

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

# Boletim da Faculdade de Direito

VOL. XCVI

Tomo I



COIMBRA

2020

# QUESTÃO TRÁGICA E QUESTÃO JURÍDICA. *DECISÕES QUE DECLARAM E DECISÕES QUE PROMOVEM CAPACIDADES HUMANAS*

ANTONIO SÁ DA SILVA\*

## 1. Introdução

Quando deparamos com Abraão sendo posto à prova, sacrificando seu filho Isaac para dar prova de sua fé<sup>1</sup>, assistimos uma das cenas mais

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Brasil.

<sup>1</sup> A referência pode ser encontrada no Gênese, capítulo 22, versos 1-19; invocar aqui uma narrativa bíblica, entretanto, para suscitar uma questão trágica, pode ser feito apenas como um exercício de tradução, tal como MacIntyre e White ensinam a fazer (Alasdair MACINTYRE, *Whose justice? Which rationality?*, London: Duckworth, 1988, 349 e s.; James Boyd WHITE, *Justice as translation: an essay in cultural and legal criticism*, Chicago: The University of Chicago Press, 1994, 229 e s.): uma revisitação possível de um texto na linguagem de outro. Isto pode ser feito somente abstraído daquela exegese bíblica, ou mais especificamente falando, daquela dimensão religiosa que tanto a tradição hebraica como a hebraico-cristã exigiria considerar; nosso interesse é apenas literário, com um esforço de compreendê-lo no conjunto de outros textos que independentemente dos cânones normativos aos quais o agente está exposto, o caso que levantam suscita sempre um dilema para o agente. Há aqui, certamente, um grande risco de empobrecer a profundidade da mensagem, já que lido apenas no contexto do autor talvez se pudesse dizer que não se trata de um autêntico dilema, mormente porque em nenhum momento Abraão duvida do que ele tem de fazer; sua fé, aliás, mostra-se irretocável quando Isaac lhe pergunta

elucidativas de situações embaraçosas nas quais um agente moral pode se envolver. O que nos ocorre quando temos de escolher entre dois bens, mas que por parecerem igualmente valorosos, o sofrimento por preterir um deles, qualquer que seja a escolha, será de fato inevitável? O que se dá com o pai dos hebreus não é um fato isolado e sem importância: ocorre também com Agamênon quando tem de escolher entre a lei que manda vingar os crimes de hospitalidade e o mandamento que proíbe matar sua filha, com Etéocles quando tem de escolher se protege Tebas do inimigo ou se honra seu irmão com quem deverá medir suas forças, com Antígona quando tem de decidir se cumpre a lei da cidade ou sepulta o corpo de Polinices, com o dono da Mula Preta que tem de escolher se cuida do animal com a dignidade que merece ou o poupa da agonia de perder as quatro pernas<sup>2</sup>.

Todas essas narrativas, extraídas de tradições distintas, expõem seus agentes à fragilidade da vida humana que iguala todas as pessoas; sujeitar-se a uma perda, às vezes irreparável, buscando salvar outro bem que demanda igualmente nossa atenção, ocorre a cada um por causa da nossa mortalidade. Trata-se de um conflito prático ou de uma questão trágica que por regra nem os deuses podem revogar<sup>3</sup>; mas, qual relação que ela tem com uma questão jurídica? Veja o leitor que o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n.º 580.252, proveniente do Estado do Mato Grosso do Sul e julgado em 16/02/2017, enfrentou importante discussão suscitada pelo Governo daquele Estado:

---

pelo cordeiro que será imolado: “Deus providenciará, meu filho”! No mais, a tentativa de compreender esta narrativa fundadora dos povos bíblicos paralelamente às tradicionais narrativas trágicas que costumamos tomar dos textos clássicos, com a particularidade de ser feita por alguém que não ignora a fé judaica, pode ser encontrada em Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness: luck and ethics in Greek tragedy and philosophy*, New York: Cambridge University Press, 2001, 35.

<sup>2</sup> Para cada uma das tragédias gregas referidas, além de sua revisitação, recomendam-se importantes comentários de Nussbaum na obra já referida, capítulos 1 e 2; para a narrativa brasileira, ver Tônico e TINOCO, *A moda da mula preta*, Composição de Raul Torres, São Paulo: Caboclo/Continental, 1970 (1 LP); e, sobre o sentido que evoca no holismo prático do sertão, ver Antonio Sá da SILVA, “Destino, ação e sabedoria na literatura oral do sertão”, *Revista da Academia de Letras da Bahia* 50 (2011) 125-140.

<sup>3</sup> Acerca da controvertida discussão sobre a possibilidade de o agente, pela virtude, modificar seu Destino, ver especialmente Maria Helena da Rocha PEREIRA, “Fragilidad y poder del hombre em la poesia griega arcaica”, *Estudios Clásicos* 49 (1966) 316 e s.

a impossibilidade de responder civilmente, como pretendia um ex-detento, por violência física e constrangimento psíquico ocorridos no interior do estabelecimento penal, visto que não dispunha de recursos suficientes para resguardar a integridade do autor, contentando-se em satisfazer outro bem mais importante que no caso era a segurança da sociedade, ameaçada pelo sentenciado.

A responsabilidade daquele ente estatal, reconhecida pela Corte Constitucional do Brasil, afigura-se como importante: mostra por um lado que as escolhas trágicas não podem ser ignoradas, mas por outro adverte que argumentos desta natureza não podem ser manejados de qualquer modo pelo agente, tal como Plutarco acusa Demades de fazer para se eximir da própria culpa pela gestão ineficiente que recaiu sobre Atenas durante seu governo<sup>4</sup>; de outro modo, a decisão afirma que não podemos simplificar nossas escolhas (muito menos o agente público), escolhendo de qualquer modo quais os bens que merecem proteção e os que podem ser preteridos; como disse Nussbaum, identificar quando um julgador está diante de uma questão trágica é importante tanto para saber se quem julgamos poderia deliberar de outra maneira, a exemplo do que ocorre com Filoctetes e outros heróis cuja Desgraça impediu que florescessem suas capacidades de serem e atuarem como é próprio de um humano (*capabilities*)<sup>5</sup>, como para saber se tal agente simplificou o processo deliberativo, a exemplo do que se deu com Agamênon que não resistiu suficientemente à exigência da deusa de sacrificar sua filha e por isto foi censurado pelo Coro<sup>6</sup>.

Os quatro primeiros tópicos que seguem neste trabalho têm por objetivo confrontar uma questão jurídica com uma autêntica questão trágica, o que farei especialmente recorrendo a Castanheira Neves para compreender a natureza e o sentido da *praxis* jurídica, autonomizada pelos romanos em face de outras dimensões da vida ativa (já secularizadas por Aristóteles séculos atrás em relação à filosofia e à poesia<sup>7</sup>), assim como me servindo

<sup>4</sup> PLUTARCO, “Foción”, in IDEM, *Foción y Catón El Menor*, trad. castellana Antonio Ranz Romanillos, Barcelona: Editorial Iberia, 1959, I.

<sup>5</sup> Martha C. NUSSBAUM, “Invisibility and recognition: Sophocles ‘Philoctetes and Ellison’s Invisible man”, *Philosophy and Literature*, n. 23.2 (1999), *passim*.

<sup>6</sup> ÉSQUILO, “Agamémnon”, in IDEM, *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*, trad. port. Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70, 1992, 205-228.

<sup>7</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. castellana Maria Araujo / Julian Marias, Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1970, 1129a e s.

de Nussbaum para penetrar o sentido ético da tragédia, esta que antes mesmo da filosofia florescer nas ilhas jônicas, representou no teatro grego as situações mais embaraçosas do agente, na tentativa às vezes vã de levar adiante seu projeto de felicidade em um mundo cujo sucesso depende do próprio esforço; mas este trabalho também, no limite do que distingue a experiência jurídica de outras *praxis* importantes da vida humana (talvez como que reconhecendo o próprio limite do direito para dar conta dos desafios hoje postos aos juristas), apontará a importância de considerar os “custos da tragédia” que não parece razoável exigir que alguém suporte<sup>8</sup>, o que de resto onera o julgador com a responsabilidade de corrigir a desdita ocorrida com essa pessoa: trata-se da decisão que “promove capacidades humanas”, ousando ir além daquelas decisões mais comesinhas do julgador e que em outro lugar<sup>9</sup> denominei de “decisões que declaram capacidades”, nas quais se reconhece que o agente não atuou como um joguete na mão dos deuses e por isto não se exime da responsabilidade pelas escolhas que realizou.

