

António Braz Teixeira

SENTIDO E VALOR DO DIREITO

INTRODUÇÃO À FILOSOFIA JURÍDICA

*3.ª edição, novamente revista
e aumentada*

IMPRESA NACIONAL-CASA DA MOEDA

PREFÁCIO DA 2.^a EDIÇÃO

Este livro, cuja 2.^a edição, revista e ampliada, vem a lume quando se completam dez anos sobre a anterior, tem, na sua origem, a actividade docente do autor na Faculdade de Direito de Lisboa, como encarregado da regência da cadeira de Filosofia do Direito e do Estado, durante quase um decénio, prosseguida, depois, no Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa e, mais recentemente, também, na licenciatura em Filosofia da Universidade de Évora.

Nas diversas cadeiras que, até à data, regeu em mais de uma universidade, sempre o autor seguiu a prática de publicar as suas lições, por pensar ser seu dever fornecer aos alunos uma base segura e rigorosa de estudo e assumir, publicamente, a responsabilidade pelos seus erros.

Foi esta dupla consideração que o levou a ir corrigindo, acrescentando e actualizando as obras que foi dando a público e que não deixou também de estar presente na nova edição deste livro, a qual se traduziu, por um lado, em conferir mais esclarecedor desenvolvimento a certas matérias que a experiência docente revelou dele carecerem e, por outro, em procurar dar conta de orientações doutrinárias relevantes, que haviam sido anteriormente omitidas ou que surgiram ou encontraram eco na última década, além, evidentemente, da necessidade de referir a mais relevante bibliografia entretanto publicada.

Considerou, ainda, o autor ser conveniente efectuar algumas modificações na sistemática do volume, como a transferência para apêndice do anterior capítulo III da «Introdução» sobre A Filosofia do Direito Portuguesa, que foi, igualmente, revisto e acrescentado, ou a troca entre os dois primeiros capítulos da primeira parte, bem como a alteração dos títulos das duas partes da obra, originariamente intituladas Antropologia e Direito e Axiologia e Direito, por se afigurarem mais adequados ao respectivo conteúdo os que agora passaram a ter.

A matriz docente do presente livro não impede, antes impõe, que ele seja uma obra exigente de reflexão e que a sua eventual e desejável clareza ou claridade não seja conseguida sacrificando a coerência e a complexidade do pensamento e o rigor da expressão à superficialidade simplificada e ao culto apressado da facilidade e da ligeireza, responsáveis pelo cada vez mais espesso «véu de ignorância» que, injusta e imerecidamente, o nosso sistema educativo vem lançando sobre as gerações mais jovens, como se ele mais não visasse do que manter numa situação de padronizada e passiva menoridade intelectual os membros mais novos de uma sociedade de dóceis consumidores que parece não reconhecer outros princípios ou valores que não sejam os do domínio utilitário e hedonista da economia, do mercado, da concorrência e do efêmero e fugaz sucesso material ou mediático.

Natal de 1999

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

A FILOSOFIA COMO PROBLEMA

1. Essência interrogativa da Filosofia

I — Duas primeiras interrogações se nos deparam perante a expressão Filosofia do Direito: o que é a *Filosofia*? O que é o *Direito*? Assim, torna-se necessário começar por esclarecer não só o que é a Filosofia ou se ela é sequer do domínio do ser, como saber depois se o Direito de que aqui se trata é o mesmo que é objecto da ciência jurídica, ou melhor, se a Filosofia do Direito o considera do mesmo modo por que ele é tido em conta e conhecido pela ciência dos juristas.

A estas duas primeiras interrogações uma outra aparece, inevitavelmente, associada: é a Filosofia susceptível de ser ensinada ou aprendida, pode ela ser explicada ou transmitida como um conjunto de conhecimentos previamente adquiridos ou um saber feito, como qualquer outra disciplina jurídica?

Estas várias interrogações colocam-nos, frontalmente, perante o problema da Filosofia, que é, ele próprio, já um problema filosófico.

Com efeito, a Filosofia não é, como os outros tipos de saber, um corpo de doutrina, um acervo de conhecimentos ou um conjunto articulado de soluções ou de respostas, mas um processo, uma actividade perma-

nente de interrogação sobre o próprio saber, seu valor e seus fundamentos.

