

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA  
INSTITUTO JURÍDICO (UCILeR)**

**ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA DO  
DIREITO E FILOSOFIA SOCIAL**

**DÉCIMAS SEGUNDAS JORNADAS DE TEORIA DO DIREITO, FILOSOFIA  
DO DIREITO E FILOSOFIA SOCIAL**

**«Legislação e jurisdição: continuidade(s)  
e descontinuidade(s) discursivas»**

**Coimbra, 4 de Junho de 2022**

***Capela do Colégio da Trindade***

***PROGRAMA e RESUMOS***

**ABERTURA (10.00)**

**SESSÃO PLENÁRIA (10.15-11.20)**

**JOSÉ DE SOUSA E BRITO: *Doutrina para julgar e doutrina para legislar***

**Moderação: J. M. Aroso Linhares**

Há uma teoria sobre a relação entre arte ou técnica e ciência que se pode chamar moderna. Tem fortes raízes em Bacon e Hobbes e um mais recente expoente foi John Stuart Mill. Segundo Mill o modo imperativo é a característica da arte, enquanto se distingue da ciência. Tudo o que se exprime em regras ou preceitos, não em asserções a respeito de matérias de facto, é arte. A relação entre as regras da arte e as doutrinas da ciência pode caracterizar-se assim. A arte propõe a si mesma um fim a alcançar, define o fim e entrega-o à ciência. A ciência então empresta à arte a proposição (obtida por uma série de induções ou de deduções, que a realização de certas ações alcançará o fim. Destas premissas a arte conclui que a realização destas ações é desejável, e achando que é também praticável, converte o teorema numa regra ou preceito. Mill aplicou a distinção básica entre asserções de matéria de facto e regras, que fundamenta a lei de Hume recebida por Bentham, à criação do direito pelo juiz e pelo legislador, isto é, à jurisdição (como atividade dos juizes ou jurisprudência) e à legislação, considerando ambas como atividades que se justificam racionalmente por uma mesma arte. Essa arte só pode ser a Ciência do Direito ou doutrina.

Anteriormente a Mill, a mesma distinção entre asserções de facto e regras baseia, porém, a divisão por Bentham da *Jurisprudence* (que traduzo por Ciência do Direito ou doutrina) em expositora ou enunciativa e censória. A primeira dirige-se ao entendimento e descreve o direito que existe, a segunda dirige-se à vontade e propõe o direito que deve existir. A ideia

de uma ciência descritiva do direito positivo, que é indiferente à crítica e à valoração do mesmo e ao direito que deve existir, foi defendida pelo positivismo jurídico.

O positivismo jurídico distingue corretamente entre ciência da aplicação do direito e ciência da legislação. Mas não se distinguem como ciência descritiva no primeiro caso e ética aplicada no segundo. Ambas se exprimem por regras, são ciências do direito ou doutrina, com sentidos diferentes, doutrina para aplicar o direito e julgar e doutrina para legislar. As regras não se podem descrever sem recorrer às suas razões e as razões das regras têm a sua lógica própria e fazem comunicar o direito com a ética, mesmo sendo diferentes. Há asserções meramente descritivas de regras jurídicas, mas não são elas que constituem a doutrina.

Estas críticas do positivismo jurídico podem derivar-se das análises da função da ciência do direito na aplicação do direito (doutrina para aplicar o direito e para julgar) e na legislação (doutrina para legislar), a que se procede a seguir.

– Intervalo –

### SESSÃO PARCIAL I (11.30-13.20)

Moderação: Ana Margarida Gaudêncio

11.30-12.00 ANA RAQUEL MONIZ: O confronto entre o juiz constitucional e o legislador: os limites do controlo da constitucionalidade das leis

Uma das questões prementes e coetâneas da discussão sobre a existência ou a necessidade do controlo da constitucionalidade sobre leis reside no problema das discontinuidades discursivas entre legislador e juiz. Não se estranhará, pois, que presenciemos uma evolução que oscila entre a recusa do controlo da constitucionalidade por ofensa do princípio da separação de poderes à sua exigência como mecanismo de garantia da força normativa da constituição (e, por conseguinte, também daquele princípio). Estamos diante de uma temática que, por sua vez, toca o âmago da distinção entre a decisão político-legislativa e o juízo de (in)constitucionalidade – como, aliás, o surgimento da jurisdição constitucional autónoma pela mão de Kelsen e da Escola de Viena não deixou de intuir, na sua defesa de um continuum entre legislação e jurisdição.