Devo dizer que a relação entre o Direito e a Literatura, aqui pressuposta de algum modo, não é de todo evidente como alguns autores parecem crer<sup>10</sup>; entretanto, ouvir os poetas, se não é decisivo para fazer de nós bons julgadores, pelo menos pode ser importante para enriquecer nossa compreensão do mundo, especialmente em tempos de multiculturalismo e de afirmação de identidades, exigindo de nós mais atenção para o que acontece fora de nossas províncias intelectuais; neste caso aqui sobre a ação trágica, revisitar os clássicos parece fundamental, visto serem os criadores desse gênero discursivo e seus casos serem bastante elucidativos; de outro modo, reconhecer quando um evento se deu à revelia do agente, como aliás o jagunço Riobaldo perguntará sobre a culpa que possui pelos

---

<sup>8</sup> Martha C. NUSSBAUM, “The costs of tragedy: some moral limits of cost-benefit analysis”, in Matthew D. ADLER / Eric A. POSNER, ed., *Cost-benefit analysis: legal, economic, and philosophical perspectives*, Chicago: The University of Chicago Press, 2001, 197 e s.

<sup>9</sup> Antonio Sá da SILVA, “Destino, humilhação e direito: a reinvenção narrativa da comunidade”, vol. I, Coimbra: Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2018, Tese de Doutorado em Ciências Jurídico-Filosóficas: 2 vol., 388 e s.

<sup>10</sup> Para uma síntese interessante dessa discussão sobre a importância da literatura para os juristas, ver François OST, *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*, tradução brasileira Paulo Neves, São Leopoldo: Unisinos, 2005, 9 e s.

crimes que cometeu<sup>11</sup>, evita a banalização de um argumento importante na política, no direito e na administração.

De fato, há sempre um risco de simplificar a noção de tragédia, embora a sistematização de Aristóteles ainda é um legado importante: combinando algumas passagens da *Poética* e da *Retórica*, notam-se algumas características que parecem essenciais nesse gênero narrativo<sup>12</sup>. Diz o Estagirita que no palco uma cena trágica é aquela que representa uma ação humana, onde o agente sofre tão ardentemente que desperta no espectador forte temor e compaixão, pois percebe que a personagem não merece aquela desdita, mas desperta também a simpatia do auditório porque tal agente se assemelha a qualquer um que testemunha seu sofrimento<sup>13</sup>; as tragédias mais autênticas seriam aquelas onde pessoas boas incorrem em grandes erros, causando danos irreversíveis a um ente muito próximo, sendo ainda tragédias genuínas aquelas onde, no geral, pessoas admiráveis são acometidas de terríveis e injustificados “infortúnios”<sup>14</sup>.

Mas, de qualquer modo a descrição de uma questão trágica não é tão simples como parece, mesmo porque segundo Jaeger não existe um conceito universal de tragédia, no máximo sendo possível encontrar, no mundo trágico dos gregos, alguns traços que são fundamentais a um evento desta natureza: “a representação clara e vívida do sofrimento nos êxtases do coro, expressos por meio do canto e da dança, e que pela introdução de vários locutores se convertia na representação integral de um destino humano, encarnava do modo mais vivo o problema religioso há muito candente, do mistério da dor enviada pelos deuses à vida dos homens”<sup>15</sup>. A delimita-

<sup>11</sup> João Guimarães ROSA, *Grande sertão: veredas*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, 283.

<sup>12</sup> A sugestão é da classicista portuguesa e cuja sistematização pode ser vista em Maria Helena da Rocha PEREIRA, “Prefácio”, in ARISTÓTELES, *Poética*, trad. port. Ana Maria Valente, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 14-15.

<sup>13</sup> ARISTÓTELES, *Poética*, 1449b24-28, assim como 1453a5-7; ver ainda IDEM, *Retórica*, trad. port. Manuel Alexandre Júnior / Paulo Farmhouse Alberto / Abel do Nascimento Pena, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, 1382a-1382b, bem como 1385b-1386.

<sup>14</sup> ARISTÓTELES, *Poética*, 1453a13-25, assim também 1453b14-1454a2-3.

<sup>15</sup> Werner JAEGER, *Paidéia: a formação do homem grego*, trad. brasileira Artur M. Parreira, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Martins Fontes, 1989, 206. A centralidade do problema do Destino nesse gênero narrativo, não obstante as diferentes interpretações que dão ao sentido do trágico, parece ser percebida pela generalidade dos classicistas, tal como se pode ver

ção de uma questão jurídica, por outro lado, também não é um somenos que o cotidiano do foro resolva, sendo certo que o próprio esforço de dar conta disto pode mergulhar o pensamento jurídico atual numa experiência trágica sem precedentes: a do diferendo que Linhares tem denunciado das teorias atuais do direito e do potencial que têm de nos expor a conflitos insuperáveis (embora o autor português não invoque as categorias da tragédia)<sup>16</sup>; em vista disto é que a promessa deste texto é modesta: delimitar uma questão jurídica partindo da sugestão de Castanheira Neves quando o mesmo, sem perder de vista o legado cultural da jurisprudência romana, distingue “questão de fato” de “questão de direito”; uma questão jurídica (*quaestio juris*), neste caso, seria aquela que nos interroga sobre “validade jurídica” ou sobre o “sentido jurídico” dos “dados reais ou factuais de uma problemática juridicidade” (*quaestio facti*)<sup>17</sup>.

Sendo assim, meu esforço de diferenciação toma como referencial teórico, para elucidar uma questão trágica, algumas peças e estudos sobre o teatro clássico, visto que foi ali que essa discussão teve início no pensamento ocidental, moldando nossas instituições morais, jurídicas e políticas; no que se refere à questão jurídica, a referência será a concepção de direito que Castanheira Neves oferece, visto que formulada a partir da experiência originária de secularização da *praxis* jurídica, logradamente desenvolvida pelos juriconsultos romanos: falo daquela *Isolierung* que pela primeira

---

exemplarmente em Maria Helena da Rocha PEREIRA, *Estudos de história da cultura clássica: cultura grega*, 5.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, vol. 1, 337 e s.; Albin LESKY, *História da literatura grega*, trad. port. Manuel Rosa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, 257 e s.; H. D. F. KITTO, *A tragédia grega: estudo literário*, trad. port. José Manuel Coutinho e Castro, Coimbra: Arménio Amado, 1990, vol. 1, 98 e s.

<sup>16</sup> José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?”, in Nuno Manuel Morgadinho Santos COELHO / Antonio Sá da SILVA, org., *Teoria do Direito: direito interrogado hoje – Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 2012, 125 e s.

<sup>17</sup> Para uma breve leitura da diferenciação feita pelo autor entre questão de fato (*quaestio facti*) e questão de direito (*quaestio juris*), ver síntese dele mesmo em António Castanheira NEVES, “A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de ‘revista’”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 1.º, 483-530; a referência expressa à validade, impondo-se à simples factualidade e assim tornando-se uma nota especificadora do direito, pode ser vista em 510.

vez na tradição ocidental levou a prática jurídica a ser pensada autonomamente, pela mediação judicativo-racional que enquanto se revestia de certa intersubjetividade-reciprocidade, enquanto envolvia “homens humanos” virtuosos (iguais e responsáveis) e suas respectivas máscaras de *sui iuris*, enquanto alimentava uma condição de *tercivalidade*, etc., emancipava-se das outras práticas que se eram igualmente integradoras do agente na sua *communitas* pré-moderna, tinham intencionalidades distintas como as da política, da religião, da economia, da filosofia, etc.