O que constitui a sua essência é a busca constante e sempre recomeçada da verdade e não a sua posse. Não é um saber feito, que possa transmitir-se e se vá adicionando, mas um conjunto permanente de interrogações, nunca definitivamente respondidas e em que cada resposta que o filosofar a si próprio se dá é sempre uma resposta provisória, que se converte em nova interrogação.

Enquanto a solução resolve, dissolve, elimina ou suprime o problema, a resposta filosófica não é solucionante, deixando irresoluto o problema e viva a interrogação ¹. Daí que, e diversamente do que acontece com os restantes tipos de saber humano, a Filosofia seja, essencial e radicalmente, *interrogativa, problemática e não solucionante*.

II — O que acaba de dizer-se suscita, naturalmente, e desde logo, uma dúvida ou uma interrogação: a de saber se, contrariamente ao que parece ocorrer no domínio do saber científico, pode ou não falar-se de progresso em Filosofia.

Não questionando, agora, a própria noção de *progresso* e o que nela há de ideológico e de claramente dependente de uma visão linear e ascendente da História universal de matriz iluminista, cumpre, no entanto, recordar não poder ela confundir-se ou identifi-

¹ «Só pensamos na medida em que interrogamos. Filosofar é assumir incessantemente a interrogação, podendo em cada resposta deixar o vivo apelo para o germe subtil do interrogar imperituro.» José Marinho, *Teoria do Ser e da Verdade*, Lisboa, 1961, p. 29. Cf. Delfim Santos, *Da Filosofia*, Porto, 1939, Karl Jaspers, *Iniciação Filosófica*, trad. port., Lisboa, 1961, cap. 1, e Georg Simmel, *Problemas Fundamentais da Filosofia*, trad. port., Coimbra, 1970, cap. 1.

car-se com a simples mudança ou alteração de um paradigma ou de um postulado, devendo, igualmente, observar-se que o chamado progresso científico pode ser ilusório ou aparente, pois novas experiências ou novos conhecimentos por elas proporcionados muitas vezes têm revelado que os conhecimentos anteriores eram errados ou que era errado o que se havia concluído de experiências anteriores ou que eram falsas as hipóteses ou os postulados de que se partira ou que o abandono de determinados pressupostos ou fundamentos veio a verificar-se, posteriormente, ter constituído um retrocesso e não um progresso, um avanço ou uma conquista no domínio do conhecimento científico.

Ora, se ao carácter solucionante da ciência e à sua natureza de um saber que se vai adicionando, aprofundando e corrigindo ao longo do tempo parece corresponder uma inegável continuidade e um acréscimo de conhecimento, pareceria que da essência radicalmente interrogativa da Filosofia decorreria, como necessária consequência, a impossibilidade de nela haver qualquer progresso.

Tal conclusão não pode deixar de apresentar-se como um tanto apressada, porquanto existe uma inegável continuidade no desenvolvimento histórico da especulação filosófica, já que esta se processa em permanente diálogo com todo o passado filosófico, considerado e repensado à luz da situação reflexiva própria de cada pensador e da tradição filosófica em que se insere.

Por outro lado, afigura-se poder considerar que há progresso em Filosofia, quer na descoberta de novos problemas filosóficos ou na melhor formulação ou dilucidação ou maior aprofundamento de problemas já conhecidos ou identificados, quer na invenção de novos métodos ou na descoberta de novos campos de reflexão, quer no alargamento dos horizontes da acti-

vidade especulativa. Pense-se, por exemplo, no longo caminho percorrido pela lógica desde o *Organon* aristotélico até à lógica matemática ou simbólica e nas contribuições que lhe deram os estóicos, Bacon ou Lachelier, na invenção da Filosofia da História pelo pensamento cristão medieval, na descoberta da especificidade do mundo dos valores e na constituição da Axiologia e das Ciências do Espírito ou da Cultura ou da moderna Nova Retórica ou da Filosofia Hermenêutica ².

2. Reflexão e especulação

Sendo, essencialmente, *interrogativa, problemática e não solucionante*, a Filosofia é, igualmente, *reflexão*, ou *pensamento reflexivo, especulação* ou *pensamento especulativo*.

Convém considerar que, quando, a propósito da Filosofia, falamos em *reflexão* e em *especulação*, estamos a usar termos que nos remetem para a imagem do espelho, a qual nos pode elucidar, significativamente, sobre a natureza e o processo do próprio filosofar e da actividade filosófica.