O problema mantém uma atualidade acutilante, pois que se situa no núcleo da querela entre o ativismo e a autocontenção do juiz constitucional, pressupondo uma reflexão sobre as fronteiras entre a função legislativa e a função jurisdicional. A circunstância de a fiscalização da constitucionalidade assumir, em certos processos, uma eficácia *erga omnes* (própria de uma... “legislação negativa”), bem como a abertura predicativa de alguns cânones de controlo transportam para outro patamar a contraposição *thesis/nomos*, a exigir uma densificação material que permita ao juiz constitucional exercer a tarefa (que é a sua!) de defesa da constituição, sem pôr em causa a discricionariedade política, de pendor estratégico, própria do legislador na tarefa (que também é sua!) de realização da constitucionalidade.

12.00-12.30 J. M. AROSO LINHARES: Legislação e jurisdição: os *polos* da *tese de continuidade* e o *lugar* das versões *robustas* e *menos robustas* da *tese da discontinuidade*

Aparecendo a *tese da continuidade* a defender a complementaridade institucional da legislação e da jurisdição enquanto *continuum* racionalmente plausível (metodologicamente relevante), a

sua exploração admite duas expressões-limite: aquela que emerge de um núcleo formalista ou neo-formalista e aquela que assume uma inteligibilidade pragmático-instrumental.

No que à tese da *descontinuidade* diz respeito, a presente comunicação defende a relevância de distinguirmos dois planos: aquele que explora o conteúdo dos materiais jurídicos e aquele que se dirige aos *modi operandi* da sua construção. Trata-se muito claramente de defender que o primeiro destes planos exige uma confirmação inequivocamente robusta da tese da *descontinuidade*, beneficiando em contrapartida o segundo de uma versão *menos robusta* (ou *menos radical*).

12.30-13.00 MIGUEL RÉGIO DE ALMEIDA: Um passo atrás, dois em frente: o contributo precursor de Friedrich Engels para a Teoria Feminista do Direito

Conquanto a nossa intenção seja de foro pedagógico, é com ousadia – porque sem quaisquer aspirações de uma análise exaustiva – que nos propomos a recordar o sugestivo contributo teórico de um pensador essencial para qualquer interessado/a na relação entre Direito e Feminismo. Focando-nos somente no aspecto epistemológico dessa relação, arguimos a pertinência de evocar alguns dos labores literários de Friedrich Engels nesta problemática (em particular *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, de 1884), quando inédita e inovadoramente expôs muitas das linhas com que o patriarcado urde e exerce a opressão feminina, com notório sustento na normatividade jurídica. Naturalmente enquadrando tais reflexões no contexto-maior do *modus operandi* do modelo económico capitalista, as cogitações de Friedrich Engels mostraram-se continuamente actuais, tornando-se transversais às várias correntes do feminismo liberal, cultural, radical, pós-moderno e anticapitalista.

Quando ainda ecoam os festejos do bicentenário do nascimento deste pensador essencial à crítica marxista do Direito e aos Estudos Críticos do Direito, nenhum jurista – e menos ainda nenhum/a jusfilósofo/a – que esteja consciente da desigualdade de género inata ao mundo androcêntrico da juridicidade (seja ou não feminista; fã da *notorious RBC*, de Robin West, de Catherine MacKinnon, de Judith Butler ou de Nancy Fraser; ou convicto/a na emancipação do/pelo Direito) deve ignorar este contributo epistemológico. Tal-qualmente ilustrado por Teresa Pizarro Beza ou Isabel Ventura, *inter alia*, este repto tem especial peso no pensamento jurídico lusitano: dada a genealogia e *modus vivendi* historicamente conservadores daquele, não só os estudos críticos da juridicidade em geral colheram pouca recepção, como as especificidades da Teoria Feminista do Direito (*Feminist Jurisprudence*) não têm ainda a projecção urgente que merecem. Que um passo atrás, à boleia de Friedrich Engels, seja um estímulo para dar dois em frente, galgando-se o atraso jurídico que hodiernamente ainda envergonha a sociedade portuguesa.