## 2. Da emergência de um evento trágico e da formulação de uma questão jurídica

A emergência de um caso trágico, ao que parece, dá-se totalmente à revelia do agente envolvido; seja na vida do lar como mais drasticamente se vê no teatro grego, seja no segundo *bios* (βίος) que o agente possui, a vida política, o Destino (μοῖρα, *moira*)<sup>18</sup> sempre lhe sobrevém: é este o testemunho de Sófocles sobre as Desgraças que se abateram sobre a casa de

<sup>18</sup> Prescindindo aqui das sutilezas que a modéstia deste trabalho não permite explorar, parece ser possível utilizar esta palavra em um sentido mais ou menos similar ao que se utiliza na linguagem corrente para Sorte, Azar, Fortuna, Acaso, Fado, Moira e Providência. Com efeito, Moira (Μοῖρα) significa, rigorosamente, parte, porção, lote, possibilitando entendê-la como aquilo que cabe a cada um em Sorte na vida, isto é, seu Destino; o Acaso (Καιρός, *Kairos/Tóζη, Tyche*), um termo bem próximo do que a língua latina traduziu por *Fortuna*, corresponde àquilo que nos vem casualmente, contingentemente, de modo um pouco diverso da noção de Moira que sugere às vezes algo fixo, inamovível; a Providência (*Pronoia*) é um termo particularmente desenvolvido pelos estoicos, no sentido daquela intervenção dos deuses para ajudarem os humanos na realização dos projetos da divindade; o Fado (*Fatum*) surge no latim para designar aquelas forças superiores e inexoráveis que definem o curso regular da natureza. A ideia fundamental que a imagem de Destino evoca é a do confronto entre a noção de responsabilidade do homem, pelos atos que pratica, com uma ordem que lhe é adversa e que não pode controlar. Suspeito que Guimarães Rosa, no sugestivo romance *Grande Sertão: Veredas* onde incorpora outros elementos que vieram a constituir a cultura sertaneja, às vezes emprega os termos Diabo e Sertão no mesmo sentido utilizado para Sorte, Sina e Destino: como imprevisibilidade da vida e como risco de estar no mundo, como alguma coisa que possui uma astúcia muito própria e subtrai do agente moral a possibilidade de controlar a própria vida no sertão e implementar seus projetos de felicidade.



Laio<sup>19</sup>, de Demóstenes sobre o fatalismo da *Tyche* e a responsabilidade dos cidadãos atenienses na guerra com Filipe da Macedônia<sup>20</sup>, de Ésquilo sobre a derrota dos persas por causa de sua *hybris* (ὕβρις) que agrava a má-Sorte<sup>21</sup>, de Heródoto sobre a derrota pessoal e política de Crespo depois de ignorar os conselhos de Sólon<sup>22</sup> e de Plutarco sobre o governo de Fócion, neste caso muito aquém de suas capacidades, por causa das inúmeras calamidades que o tempo trouxe aos atenienses naquele período e impediram que se florescessem todas as virtudes do administrador<sup>23</sup>; poucos além de Jaeger deram conta tão bem dessa ausência de soberania e que o pensamento moral mais tarde veio a reivindicar, tendo notado que “a *tyche* é onipotente na vida do homem e na da coletividade”<sup>24</sup>. Segundo Leão, o império religioso que a Moira exerce sobre a religiosidade grega a difunde em toda a cultura como a mola propulsora de toda ação<sup>25</sup>, um poder nada menor que a de sua equivalente romana, Fortuna, a reinar quase como senhora absoluta do Destino humano<sup>26</sup>.

A distância de uma questão trágica para uma questão jurídica é de fato muito grande. Sabe-se que uma das justificativas que Aristóteles tem para considerar o desespero e a piedade, despertadas no auditório, como elemento caracterizador de uma cena trágica, é o fato de o agente envolvido estar sob o jugo de outrem<sup>27</sup>. São os deuses que nos dão e nos retiram as coisas quando bem lhes aprouverem<sup>28</sup>; como Aquiles diz a Príamo, o rei que se humilha diante do assassino do próprio filho, Heitor, são os deuses que antes de tudo urdem o Destino atroz dos mortais, impondo a estes um

<sup>19</sup> O momento culminante desse evento parece estar em SÓFOCLES, *Rei Édipo*, trad. port. Maria do Céu Zambujo Fialho, Lisboa: Edições 70, 2012, 726-754.

<sup>20</sup> DEMÓSTENES, “Primera Olintíaca”, in IDEM / ÉSQUINES, *Discursos completos*, trad. castellana Francisco de P. Samaranch / Julio Pollí Bonet, Madrid: Aguilar, 1969, 123-137.

<sup>21</sup> ÉSQUILO, *Persas*, trad. port. Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70, 2009, 800-842; ver ainda importante comentário em Werner JAEGER, *Paidéia*, 210 e s.

<sup>22</sup> HERÓDOTO, *Histórias*, trad. port. José Ribeiro Ferreira / Maria de Fátima Silva, Lisboa: Edições 70, 2002, livro I, 6-94.

<sup>23</sup> PLUTARCO, “Fócion”, I.

<sup>24</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 916.

<sup>25</sup> Delfim Ferreira LEÃO, *As ironias da fortuna: sátira e moralidade no Satyricon de Petrónio*, Coimbra: Colibri, 1998, 119.

<sup>26</sup> Delfim Ferreira LEÃO, *As ironias da fortuna*, 119 e s.

<sup>27</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, 1382b.

<sup>28</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 126 e s.

amargo sofrimento, enquanto aqueles vivem uma vida folgada<sup>29</sup>. Deparar-se com uma cena trágica é reconhecer nela uma fatalidade que o agente não prescreveria a si próprio, caso pudesse escolher antes de agir. Como Nussbaum afirma, o mais marcante do evento trágico é que pessoas boas são levadas a fazerem coisas hediondas, decorrentes de circunstâncias ou fatores que não residem nelas e que, em outras situações, seriam repugnantes ao seu caráter e aos seus compromissos morais<sup>30</sup>. O mundo se encontra assim estranhamente arranjado<sup>31</sup>, de um modo como certamente o agente não ordenaria se lhe fosse permitido escolher.

Sabe-se que a emergência do “direito”, na jurisprudência romana, deu-se graças àquela intuição original dos gregos que confrontou a lei imanente no cosmo (φύσις, *physis*) com a lei disposta pelo homem na *polis* (νόμος, *nomos*)<sup>32</sup>; trata-se de uma descoberta que mais tarde, com os jurisprudencistas romanos, veio a se secularizar, isto é, se apenas na modernidade a lei se torna em definitivo um prescritivo da razão, já na *civitas* romana sua secularização tem lugar daquele *tertium comparationis* e daquela racionalidade que lhe é própria, orientando-se por fundamentos e critérios, uma experiência de reconstituição que de todo se distanciou da decisão dos Pontífices que era causa *sui*; mas se é certo que na representação trágica a noção de *nomos* já está presente, advertindo para a necessidade de uma vida humana coerente com aquela ordem racional e necessária, até essa ideia de lei não se desprende de uma origem divina<sup>33</sup>.

O herói trágico atua sempre em conformidade com aquilo que os deuses prescreveram, sendo-lhe difícil e até impossível, às vezes, agir de outra maneira, ainda que essa ordem seja arbitrária. Ora, se é certo que um evento trágico admite pelo menos em alguns deles que o homem acresça alguma coisa ao próprio Destino ou que este seja modificado pelos deuses, nada muda o fato de que o cenário trágico mais completo e característico da tragédia, tomando por base a sistematização de Aristóteles já

<sup>29</sup> HOMERO, *Iliada de Homero*, trad. brasileira Haroldo de Campos, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Arx, 2002, vol. II, canto XXIV, 525-526.

<sup>30</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 25.

<sup>31</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 27.

<sup>32</sup> Para um estudo detalhado e historicamente situado, ver António Castanheira NEVES, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, 493 e s.

