrasta à confusão das essências, ao anular as intencionais autonomias diferenciáveis, com os seus problemas próprios e irreduzíveis – se em tudo está o todo, o todo não será o critério imediato e específico de tudo – e com o resultado de o triunfo vir a caber afinal, com o conferir boa consciência conseqüente ao apagamento da sua autónoma distância de validade, a forças sociais mais poderosas, no poder e nos meios que mobilizam, relativamente às quais a *intentio* do direito e essa validade que postula deverá ser normativa instância crítica. É assim que o direito, na sua autonomia de sentido e normativa e na sua específica problemática, não será política, mas validade; não será estratégia, mas normatividade; não actuará por decisão de alternativas conseqüenciais, mas por juízo de fundamentante validade normativa. Pois, numa palavra, o direito não se propõe governar a sociedade, mas constituir uma validade axiológico-normativa que ao homem dê o sentido da sua prática.

3) A recompreensão do sentido do Estado-de-Direito dissemo-la a segunda condição a considerar, e nela depararemos com a conseqüência institucional que sobretudo nos importa.

O Estado-de-Direito deverá, com efeito, compreender-se hoje num sentido diferente e mais exigente do que aquele que começou por lhe corresponder na publicística alemã do séc. XIX. Assim, de um modo sumário e dirigido só ao essencial, diremos que nesse Estado recompreendido (ou a recompreender) o direito não será apenas *limite*, limite do poder político do Estado, mas verdadeiramente *dimensão constitutiva* do próprio Estado. E assim em termos de o Estado-de-Direito ser um Estado composto, uma instituição que na sua globalidade se integra de poder político e de direito (no seu autêntico e autónomo sentido) – com as também particulares conseqüências institucionais que nisso se implica para a sua possibilidade.

Aquela primeira expressão do Estado-de-Direito pensava-o como uma institucional auto-limitação que o Estado, no seu poder político, admitiria. A auto-limitação que reconhecia com o respeito dos direitos individuais (antes de mais os liberais direitos de liberdade e da propriedade) e o cumprimento das leis, da legalidade, e estas também na dupla função de pressuporem e definirem esses direitos e de regulamentarem a actividade político-executiva

do Estado. Pelo que, na verdade, do que se tratava era de um Estado liberal de legislação. E se a evolução posterior, pós-segunda guerra mundial sobretudo, alargaria a legislação à lei constitucional, a legalidade à constitucionalidade, e os direitos individuais se converteriam em direitos fundamentais, e mesmo em direitos do homem, e do mesmo passo o Estado de legislação passaria a ser então Estado constitucional, Estado-de-constituição, não alterava isto o essencial de o Estado-de-Direito, que assimilava essa alteração, manter o sentido – com os novos compromissos político-sociais, embora, postulados pela constituição – de uma instituição político-jurídica de *contrôle* e garantia. *Contrôle* e garantia que se traduziam nas condições e limites jurídicos a respeitar (e também esses limites afinal com limites, pense-se nos políticos “actos de governo” e na discricionariedade), as condições de direitos e limites de legalidade e constitucionais. Com o que sempre, todavia, a centralidade cabia ao poder político, posto se visse ele limitado juridicamente naqueles termos – o poder político conhecia limites, limites jurídicos, mas continuava a ser, até por isso apenas, o pólo da referência e da compreensão decisivas. O sentido constitutivo do Estado, ainda que Estado-de-Direito naqueles termos, mantinha-se essencialmente político. Essencialidade política essa que se tornou ainda mais evidente, se considerarmos que a lei, com a sua legalidade, rapidamente abandonou o sentido que o moderno iluminismo originariamente lhe imputava, de uma normativa racionalidade universal, para adquirir acentuada e progressivamente a natureza de um contingente mero acto político, de actos políticos normalizados com que se governa, e a constituição, com também a constitucionalidade, não poder deixar de reconhecer-se, não obstante toda a sua importância político-jurídica, como um comprometido projecto político juridicizado, como acabámos de ver, o “estatuo jurídico do político”, e seja a constituição politicamente de ruptura ou consensual.