13.00-13.20 Debate

– Almoço (13.30) –

## SESSÃO PARCIAL II (15.00- 17.15)

Moderação: Paulo de Sousa Mendes

## 15.00 - 15.30 LUÍS DUARTE D'ALMEIDA: The “Expiscation” of Legal Principles

This paper deals with one way in which courts are said to rely on precedent: they sometimes look at a string of previously decided cases and seek to “extract”, “induce”, or “expiscate”—the language used to describe the move varies—a principle that underlies them. The standard view among legal theorists is that courts in such instances are drawing an inference that somehow relies on (a) the fact that those previous cases were authoritatively decided in a certain way to (b) a more general conclusion about a principle that “unites” them. This paper argues that the standard view is wrong. The “expiscatory” move involves no distinctive inference from past cases to general principle; it does not amount to a specific way of relying on precedents as sources of content-independent practical reasons. But the paper begins by introducing a theoretical framework that conceptualises judicial decisions in terms of the relevant questions courts can be said to face, and by then clarifying the practices of both following precedent and extending it by analogy. Once we are clear about those two ways of relying on precedents as sources of content-independent practical reasons, the “expiscatory” move becomes easier to understand—and to demystify.

15.30-16.00 ANA MARGARIDA GAUDÊNCIO: Abuso(s) do *abuso do direito*: notas teóricas e metodológicas, entre legislação e jurisdição

Revisitando as construções historicamente decisivas das noções teóricas e dogmáticas do instituto do *abuso do direito*, do surgimento aos desenvolvimentos jurisprudenciais e doutrinários, e analisando algumas das suas consequentes consagrações legislativas, propõe-se uma reflexão crítica sobre a sua efectiva pertinência e convocação hoje, através da análise de experiências recentes de realização judicativa. Confrontando, assim, o seu papel de intencionalmente fundamentada *fronteira* da juridicidade – entre o *sistema jurídico* vigente e a *realidade* que o interpela –, com o de *mecanismo* de mobilização residual, no âmbito da delimitação formal e material do *direito positivo* e do exercício de *direitos subjectivos*. Em diálogo com a sua construção como critério legislativamente cristalizado, especialmente à luz da diversidade de entendimentos subjacentes aos artigos 13.º do Código Civil de 1867 e 334.º do Código Civil de 1966, e perscrutando, quanto a este último, as consequências judicativas da abertura relativa dos requisitos de *ilegitimidade*, *excesso manifesto*, *boa fé*, *bons costumes*, e *fim social ou económico do direito*. Sobretudo questionando a pertinência da manutenção da índole da sua *(in)determinação* – e qualificação como *cláusula geral* –, do seu carácter de categoria *teórica* e *dogmática* e da sua específica projecção *metodológica*, entre o respaldo numa fundamentação material de um referente *sentido do direito* e o efectivo contributo para uma ponderação prático-normativamente constitutiva do *juízo decisório*.

## 16.00 -16.30 PEDRO MÚRIAS: Conceitos de imputação em Direito Privado

A causação activa intencional é o «modo natural» de imputação de um estado de coisas a uma pessoa; os outros casos de imputação são o seu «modo normativo». A acção de causação é no «mundo natural» aquilo que a imputação é no «mundo da normatividade». Algumas subcategorias importantes dos direitos de base e dos deveres civis referem-se, no seu conteúdo, à «imputação» de um estado de coisas ao suporte do direito, mas a «imputação»,

em vários sentidos, não é senão a satisfação ou, pelo contrário, insatisfação de direitos de base.