<sup>33</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 91 e s., assim como 143.

mencionada, é aquele em que a obrigação de fazer ou de não fazer é previamente fixada pela Moira, dependendo da posição que os fios de sua roda estiverem no nascimento do agente; ainda que um decreto venha a ser revogado, como se admite às vezes em algumas passagens exemplares<sup>34</sup>, tal revogação igualmente origina de uma fonte exterior, já que feito pelos deuses. Como Williams ensina, a descrição de um caso trágico, originariamente posta pela literatura grega, não impede que floresça em nós certa dose de sabedoria para fazer frente ao Acaso de nossas vidas, mas uma tal virtude ainda assim está comprometida com os mistérios e com as forças contra quem não é nada fácil resistir<sup>35</sup>.

A ação humana que se diz efetivamente trágica parece ser aquela em que nossos papéis se reduzem à mera execução de um decreto que os deuses prescreveram, como se vê de Enéias que desde a Troia destruída até a Roma edificada, arrasta sua família, pertences e deuses, realizando passo a passo o roteiro que a Moira elaborou para ele representar<sup>36</sup>. A atividade do agente, quando surpreendido pela Fortuna, dá-se sempre no limite do perigo da impiedade para com os deuses, uma vez que tal atividade se desenvolve dentro de um conflito inevitável de valores<sup>37</sup>; isto lhe traz um sofrimento porque a única forma de fazer justiça à identidade de cada um desses valores distintos é reconhecer, pelo menos potencialmente, que ambos colidirão<sup>38</sup>. Mas, se assim é que são as coisas, o modo como uma questão jurídica emerge é de um modo bem distinto, se bem que nela a dimensão do trágico não está terminantemente afastada<sup>39</sup>.

De fato, uma questão jurídica emerge distintamente de uma questão trágica, desde logo, porque o direito não é uma ordem previamente posta

<sup>34</sup> HOMERO, *Iliada de Homero*, I, canto VI, 440-443, acerca do diálogo entre Zeus e Hera sobre a possibilidade de retirar Sarpédon da luta para não sucumbir-se; ver também *ibid.*, II, canto XXII, 179-181, agora a propósito do diálogo entre Zeus e Atena, sobre a Sorte de Heitor.

<sup>35</sup> Bernard WILLIAMS, *Shame and necessity*, Berkeley: University of California Press, 2008, 149 e s.

<sup>36</sup> Maria Helena da Rocha PEREIRA, *Estudos de história da cultura clássica: cultura romana*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990, vol. II, 244 e s.

<sup>37</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 74 e s.

<sup>38</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 67 e s.

<sup>39</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, in Augusto Silva DIAS *et al.*, org., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: estudos de direito e filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 3-28.

e à revelia da atividade humana, mas, no dizer de Castanheira Neves, algo que compete à autonomia cultural do homem, devendo ser entendido como “uma resposta culturalmente humana (resposta, por isso, só possível, não necessária e histórico-culturalmente condicionada) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ontológica, mas antes com a historicidade e a condicionalidade de toda cultura”<sup>40</sup>; não é nem um tipo de prescrição pura e simples de uma ordem, seja ela natural ou positiva<sup>41</sup>; no seu geral, o direito não é algo exterior ao homem, como uma capa protetora e estrutura heterônoma<sup>42</sup>. A determinação de um caso jurídico envolve sempre uma valoração de quem o compreende<sup>43</sup>.

O direito surge de algum modo; todavia, não o temos sem a objetivação, por um princípio axiológico-normativo, de uma “consciência jurídica geral” relacionada com uma concreta comunidade histórico-cultural, a qual depois de tudo pode se converter na última *ratio*, como fundamento inclusive de modificação de seus cânones normativos, nos casos nos quais em uma situação problemático-concreta sua aplicação represente uma afronta ao pensamento jurídico<sup>44</sup>. Sendo assim, o direito apenas pode ser

<sup>40</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 47.

<sup>41</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 102.

<sup>42</sup> António Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra: Polycopiado, 1971, 258.

<sup>43</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 234.

<sup>44</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 49 e 277. Uma “consciência jurídica geral” a entender-se como “a síntese de todos os valores e princípios normativos que nessa comunidade dão sentido fundamental ao direito ou que verdadeiramente lhes conferem o *sentido de direito*” (*ibid.*, 280), admitindo diferentes níveis de compreensão: um primeiro abrangendo aqueles valores, princípios éticos, intenções ético-culturais, concepções sociais sobre o válido e o inválido, etc., que informam o *ethos* ou o espírito comum de uma determinada comunidade em um tempo determinado, constituindo sua unidade integrante, seu *consensus omnium* ou a consciência pública que prescreve os padrões de ação dentro dessa comunidade – bons costumes, usos do tráfego e do comércio, prova lícita, obrigações parentais, etc.; um segundo nível, já de natureza jurídica, abrangendo os princípios que num tempo específico e cultura, postulam o sentido último do direito como direito – o valor da pessoa humana, da justiça, da segurança, etc.

compreendido como sentido – civilizacionalmente específico de uma das dimensões da *praxis* humana – e como sentido de liberdade, cuja determinação é tarefa do pensamento jurídico e não mais de ninguém<sup>45</sup>.

O direito se coloca, na dialética da história, como exigência humana de transcender-se, mas põe-se como um problema... não como um problema metafísico a interrogar sobre o sentido do mundo (decerto também relevante), mas como um problema prático a nos perguntar sobre o “sentido do encontro do homem com os outros homens”<sup>46</sup> dentro desse mundo. Este é um problema que não se nega estar já antes posto, mas Castanheira Neves reconhece que somente com a *iusprudentia* é que uma *praxis* verdadeiramente jurídica ocorreu, visto que se libertou de outras dimensões a que estava ligada naquele holismo prático dos gregos, criando um sentido próprio de direito<sup>47</sup>. Segundo o autor português, a noção anterior de autonomia e liberdade, filosoficamente transdeterminada, passou a ser autonomamente assumida e responsabilizada no contexto social; esta especificação da *praxis* encontrou depois no pensamento cristão-medieval a sua síntese: aquela ocorrida entre o direito em sentido filosófico e identificado com a justiça ético-política, dos gregos, e o direito em sentido de experiência prático-prudencial, dos jurisconsultos romanos<sup>48</sup>; mas que ainda restou especificada no pensamento moderno, onde a *praxis* jurídica incorporou aquela concepção secular do homem, na qual a razão se identifica com a própria subjetividade e o pensamento prático deixa de ser teórico-especulativo para ser autoconstituente: a subjetividade projetou-se como autora

---

<sup>45</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 10 e s.

<sup>46</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 4.

<sup>47</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 112 e s.

<sup>48</sup> Com quais consequências? As de resultar numa perspetivação teológico-filosófica do legado grego do direito natural, numa dialética autonomia-responsabilidade axiologicamente radical – enquanto filhos de Deus nossa liberdade é absoluta, tem como correlato necessário a responsabilidade e a culpa – e numa concepção do direito como *lex* e não só como *ius*, uma *lex* cujo sentido ético imprescindível só pode ser apreendido por uma prática nova: a prática hermenêutica, a quem cabe o papel de fixar o sentido do texto..., o texto jurídico recebido do direito romano e que juntamente com os escritos sagrados ajuda a compor um sentido cultural próprio, isto é, o da autoridade e do texto (António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 112 e s.).

e como responsável pelo sentido da juridicidade, sendo ela própria a responsável para organizar o poder e conferir a ele sua legitimidade<sup>49</sup>.

A autonomia humana, diz Castanheira Neves, é uma marca indelével da nossa civilização, tendo o direito assumido o compromisso de tutelar essa autonomia<sup>50</sup>, na medida em que se constituiu como um projeto humano-cultural específico. O jurídico, só o temos, quando antes de tudo afastamos as perturbações à determinação de seu sentido, entre as quais agora importa considerar<sup>51</sup>, aquelas modalidades de compreensão do direito como um objeto e não como um problema, como uma questão teórica e não como um problema prático; depois, o acesso ao sentido do direito só nos seria permitido quando compreendemos o porquê do direito, o que de outro modo significa apropriar-se das “condições constitutivas de sua possibilidade” e das “dimensões constitutivas da sua específica normatividade”<sup>52</sup>.