Ora, o autêntico Estado-de-Direito, a recompreender e a refundar, é aquele em que o direito não será só *limite* da actuação política do Estado, mas verdadeira e autenticamente *dimensão constitutiva* do próprio Estado – a dimensão constitutiva em se manifeste a autónoma e específica *instância de validade*, com todas as suas consequências críticas perante o poder, no quadro global do universo prático-comunitário. O que implica, por sua vez, duas decisivas condições de possibilidade – uma intencional, outra institucional.

A condição intencional é certamente a viabilidade de se poder reconhecer e afirmar a autonomia do direito, posto que autonomia tal como a considerámos, não simplesmente formal com um conteúdo teleologicamente heterónimo, mas autonomia de uma própria intencionalidade normativamente material. E vimos como ela neste sentido é efectivamente reconhecível e afirmável. Só que, para que essa autonomia se afirme como dimensão constitutiva do Estado,

há que ir mais longe do que vimos ser próprio do comum Estado-de-Direito e garantir instutucionalmente que essa dimensão constitutiva da autonomia do direito nele se possa impor também com plena autonomia. O que exige uma instância específica, e mesmo uma instância de poder, que a tanto se proponha exclusivamente. Ora, se a tradicional instância jurídica se pretendeu que fosse o poder legislativo, com a sua legislação, e a legislação acabou por evoluir, como dissemos, para a expressão apenas de actos políticos, e assim com geral predomínio apenas do político, já por isso se impõe que uma outra instância seja chamada e tenha a responsabilidade de intencionar e realizar só o direito, na sua autonomia. Essa instância exclusivamente jurídica não poderá ser outra que não a função jurisdicional – e função jurisdicional tal como atrás a compreendemos. Pelo que esta função, com esse seu sentido, será o contra-poder jurídico do imediato poder político em geral. E a conclusão será esta: querendo levar a sério a afirmação da dimensão constitutiva do direito no Estado-de-direito, a índole política dos vários pólos políticos, nos quais se integra a função legislativa e a própria normatividade constitucional, há-de ter o seu contra-pólo na índole jurídica, exclusivamente jurídica, da função jurisdicional. Função esta a que compete, pois, assumir o direito, na sua autonomia, e afirmá-lo em termos de crítica validade perante todos os poderes políticos, e sem que a expressão dessa afirmação tenha o seu último estádio na constitucionalidade, no contrôle de constitucionalidade, já que, abrangendo decerto também esse controle, não deixará de ir para além dele, uma vez que, como vimos, a constitucionalidade não esgota ou identifica a juridicidade.

E com que legitimidade isto que assim se enuncia? Responderemos com duas palavras. Postulando que o “soberano” é a comunidade histórica globalmente considerada, e não qualquer poder diferenciado, e distinguindo nela “o político”, por um lado, enquanto a última intencional referência aos valores fundamentais e constitutivos da comunidade que vão encontrando expressão na axiológico-normativa autonomia do direito, e “a política”, por outro lado, enquanto já os compromissos ideológico-políticos de variável titularidade que nela actuam através dos diversos poderes, reconhecer-se-á então a funcional legitimidade comunitária desses poderes, mas não menos a legitimidade funcional do contra-poder que assuma, em intenção e de validade crítica, aquela referência comunitária última com os seus valores fundamentais. Há aqui o que se poderá dizer uma *Partnerschaft* (A, Arndt), uma comparticipação na intenção da comunidade e por ela legitimada, entre os poderes e aquele contra-poder – entre os poderes políticos e o contra-poder jurisdicional. Podendo então dizer-se, na bela fórmula de René Marcic, que o juiz ao titular esse contra-poder “é o representante originário da soberania ainda não delegada do povo”. Será isto afinal o que a Constituição portuguesa quererá dizer, no

seu Artº 202º., ao proclamar aí que “os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar justiça em nome do povo”? E então este contra-poder, a função jurisdicional, tem decerto como função política no Estado-de-Direito, mas a de ser a sua intenção exclusivamente o direito e para o afirmar na sua autonomia de validade. Com o que, como dissemos já noutra oportunidade, se poderá sustentar que essa função desempenha uma decisiva função política sem intenção política (sem que as suas determinações e critérios sejam directamente políticos) – a sua função política cumpre-a justamente, repetimos, na sua intenção só ao direito.