16.30-17.00 BRISA DUARTE: Direito & Literatura, Direito & Estética: continuidades e descontinuidades discursivas

Partindo da concentração no problema-tema da distribuição das teses de continuidade e de descontinuidade discursiva no texto heterodoxo do pensamento jurídico contemporâneo, pretende-se explorar a referida distribuição no mapa das propostas orientadas para os cruzamentos entre direito & literatura e direito & estética. Sendo certo que, mais afinadamente, tratar do tema em causa será em primeiro lugar tratar do horizonte jus metodológico que tais propostas permitem desvelar, com os seus contributos para o problema da interpretação do direito positivo e os correlativos modelos metódicos que neste horizonte se constroem, a orientarem, na oscilação entre uns e outros, discursos próprios de construção racional das decisões judiciais. Sem com isso se poder confiar esses contributos, na diversidade que os caracteriza (a permitir reunirem-se nas nervuras daquele texto vozes tao distintas quanto as de James Boyd White, Costas Douzinas, Robin West, Peter Goodrich, Desmond Manderson...), a uma perspectiva de plana uniformização ou de unidade intencional. Mas, por outro lado, sem se poder negligenciar, em meio a tal diversidade, a possibilidade do traço afirmativo das semelhanças, a permitir, em regra, a identificação da opção, mais ou menos explícita, pelas experiências de continuidade que o reforço dos argumentos da indeterminação linguística e da indecidibilidade acaba por exponenciar, quando assume estratégico-taticamente o direito instituído e assim mesmo localiza o problema e o papel da jurisdição. Argumentos apoiados em versões decerto distintas da compreensão do direito como “área aberta” e como “moldura/Rahmen”. Mas, complementarmente, sem se poder simplificar a possibilidade daquela identificação: dissociando-a, deste modo, da subjacente e persistente tentação a descontinuidade e, bem assim, a (mais ou menos) autónoma criatividade que, dos pressupostos discursivos e do núcleo racional de tais argumentos, não deixa, ainda, de transparecer e enquanto elevam, ao mesmo passo, a jurisdição como uma particular experiência de *poiesis*.

17.00-17.15 Debate

– Intervalo –

#### SESSÃO PLENÁRIA (17.30-18.30)

LUÍS MENESES DO VALE: *O sentido politonómico da gubernatio e a realização administrativa da constitucionalidade democrático-social: cibernética, autopoiese e separação de poderes para lá da legislação e da jurisdição*

Moderação: José de Sousa e Brito

Aproveitando o cruzamento de *intencionalidades políticas, sociais e jurídicas* e a exploração de *perspectivas meta-dogmáticas* (filosóficas e teóricas) proporcionada pela nossa Associação e levando a sério, embora segundo um desvio aparentemente irónico, o *tema mote* congregador das Jornadas deste ano (*Legislação e Jurisdição*), propõe-se à reflexão conjunta uma *pergunta*

*-procura pelo sentido normativo-culturalmente político da Gubernatio, desde a zona de confluência noético-noemática proporcionada pela constitucionalidade, entendida como nomos da politeia e paideia da polis, por um lado, e captada, para mais, no seu compromisso aparentemente paradoxal com uma correctora democratização da sociedade ou socialização da democracia, por outro. Precisamente aquelas referências (dialecticamente teleonomológicas, vale indagar) desafiadas pelos obstáculos que as actuais condições ônticas, epistemológicas e axiológicas, agudizando cinicamente todo o criticismo moderno, erguem à afirmação da autodeterminação colectiva e da integração social, nos termos de uma filosofia prática (posto que ampla e profundamente revista) e à invenção/ descoberta, determinação, adopção e actuação de di-recções ou orientações características da governação, enquanto momentos de inter e transsubjectiva igualiberdade solidariamente responsável, i.e., de um projecto-procura (do) comum.*