Devo acentuar que para Castanheira Neves a emergência do direito como direito dá-se diante de três condições, quais sejam, a condição mundanal, a condição antropológico-existencial e a condição ética<sup>53</sup>, sendo certo que esta última, aqui importa explicitar, indica que tal direito somente pode ser compreendido, enquanto tal, na afirmação da *pessoa* e do seu reconhecimento recíproco no espaço comunitário onde liberdade e responsabilidade se coimplicam; se esta última faz emergir a primeira das dimensões da normatividade do direito, a dimensão ética, a validade é a segunda dessas dimensões axiológico-normativas, constitutivas desse direito<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 114 e s.

<sup>50</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 115.

<sup>51</sup> Sobre os outros obstáculos da determinação do sentido do direito, quais sejam, suas abordagens como discurso e como função, ver António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 12 e s.

<sup>52</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 11 e s.

<sup>53</sup> António Castanheira NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito”, in *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 3.º, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 13 e s.

<sup>54</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 10 e s.

### 3. A (in)certeza e a (in)determinação dos critérios de deliberação do agente no direito e na tragédia

A distinção entre uma questão trágica e uma questão jurídica pode ser posta ainda no plano da determinação e da certeza que os critérios de solução oferecem ao agente no momento de sua escolha. É que uma cena trágica representa o agente atuando em um mundo onde tudo é turbacão e incerteza, pois, às vezes, “a divindade eleva subitamente o homem esmagado pelo infortúnio ou atira de escantilhão o que está firmemente em pé”<sup>55</sup>. A única certeza que se tem é a de que a expiação da falta ocorrerá, tal como as Erínias justificam da indeclinável perseguição a Orestes<sup>56</sup>: para alguns criminosos, ela vem logo, para outros mais tarde, mas sempre vem... sendo certo ainda que quando o criminoso escapa pessoalmente, seus filhos ou os filhos dos seus filhos pagarão por ele<sup>57</sup>. O mundo trágico é aquele onde a

Moira torna fundamentalmente inseguros todos os esforços humanos, por mais sérios e coerentes que pareçam, e não há previsão que possa evitar essa Moira [...] É totalmente irracional a relação entre o nosso esforço e o nosso êxito. Quem se esforça mais por proceder bem colhe fracassos frequentemente, e a divindade permite a quem começa mal fugir às consequências da sua insanidade. Qualquer ação humana vem acompanhada de riscos<sup>58</sup>.

A advertência que Sólon faz a Crespo evidencia esse estado de insegurança em que as coisas se dão num cenário de tragédia: por mais que a vida nos dê motivos para ostentar tanto riqueza como poder, nunca se pode contar com a duração dessa boa-Fortuna, pois, enquanto estamos vivos, muitas “Desgraças” podem nos ocorrer<sup>59</sup>. Seja na vida do lar, seja na condução dos negócios públicos, a *Tyche* caprichosa está sempre à frente para surpreender o agente no momento que ele menos espera por um desastre. A preocupação com a justiça, como mostra Pereira, encontra-se presente nas discussões dos trageógrafos, juntamente, é claro, com os temas da pie-

<sup>55</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 108.

<sup>56</sup> ÉSQUILO, “Euménides”, in IDEM, *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*, trad. port. Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70, 1992, 173-236.

<sup>57</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 126.

<sup>58</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 126.

<sup>59</sup> HERÓDOTO, *Histórias*, livro I, especialmente 29.1 e s.



dade e da relação entre os homens e entre estes e os deuses<sup>60</sup>; mas o que importa dar conta é que nessa discussão a certeza da justiça é uma questão que está sempre em aberto.

Em verdade, quando Aristóteles define a tragédia, considera que o temor despertado pelo evento trágico desperta como um elemento importante, sendo certo para o autor que uma das coisas que mais nos aterrorizam é saber que o mal em que o agente se envolveu não tem conserto ou é de difícil reparação<sup>61</sup>. E o que dizer da compaixão que uma questão trágica desperta? Sentimos compaixão pelo agente, diz o Estagirita, porque o que lhe aconteceu nos desestabiliza, deixando-nos inseguros ao pensar que tudo pode acontecer conosco<sup>62</sup>; tanto melhores e bem-sucedidas forem as pessoas arruinadas pelo Destino, mais entramos em desespero, com medo de que isto possa nos ocorrer ou afetar alguém que amamos<sup>63</sup>. A incerteza do agente quanto ao que fazer, o erro grave que comete ao atuar, a mudança súbita de uma situação confortável para outra onde a Desgraça prevalece, tudo isto é da natureza do caso trágico e é exatamente por isto que desperta, em nós, o terror e a compaixão<sup>64</sup>. O diálogo entre Édipo e Teseu a propósito da fugacidade da vida mostra efusivamente essa incerteza que a Moira deixa nos espaços público e privado<sup>65</sup>.

Ocorre que o direito, tal como emerge e se torna inconfundível com outras práticas humanas, é incompatível com a incerteza e a indeterminação dos critérios que se constituem para a organização da nossa vida, pelo menos nos termos que configura o evento trágico: na deliberação jurídica o agente tem de ter certo controle da situação, pois encontra no diálogo entre o sistema – embora inevitavelmente poroso – e o problema, a resposta do direito, dada pelo momento histórico-concreto, inclusive formulada considerando a juridicidade no que transcende à própria positividade<sup>66</sup>. O direito, como Castanheira Neves o concebe, é a última instân-

<sup>60</sup> Maria Helena da Rocha PEREIRA, *Estudos de história da cultura clássica*, vol. 1, 335.

<sup>61</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, 1382b.

<sup>62</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, 1385b.

<sup>63</sup> ARISTÓTELES, *Poética*, 1453a13-17.

<sup>64</sup> ARISTÓTELES, *Poética*, 1453a12-17, assim como 1454a1-3.

<sup>65</sup> SÓFOCLES, *Édipo em Colono*, trad. brasileira Cristiane Patrícia Zaniratto, Campinas: Programa de Pós-Graduação em Linguística do Instituto de Estudos da Linguagem da Universidade de Campinas, 2003, 607-615.

<sup>66</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 212 e s., bem como 228 e s.



cia crítica por meio da qual os homens se socorrem da arbitrariedade dos outros homens e até mesmo da arbitrariedade do próprio Estado<sup>67</sup>. Isto é possível dizer, segundo ele, porque esse direito pode ser identificado não somente quando media nossa coexistência ou nos leva a transcender nossa própria existência no mundo, mas também quando tal direito reluz ao afirmar-nos como *pessoa*, implicando talvez daí numa ordem de validade... validade normativa que faz com que a juridicidade não seja apenas um sistema de prescrições aleatórias, expondo-nos ao risco de provar o fruto amargo da *voluntas* e de outras incertezas que se tem de evitar<sup>68</sup>.

A dimensão da validade, pelo que vai dito acima, não prescinde de uma clara determinação da normatividade referível e invocável, embora se possa admitir uma certa e concreta indeterminação normativa: “o sistema jurídico não é, nem pleno (sem lacunas), nem de todo consistente (sem equivocos e sem contradições), nem fechado (autossuficiente), mas antes necessariamente poroso, de uma insuperável indeterminação e permanentemente aberto, a exigir por isto uma contínua reintegração e reelaboração constitutivas através de uma dialética da sua realização histórica”<sup>69</sup>. Ela requer uma determinação normativa perfeitamente possível, diga-se, em três planos<sup>70</sup>: um de natureza sociológico-cultural, o terreno onde a ordem de validade sofre as vicissitudes e as variações da positividade; o outro de caráter intencional-principiológico, onde o direito encontra seu sentido de direito; o último de material axiologia humano-comunitária, onde a dialética entre o *suum* e o *commune* se manifesta. De resto, a validade em causa tem seu próprio fundamento, o qual já foi procurado no Ser, na razão e no contrato – ou até já se prescindiu dessa busca –; todavia, o que a

<sup>67</sup> “E para ser ele [o direito] aquilo que verdadeiramente deve ser e para que possa cumprir a sua autêntica função de direito – afirmar-se como a *última instância crítica* (axiológico-normativamente crítica) da comunidade, através da qual o homem se afirmará na sua dignidade indispensável à prepotência do poder, seja do poder dos outros homens, seja o poder do poder político” (António Castanheira NEVES, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico: breves notas críticas sobre o seu sentido”, in IDEM, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 2.º, 413. Itálicos do autor).