Com o que se deverá concluir que o Estado-de-Direito, no seu sentido autêntico, é uma organização político-jurídica *mixtum compositum* - intencionalmente, de política e direito, e, institucionalmente, de legislação (se a esta a continuarmos a ver como o mais evidente pólo político-jurídico) e jurisdição. E sem que assim se possa dizer que estamos perante a evolução “*vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*”, na formulação e na tese de René Marcic, sequer se afirma o *Jurisdiktionsstaat* com o radicalismo diferenciador com que Carl Schmitt o distinguiu tanto do *Gezetzgebungsstaat* como do *Regierungsstaat* e do *Verwaltungsstaat*, e menos ainda se aceite o “*gouvernement des juges*”. – “*alle Macht den Richtern*”. Pois, do que se trata, por um lado, é de conferir ao direito a sua importância *versus* a exclusividade, se não o absoluto da política, mas sem deixar simultaneamente de se reconhecer o lugar e o papel que a esta lhe compete como uma outra decerto dimensão constitutiva do Estado; e, por outro lado, a convocação da jurisdição à sua função essencial de assunção e afirmação do direito, na sua autonomia e igualmente nos seus limites, não implica chamar a jurisdição a outra intencionalidade e outra problemática que não as exclusivamente jurídicas, sem imiscuição, que a perverteria, em quaisquer domínios políticos que não são os seus.²

4) As duas condições anteriores ofereceram-nos decerto pressupostos capitais para que a função jurisdicional assumia o sentido que lhe é essencial, mas a essas duas primeiras uma terceira e última se deverá acrescentar. Referimo-nos à independência que a essa função importa garantir e que ela em si mesma, no seu exercício, deverá realizar. E se é isto evidente, pela exclusiva intenção ao direito que lhe cumpre e pela importância do seu papel no Estado-de-Direito – uma e outra coisa serão impossíveis sem uma verdadeira independência -, tudo, no entanto, será vão – reconheçamo-lo – se no seu exercício não se lograr a virtude de uma, também aqui, *condição ética*. E a ela sobretudo queremos agora atender, para terminar. Pois se é certo

2 O problema particular dos tribunais constitucionais, com o seu lugar e a sua competência muito específicos na ordem judicial global, deixamo-lo agora também de lado.

ser imprescindível a independência de estatuto, que tanto a independência objectiva ou especificamente funcional como a independência subjectiva ou directamente decisória são simultaneamente chamadas a assegurar, assim como também a exigência, a pôr um problema institucional muito particular, de exclusão da funcionarização dos juízes – tudo, não obstante, a incluir ainda nos “problemas externos” –, não menos certo é que o exercício da jurisdição com aquela intenção e o seu relevo institucional impõe aos seus titulares nesse mesmo exercício uma responsabilidade ético-comunitária que deverá ser assumida como uma *vocação*. Vocação que, por essa mesma responsabilidade ético-comunitária, haverá de ser ouvida pelo carácter e se espera que resista à funcionalização burocrática. Caberá assim à função jurisdicional e nela aos juízes, uma vez mais o digo, relativamente ao direito na sua autonomia e referindo a sua validade crítica, uma responsabilidade e um esforço análogos àqueles que K. Mannheim, na sua *Ideologie und Utopie*, apontava à *intelligentsia* relativamente à verdade – para todos é dever e tarefa o saberem vencer com coragem os obstáculos que impeçam, ali o acesso à verdade, aqui o acesso ao direito e à realização da sua justiça.

Textos complementares:

1. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, 1983, 3, b) (págs. 412-611);
2. *Da “jurisdição” no actual Estado-de-Direito*, in **Ab uno ad omnes**, 75 anos da Coimbra Editora, 177-227;
3. *Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito*, in **Digesta**, 3º, 161-198.