Com efeito, desde que a Trilateral, selando os anos de convulsão cultural subsequentes ao Maio de 68, codificou a crise global como um problema de *ingovernabilidade* - para advogar em seu socorro, uma retracção da *democracia política*, camuflada pela soberania do consumidor no quadro das instituições mercantis, segundo uma tecnocracia gestionária gradualmente casada com sucessivas vagas de *neoconservadorismo moral* - que a *questão* governativa vem sendo encarada segundo uma óptica *global-liberal* altamente selectiva e temporalmente míope (naturalizada por um pretenso realismo empírico-analítico), escapando às considerações/interrogações filosóficas e teóricas de índole/cunho radicalmente crítico-normativo (bem como à sua parcial assimilação, tematização e refracção ideológicas) que se projectam pratico-institucionalmente na constitucionalidade; com o resultado, agora mais concretamente, de que as soluções paulatinamente alcançadas e preconizadas se centraram sobretudo na *reforma administrativa*, tendente à *Regulierung der Selbstregulierung* de uma sociedade complexa, disfarçando largamente o *predomínio do económico* (que converte as esferas ou subsistemas em *mercados*), a instrumentação massiva do poder público (autoritário e austeritário) requerida para o efeito e a ordenação materialmente constitucional que performativa e constitutivamente ambas pressupõem.

Da desconfiança relativamente as possibilidades de uma *orientação boa, justa* ou *recta* da vida colectiva nas comunidades políticas (compreendidas à guisa de *empreendimentos cooperativos* de *desenvolvimento social* e *florescimento pessoal*) - e isto por objecção às subjectividades e dinâmicas de subjectivação, às intenções e instituições, à acção, agência e agenciamentos sociais, colectivos, partilhados, comuns, assim como às múltiplas estruturações da intersubjectividade que fundamentante, constitutiva e critico-regulativamente exigem, em nome do direito de todos e cada um ao reconhecimento como pessoa - dá bem nota a profusão de correntes que, por razões ideológicas ou teóricas - diversas, posto que amiúde sobrepostas - se lhe opuseram e das quais quedou um rasto simbólico poderoso, ainda dominante do próprio imaginário, designadamente, nos alertas foucaultianos para as formas de *governabilidade*, seja nas tentativas e ensaios de diversão ou deflecção de dificuldades teóricas e práticas, por meio do apelo às fórmulas vagas e dúcteis da *governança*.

*Teoria da Escolha Pública e Social, Monetarismo, Constitucionalismo económico, Ordo- e Neoliberalismo*, no plano económico, *teorias da complexidade, da autopoiese* e evolucionistas, do ponto de vista sociológico, combateram e demulcaram as estratégias, os planos e os programas de uma política que, de facto, o racionalismo positivista se tinha permitido conceber em termos funcional-sistemicamente *cibernéticos* e traduzir juridicamente em modelos tecnológico-sociais de dirigismo (quando não *politicamente totalizadores*) colonizadores do *mundo da vida*. Com isso hipotecaram, porém, a confiança nas possibilidades de *sentido normativo-constitucional* e nas *responsabilidades* estruturais e práticas que as comunidades, pela sua mediação, transformadoramente se *auto-propõem* e *instanciam*, também na esfera do governo, da governação e da administração, em sentido subjectivo e objectivo, orgânico-procedimental e material.

Ora, além da estrita moldura definida pelas tipologias científico-políticas e jurídicas das *formas de governo*, ou da tendência (dogmaticamente compreensível) para uma certa *administrativização* das questões constitucionais, intende-se aqui resgatar a (trans)cultura(lidade) constitucional do *pensamento* e da *prática* que os visa, sem obliterar as diversas disposições e composições de poderes demandadas pelo pluralismo social hodierno, e como tal dialogando sobretudo com a *legislação*, a *jurisdição* e os *loci* de funcional ou geográfica autopoiese societal, na busca de uma saída materialmente *democrática* para actual impasse, admitida a benefício de inventário, como mera hipótese condutora: a de uma ancoração ou incrustação das teorias de regulação da sociedade funcional diferenciada numa concepção integradora do político-jurídico (politonómico) através da sua auto-transcendente refundamentação como dimensões de uma *constitucionalidade do comum*, e como tal auto-transcendentalmente democrática.

### **ASSEMBLEIA GERAL DA ATFD (18.30-19.30)**