<sup>68</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 15 e segs.

<sup>69</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 212.

<sup>70</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 16 e segs.

prática humano-cultural ou a comunicativa existência humana convoca são valores e princípios, abrigados no interior de um *ethos* fundamental ou de um pensamento prático histórico-culturalmente específico... sempre resultante do aprendizado que o homem faz da sua humanidade.

A racionalidade do sistema permite que a deliberação jurídica se oriente por critérios rigorosos, sistemática e metodologicamente controláveis<sup>71</sup>; já na sua emergência o foi, uma vez que o *ius suum cuique tribuere* ou *respondere* aos casos juridicamente relevantes significou buscar a justeza prática ou o justo concreto, enquanto identificava ou comparava sujeitos comparáveis<sup>72</sup>; já assim tratou-se da reconstituição da controvérsia jurídica (enquanto *núcleo* do mundo prático do direito). Deste modo, no universo jurídico o sistema é aberto, mas o direito é determinável<sup>73</sup>, algo que nem de longe se pode testemunhar do imperativo da tragédia. Nem se há de imaginar que a certeza ou segurança jurídica não seja um valor a ter em conta, seja diretamente pelo direito, seja pelo pensamento jurídico<sup>74</sup>; sequer se diria que uma decisão, por carecer de revisão, quando tomada à margem da justiça consagrada pela positividade jurídica, significa expor o direito à insegurança, visto que “a solução que parece favorecer imediatamente a certeza é a solução justa”<sup>75</sup>. A pluralidade ou a tensão irrecusável de diferentes caminhos não expõe a qualquer indecidibilidade, sendo certo que sem ter que renunciar a tal dinamicidade, é possível institucionalizar as respostas necessárias e integradas numa (determinada) comunidade de juristas<sup>76</sup>.

<sup>71</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 237 e segs.

<sup>72</sup> José Manuel Aroso LINHARES, *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades (Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do Direito)*, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, 180 e s.

<sup>73</sup> António Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares de teoria do direito: sumários e textos*, Coimbra: Policopiado, 1998, 67.

<sup>74</sup> António Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 205.

<sup>75</sup> António Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 216.

<sup>76</sup> José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo”, 162.

#### 4. A (im)previsibilidade da resposta concreta e o tratamento da surpresa no processo deliberativo

Mas o que foi dito acima ainda não é tudo, dado que é possível pensar a diferenciação entre uma questão trágica e uma questão jurídica a partir da abertura do sistema para respostas com as quais o agente não contava, pelo menos até a emergência do problema. Com efeito, o fato de a questão trágica deixar em aberto a resposta provável para o problema que ela põe, permite que haja muitas surpresas no processo deliberativo. Uma coisa que é central na tragédia é a advertência contra o excesso de autoconfiança, assim como a denúncia contra a simplificação das escolhas<sup>77</sup>. Isto não significa necessariamente uma indecidibilidade, mas o reconhecimento de que a harmonia do sistema, quando alcançada às custas da simplificação, pode custar muito caro para o agente, tal como as harmonizações desastrosas que Creonte, Antígona e Agamênon fizeram<sup>78</sup>. A abertura para o horizonte do improvável, portanto, não ameaça o sistema, embora o mantenha sempre instável; este é um preço a pagar pela garantia de que nenhuma questão ficará sem resposta, pois, segundo Nussbaum, o reconhecimento de que outras soluções não estão descartadas abre uma janela para escaparmos da traição que é própria da contingência, da culpa e do remorso por simplificarmos a questão<sup>79</sup>.

De fato, o que parece garantir que a abertura do sistema não resulte em indecidibilidade, assim como o que garante que uma resposta reduza ao mínimo um possível sofrimento, é o seu apelo antes de tudo para a justiça, esta que não é a do direito, mas a da experiência mais profunda da capacidade de amar. Não nos disse Unamuno que o amor pode ser considerado o mais trágico de tudo que há, o remédio que na vida social nos ajuda seguir adiante, olhando para além da pessoa amada<sup>80</sup>? Como ignorar o porvir do amor<sup>81</sup>? Não existem aqui, portanto, casos sem resposta, mas, simplesmente, casos trágicos e que como tais devem ser resolvidos; o que há de distinto em relação ao caso jurídico, diz o autor espanhol, é que a tra-

<sup>77</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 52.

<sup>78</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 64 e s.

<sup>79</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 50.

<sup>80</sup> Miguel de UNAMUNO, *Del sentimiento trágico de la vida*, Buenos Aires: Longseller, 2004, 171 e s.

<sup>81</sup> Miguel de UNAMUNO, *Del sentimiento trágico de la vida*, 229.

gédia possui uma capacidade penetrante de levar o homem a experimentar o que ele tem de mais profundo: sua espiritualidade<sup>82</sup>.

Tenha em vista o leitor que o surpreendente (δαίμων, *daimon*), o admirável, o estranhamento, o fascínio diante do mundo, etc., tudo é da natureza de uma decisão trágica. A resposta bem elaborada para uma questão difícil não constitui uma simples conformação do fato a um cânone preestabelecido, tal como Creonte tenta fazer, quando abandona o corpo de Polinices aos cães e abutres; não é somente, ainda, uma declaração de pesar como Agamênon faz ao concluir que sacrificar Efigênia é a resposta certa para seu problema; uma solução bem elaborada manifesta uma grande capacidade de sentir remorso pelo que fez no passado, de mobilizar emoções adequadas para antever os danos que pode causar, agindo da forma como pretende agir<sup>83</sup>. O apelo final da cena trágica é para a compaixão, sendo ela quem em última instância fecha a porta para o caos e para o sofrimento desmedido. A esperança de reduzir os efeitos da Fortuna é a única universalidade que a questão trágica parece permitir, na comunhão com outros códigos; no mais, tudo é escuridão e incerteza: “Não possuindo tochas para iluminar-nos o caminho, erramos ao acaso”<sup>84</sup>.

A questão jurídica, porém, também está aberta, mas disposta a encerrar o caso de um modo bem distinto: apelando para a própria juridicidade e realizando sua crítica interna, isto é, para uma noção de direito como circularidade normativa e que mantém sempre em aberto o diálogo sistema-problema, reconstituindo-se na própria e continuada realização<sup>85</sup>. Mas isto não significa qualquer casuísmo<sup>86</sup>, mas um “processo de institucionalização internamente *assumido* pelo mundo prático do direito”<sup>87</sup>. A dimensão

<sup>82</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 207.

<sup>83</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 43.

<sup>84</sup> PETRÔNIO, *Satiricon*, trad. brasileira Marcos Santarrita, São Paulo: Abril Cultural, 1981, LXXIX.

<sup>85</sup> Antônio Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 18 e s. Deste modo, “a irreduzível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do *consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da ‘consciência jurídica geral’, com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça – e daí também quer a indispensável e responsável mediação do ‘intérprete’, quer o momento filosófico-jurídico de toda a realização do direito” (IDEM, *Metodologia Jurídica*, 80).

<sup>86</sup> Antônio Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 147 e s.