Tal como o espelho torna *outro* o sujeito que nele se reflecte, devolvendo dele uma *representação* ou uma *imagem*, também o pensamento reflexivo e especulativo faz que o sujeito que pensa se torne *outro* para si, ao pensar-se a si próprio, ao mesmo tempo que aquilo que o pensamento nos dá não é a realidade que dele é objecto ou sobre que pensa mas uma sua *imagem* ou *representação mental*.

Também a etimologia da palavra *reflexão*, quando referida ao pensamento, nos esclarece sobre o seu sen-

² Cf. A. Miranda Barbosa, «O Progresso em Filosofia» (1956), em *Obras Filosóficas*, Lisboa, 1996, pp. 409 e segs.

tido eminentemente interrogativo, de pensamento que constante e permanentemente regressa a si e se interroga.

A palavra *reflexão* provém do latim *reflexio*, que se refere à acção de *reflectere*, a qual significa, precisamente, «voltar para trás», atitude que, quando aplicada ao pensamento, aponta com clareza para o seu carácter interrogativo, para o seu permanente regressar ao ponto de partida, ao problema, ao que questiona o espírito³.

Daí que, confirmando o saber antigo de Platão, segundo o qual o pensamento ou o pensar é o diálogo da alma consigo mesma⁴, um dos últimos grandes metafísicos do nosso tempo pudesse dizer que a reflexão, que é o próprio da atitude filosófica, consiste em tomar-se a si mesmo como objecto⁵.

Do carácter interrogativo, problemático e não solucionante do pensamento filosófico resulta, naturalmente, não ser ele susceptível de ser ensinado. Não é possível ensinar Filosofia como não é sequer possível ensinar a filosofar.

A Filosofia é uma actividade que consiste na própria reflexão filosófica, é um caminhar gradual na busca da verdade. Assim, como a lição e o exemplo socrático nos advertem, só filosofando se aprende a filosofar, pois a filosofia é uma iniciação ou um saber iniciático, a resposta a um anseio íntimo ou a uma interrogação do próprio ser do filósofo e não uma disciplina ensinável ou um saber transmissível⁶.

³ Cf. Joel Serrão, *Iniciação ao Filosofar*, Lisboa, 1970, cap. I.

⁴ *Sofista*, 263, e *Teeteto*, 189.

⁵ Xavier Zubiri, *El Hombre y Dios*, Madrid, 1984, p. 31.

⁶ Cf. Delfim Santos, *ob. cit.*, José Marinho, *Filosofia — Ensino ou Iniciação?*, Lisboa, 1972, e Sant'Anna Dionísio, *A Filosofia como Objecto de Pedagogia*, Porto, 1952.

3. Origem da Filosofia

Qual, porém, a origem da Filosofia? O que leva o homem a filosofar?

A sua origem parece dever procurar-se no *espanto* (Platão) ⁷ ou na *admiração* (Aristóteles) ⁸ do homem perante a existência e a realidade, que o leva a interrogar-se, primeiro sobre elas e depois sobre si próprio, sobre o problema da sua origem e destino e sobre o sentido da sua vida, sobre o que depende do homem e o de que ele depende (a natureza, os outros, Deus), sobre o amor e a morte, o mal e a dor, a liberdade e a justiça, a verdade e o destino, até chegar à interrogação fundamental: «porque há o ente e não o nada» (Heidegger) ⁹.

O anseio que move o homem à interrogação filosófica é, assim, o de compreender o ser e a sua verdade, o de desvendar o «mistério ontológico» (Gabriel Marcel), o de saber a que ater-se na sua vida no mundo (Ortega y Gasset).

Indo, porém, um pouco mais fundo, veremos que a mais autêntica origem da interrogação filosófica se não encontra no espanto, na admiração ou na simples curiosidade perante a multiplicidade dos seres, a imensidade cósmica ou os essenciais problemas humanos, pois que uns e outros são, ainda, do domínio psicológico e limitadamente humano, devendo antes buscar-se no plano ontológico mais radical do *enigma* ou do *mistério*, no qual e pelo qual todo o ser e toda a verdade, em instantânea visão, simultaneamente, se ocultam e patenteiam ao espírito do homem.

⁷ *Teeteto*, 155, d.

⁸ *Metafísica*, liv. I, 982 b.