<sup>87</sup> José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo”, 156.

da validade jurídica ou a dimensão axiológica-normativa implicada convoca outras três dimensões que estruturam o sistema jurídico<sup>88</sup>: uma dimensão dogmática que converte as exigências de validade em abstrata objetivação das soluções ou pré-soluções para os problemas hipoteticamente previstos, em outras palavras, soluciona prudencialmente a concreta indeterminação dos regulativos postos pela validade; uma dimensão problemático-dialéctica que expressa aquele *novum* problemático e irreduzível à previsibilidade dos esquemas dogmáticos, em face do que é a concretude e a originalidade da experiência jurídica; uma dimensão praxística que se traduz na realização crítico-judicativo-decisória do regulativo na prática histórico-social concreta.

Ocorre, ainda, que a validade não se completa, apenas, quando se expressa numa estrutura, sendo certo que vai exigir, também, que essa estruturação se organize pela racionalidade de um sistema, específico, por sinal...<sup>89</sup> Um sistema assumidamente complexo, disposto a integrar, pela própria dinâmica da realização, os diferentes estratos normativos desse sistema e a definirem o conteúdo do direito. Quais estratos? O primeiro constituído por *princípios* – positivos e transpositivos, onde se incluem as cláusulas gerais mais relevantes, e os suprapositivos – definindo o momento de validade fundamentante ou intenção de *transcendens* constituinte que impede que o direito seja somente *ordinatum/normatum*/objeto, mas, sim, *ordinans*<sup>90</sup>; é por meio de tais princípios que a validade axiológico-normativa se funda e se expressa.

<sup>88</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 18 s.

<sup>89</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 20 e s., e 155 e s.; António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 155 e s.

<sup>90</sup> Os princípios jurídicos, como dispostos pelo jurisprudencialismo de Castanheira Neves, decerto que não oferecem uma solução acabada, mas orientações de solução; não se confundem, assim, com os chamados “princípios gerais” do direito positivo que são particulares orientações extraídas internamente de uma também específica ordenação, sendo aqueles translegais e não necessariamente pressupostos nestes. Tais princípios, assimilados por Linhares (José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo”, 163 e s.) inclusive a partir do ensinamento oral do seu mestre, tem sua doutrina enriquecida com o apoio que vai buscar em outros interlocutores externos... desde logo encontrando na distinção entre *critérios* e *fundamentos* o *status* de direito; princípios como autêntico *ius*, a encontrarem nas imagens do farol (Cornell) e da bússola (Cortina) a possibilidade de pensar a controvérsia juridicamente relevante como uma travessia sobre um território

O segundo estrato é constituído por *normas*, opções político-estratégicas, cuja vinculação advém da legitimidade e autoridade instituintes, de qualquer modo indispensável, porque o regulativo de validade não dispensa uma determinação, sendo sempre o apelo de uma contingente realidade histórico-social que tem para com a validade uma relação de possibilidade e não de necessidade; as normas dizem respeito àquela categoria geral da objetivação dogmática, por meio das quais os critérios de solução do problema são positivados. A *jurisprudência* constitui o terceiro estrato, o momento em que posições diferentes, suscitadas pela argumentação,

---

desconhecido... sempre por percorrer e a exigir a invenção de um caminho irrepetível; o que denuncia a impossibilidade de pensar a solução da controvérsia-caso como uma pura *inventio*, desprovida de orientações trans-subjetivas ou de mapas elaborados por caminhanes anteriores (legisladores, juízes, doutrinadores...), cujo patrimônio indiscutivelmente é precioso para cada percurso novo; o resguardo de tais mapas evitaria que se percorressem caminhos que afastam o viajante do seu destino, ao passo que sua descrição, ainda que pormenorizada, não deixa que tais mapas se confundam com o caminho novo a percorrer: antecipam, apenas, situações-problemas, propondo soluções plausíveis e alternativas. Uma tal assimilação dos princípios, pelo autor português, ajuda-nos a compreender bem o lugar que ocupam dentro do sistema que o jurisprudencialismo nos mostra; isto para fazer ver que tais princípios, pensáveis como compromissos prático-comunitários ou como exigências humano-concretas de *ser-com-os-outros*, exigem ser tratados como autêntico *ius*, sob pena de falharem se fossem tratados como critérios amplamente indeterminados. Como? Distinguindo a visão dos princípios como *ius* das demais que a ele se socorreram; primeiramente dos princípios como *ratio*, como condições epistemológicas de uma racionalização cognitivo-sistemática de normas legais, dado que tal concepção, herdeira da tradição normativista dos princípios gerais de direito, frustra-se em uma tal compreensão na medida em que reduz o direito ao estrato das normas e os princípios a normas mais abstratas e gerais... tudo para aumentar o domínio cognitivo do sistema de modo que tais princípios nada acrescentariam no momento prático-decisório e em nada poderia conflitar com as normas; mas distinguindo-se, também, da noção de princípios como *intentio*, fruto do kantismo de Stammler, dado que os pensa como intenções prático-normativas, mas que só adquirem força vinculante se forem assimilados pelas normas legais, ou pelos precedentes, nunca sendo, porém, direito vigente. A que isto tudo nos levaria? À forma de poder pensar os princípios de duas maneiras, invocáveis conjunta ou isoladamente: como intenções *regulativas*, isto é, como manifestação de expectativas sociais ou compromissos comunitários que não têm um caráter jurídico, mas que podem orientar diretamente a construção de critérios jurídicos; como intenções *regulativas* com caráter metodológico, e que não constituindo direito vigente, servem de apoio para interpretar uma norma legal ou um critério jurisprudencial, mormente nos casos omissos a que o sistema por vezes se expõe.

objetiva e estabiliza uma já experimentada realização problemático-concreta do direito, adquirindo presunção de justiça. Por fim, a *dogmática*, resultado da “elaboração livre” da normatividade, sustentada na própria racionalidade fundamentada e decisiva objetivação do sistema; a elaboração prudencial realiza sua inteligibilidade última, sobretudo, pela avocação dos princípios.

O direito não contempla diretamente nenhuma contingência, nem mesmo uma contingência positiva<sup>91</sup>. É que o direito positivo não oferece, por si só, quer os critérios, quer os fundamentos normativo-jurídicos exigidos pela sua realização<sup>92</sup>; pode-se dizer que nem mesmo o sistema jurídico, no conjunto de seus estratos, seja em si autossuficiente, expondo-se a uma necessária abertura e constante reconstituição, tomando o caso como *prius* e como autônomo aos saberes anteriores, ao passo que se sujeita a uma crítica que só pode ser interna para ser jurídica tal e qual<sup>93</sup>. A abertura do sistema jurídico seria a nota fundamental de sua própria universalidade? Diz-se que a única universalização possível da experiência jurídica é o seu problema, nunca podendo ser encontrado nas soluções que a ele são atribuídas; assim é que para o jurisprudencialismo de Castanheira Neves o direito é uma experiência concreta, histórica e problematicamente situada, sugerindo diferentes respostas para iguais problemas<sup>94</sup>.

## 5. Irresponsabilidade pelo desastre, autodisponibilidade humana e responsabilidade pelas escolhas morais

Se assim são as coisas, como pensar a questão trágica em relação à questão jurídica, no tocante à responsabilidade do agente perante o caso e

<sup>91</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 110.

<sup>92</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 29 e s., bem como 176.

<sup>93</sup> António Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 159 e s.

<sup>94</sup> “E aí se saberá que o direito é só uma *resposta possível* (civilizacional-culturalmente tão condicionada como frágil) a um humano-social *problema necessário* e a que por isso mesmo não ficam excluídas respostas diversas enquanto eventuais *alternativas* ao direito – embora se deva bem esclarecer o que por essas alternativas humanamente se ganhará ou perderá” (António Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 14. itálicos do autor).



a autodisponibilidade humana? O surgimento da tragédia, como os classicistas entendem, permitiu que a discussão sobre o *logos* continuasse o percurso já iniciado em Homero, este que para alguns, inclusive, foi o primeiro a abrir essa discussão<sup>95</sup>. Com efeito, se compararmos o episódio onde Aquiles, recolhendo sua espada, não responde à insolência de Agamênon<sup>96</sup>, com outro onde Creúsa e o Velho discutem sobre onde e como matar o enteado<sup>97</sup>, temos de fato a impressão de que houve um progresso das discussões rumo àquele *logos*: no primeiro caso, o agente volta atrás na sua decisão, mas o faz obedecendo a um comando exterior, o apelo de Atena, uma deusa por quem tem uma grande consideração; no segundo, ao contrário, os agentes discutem entre si o que fazer. Todavia, como Rocha Pereira adverte, a diferença mais significativa é que na primeira cena as coisas são colocadas no plano divino, enquanto no segundo, no plano puramente humano, subsistindo, nas duas situações, a tensão entre vontade e Destino que não afasta de modo algum a fatalidade ou as maldições, que nos levam ao fracasso de nossos projetos<sup>98</sup>.