⁹ *Introdução à Metafísica*, trad. port. de Emmanuel Carneiro Leão, Rio de Janeiro, 1987, p. 33.

ÍNDICE

<i>Prefácio da 2.^a edição</i>	11
--	----

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I

A FILOSOFIA COMO PROBLEMA

1. Essência interrogativa da Filosofia	15
2. Reflexão e especulação	18
3. Origem da Filosofia	20
4. Filosofia e Ciência	21
5. As críticas positivista e marxista à legitimidade da Filosofia	23
6. A noção de «aporia»	26
7. Filosofia e Teoria	28
8. Temática e problemática filosóficas	29
9. Carácter situado do filosofar	31
10. Filosofia e expressão literária	32
11. Filosofia e sistema	34

CAPÍTULO II

O PROBLEMA DA FILOSOFIA DO DIREITO

12. Noção de Filosofia do Direito	37
13. Filosofia <i>do</i> Direito e Filosofia <i>no</i> Direito	41
14. Filosofia do Direito e pensamento jurídico.....	44
15. Filosofia do Direito e Ética	46
16. Filosofia do Direito e Filosofia aplicada.....	48
17. A problemática filosófico-jurídica	49

PARTE I
ONTOLOGIA DO DIREITO

CAPÍTULO I

PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS
DA ONTOLOGIA JURÍDICA

18. Razão de ordem	53
19. O positivismo jurídico	54
20. O realismo jurídico escandinavo	78
21. O realismo jurídico norte-americano	90
22. O neo-idealismo jurídico	102
23. A teoria egológica do Direito	114
24. A teoria tridimensional do Direito	120

CAPÍTULO II

O HOMEM E A CULTURA

25. Filosofia do Direito e Antropologia Filosófica	125
26. O homem como problema	126
27. O lugar do homem no mundo	127
28. Espírito e liberdade	132
29. Valores e Cultura	135
30. Indivíduo e pessoa	137
31. As relações humanas e a sociedade	139

CAPÍTULO III

EXPERIÊNCIA JURÍDICA E ONTOLOGIA DO DIREITO

32. A experiência jurídica	141
33. O Direito como realidade cultural	149
34. O Direito como ordem normativa	152
35. Positividade, validade e vigência	160
36. As categorias óticas do Direito	161

CAPÍTULO IV

O DIREITO E AS OUTRAS ORDENS NORMATIVAS

37. Direito e Moral	165
38. Direito e Religião	174
39. Direito e usos sociais	175

PARTE II
AXIOLOGIA DO DIREITO

CAPÍTULO I

O PROBLEMA DO DIREITO NATURAL

40. O problema axiológico do Direito	179
41. A ideia de Direito Natural	181
42. A ideia de Natureza	183
43. Tipologia das concepções jusnaturalistas	190
44. Concepção essencialista ou substancialista do Direito Natural	191
a) Concepção cosmológica	191
b) Concepção teológica	195
c) Concepção antropológica	199
45. Concepção formalista do Direito Natural	216
46. Concepção existencialista do Direito Natural	220
47. As críticas ao Direito Natural	229
48. Direito Natural e natureza humana	238
49. Direito Natural e «natureza das coisas»	240

CAPÍTULO II

A JUSTIÇA

50. Problemática da Justiça	251
51. Principais doutrinas sobre a Justiça	253
a) A Justiça como princípio	254
b) A Justiça como convenção humana	262
52. A Justiça no pensamento contemporâneo	268
a) Concepções emotivistas	270
b) Concepções formalistas	274
c) Concepções historicistas	280
d) Concepções teleológicas	287
e) Concepções deontológicas da Justiça	294
53. O princípio da Justiça	309
54. Atributos da Justiça	315

55. Divisões da Justiça	317
56. Gnosiologia da Justiça	319
57. A Justiça e os outros valores jurídicos	321
58. Conclusão	322

APÊNDICE

A FILOSOFIA DO DIREITO PORTUGUESA

1. Períodos da História de Pensamento Filosófico-Jurídico Português	327
2. O jusnaturalismo escolástico e renascentista	328
3. O jusracionalismo iluminista	332
4. O jusnaturalismo utilitarista e sensista	338
5. O jusnaturalismo krausista	342
6. Cientismo e positivismo na concepção do Direito	347
7. A superação do positivismo e o retorno da Filosofia do Direito	353
Índice de autores	361