A cena trágica, de fato, compromete significativamente a responsabilidade, embora pareça não a impedir por completo. Sabe-se que para os gregos o cosmo (κόσμος, *kosmos*) era um todo ordenado, segundo leis bastante rígidas, o que faz com que a classicista portuguesa acima citada, a propósito ainda da questão do *logos*, subscreva a opinião de que aquilo que a tragédia sugere é o reconhecimento, por parte do homem, que existe um poder externo a ele e que opõe à sua vontade<sup>99</sup>; de acordo com Lesky há na tragédia, inclusive, uma apropriação até mais profunda dos deuses sobre os mortais<sup>100</sup>. Ora, isto permite interpretar o caso trágico como aquele onde a decisão do agente é formulada de um modo muito complexo, possível, muitas vezes, somente, mediante certa gama de sofrimento pessoal<sup>101</sup>. A liberdade de escolha resta de todo comprometida aqui, como se vê na angustiante decisão de Orestes, quando decide matar a própria mãe para vingar a morte do pai:

<sup>95</sup> Maria Helena da Rocha PEREIRA, *Estudos de história da cultura clássica*, vol. I, 337 e s.

<sup>96</sup> HOMERO, *Iliada de Homero*, vol. I, canto I, 193-222.

<sup>97</sup> EURÍPIDES, *Íon*, trad. port. Frederico Lourenço, Lisboa: Colibri, 1994, 978-1045.

<sup>98</sup> Maria Helena da Rocha PEREIRA, *Estudos de história da cultura clássica*, I, 338 e s.

<sup>99</sup> Maria Helena da Rocha PEREIRA, *Estudos de história da cultura clássica*, I, 339.

<sup>100</sup> Albin LESKY, *História da literatura grega*, 256.

<sup>101</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 44 e seg.



Não, não me vai trair o poderoso oráculo de Lóxias, que me ordena que corra este risco, eleva sem cessar a sua voz e me anuncia desastres capazes de me fazer gelar o sangue, se eu não perseguir os responsáveis pela morte de meu pai, tratando-os como eles o trataram, matando quem matou, vingando, com a fúria de um touro, a perda dos nossos bens. Caso contrário, pagarei com a própria vida, no meio de múltiplas e cruciantes dores<sup>102</sup>.

Uma das características que Aristóteles aponta na tragédia, com o potencial de despertar no espectador um sentimento de compaixão, é exatamente o fato de o agente não merecer sua desdita<sup>103</sup>; a dificuldade de admitir a culpa aqui é de fato significativa, visto que sua própria noção de Destino, como já vimos, diz respeito às situações onde o agente está exposto a fatores que ele mesmo não controla<sup>104</sup>; o nascimento de Édipo já fixou em edital que o mesmo mataria seu pai e esposaria sua mãe; as Desgraças que se abateram sobre seus filhos, Étéocles, Polinices e Antígona, também já estavam predestinadas: por mais valorosos que esses heróis tenham sido, não puderam evitar o fracasso que era parte do quinhão recebido da roda da Fortuna. O homem aqui parece reduzido a quase nada; como disse Nussbaum, muitas das vezes o humano é representado como qualquer um dentre os seres da natureza: tal como as plantas, somos igualmente dependentes de circunstâncias que não estão dentro de nós, nossa boa ou má-Sorte escorre por entre os dedos quando tentamos agarrá-la<sup>105</sup>. A humilhação do homem pelo Destino é de resto o que a cena trágica coloca diante do espectador: pessoas boas são facilmente arruinadas, não pelo querer livre delas, mas em razão de coisas que simplesmente lhes acontecem, que elas não controlam<sup>106</sup>.

Mas, a responsabilidade e a culpa não estão inteiramente afastadas. É que de acordo com Kitto, o fato de a tragédia atribuir aos deuses a causa de todos os males, não significa propriamente para os gregos uma evasão consciente de responsabilidade, mas, apenas, o reconhecimento de que as coisas que nos ocorrem fazem parte do nosso quinhão, devendo cada um perseguir os bens que valem a pena perseguir, embora o preço a pagar

<sup>102</sup> ÉSQUILO, “Coéforas”, in *Oresteia: Agamémnon, Coéforas, Euménides*, trad. port. Manuel de Oliveira Pulquério, Lisboa: Edições 70, 1992, 269-277.

<sup>103</sup> ARISTÓTELES, *Poética*, 1453a5-7.

<sup>104</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, 1362a.

<sup>105</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 1 e s., e p. 70.

<sup>106</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 25.

possa ser somente lágrima e destruição<sup>107</sup>. A discussão sobre a responsabilidade não está ausente de todo no mundo trágico dos gregos, Jaeger concorda, tendo sido a *Odisseia* a primeira onde foi suscitada, sendo devidamente aprofundada e mais tarde, com Sólon, tornou-se perfeitamente admissível<sup>108</sup>. A culpa não está descartada dentro de uma experiência de vulnerabilidade, diz Nussbaum, mas admitida no sentido de que o agente deve resistir nos limites que sua humanidade lhe permite<sup>109</sup>.

O que dizer, porém, da Providência ou daquele socorro que os próprios deuses prestam ao homem, evitando que caiam em Desgraça? Isto tudo não nos redime da humilhação onde somos colocados, vez que o homem continua a merecer os favores desses deuses, os quais nem sempre são dotados de qualidades superiores, tal como Aquiles acima denuncia; a Providência, quando vem, não atua em proveito pessoal do agente, e até mesmo deixa-o perecer, salvando apenas sua honra (τιμή, *timé*) e evitando que maiores males lhe sobrevenham<sup>110</sup>. Seriam verdadeiras as interpretações de Jiménez acerca da admissão, em Plutarco, da responsabilidade do homem perante a Sorte<sup>111</sup>? Penso que são bastante razoáveis seus argumentos, levando-nos a reconhecer que há, sim, alguma responsabilidade humana, mas ela é, no máximo, partilhada com os deuses, o que em termos de direito e da autodisponibilidade humana não é uma autêntica responsabilidade. Se podemos admiti-la, é preciso saber que ela ocorre dentro de um limite, visto que a imagem do Destino está sempre associada à ideia de *hybris* ou de soberba, isto é, a má-Sorte do agente pode ser ainda mais humilhante quando o mesmo extrapola o lugar que um humano não deve nunca ultrapassar; a temperança (σωφροσύνη, *sophrosyne*) é a virtude que encurta nossas rédeas e evita que se perca de vista os limites humanos de pensar e de atuar, evita que o homem tenha inveja dos deuses e queira viver como eles vivem<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> H. D. F. KITTO, *A tragédia grega*, vol. I, 103.

<sup>108</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 124 e s.

<sup>109</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 41 e s.

<sup>110</sup> Aurelia PÉREZ JIMÉNEZ, “La providencia como salvaguarda de los proyectos históricos en las *Vidas Paralelas*”, in François FRAZIER / Delfim F. LEÃO, *Tychè et Pronoia: la marche du monde selon Plutarque*, Coimbra: Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2010, 178 e s.

<sup>111</sup> Aurelia PÉREZ JIMÉNEZ, “La providencia como salvaguarda”, 176 e s.

<sup>112</sup> Werner JAEGER, *Paidéia*, 201 e s.

O que eu disse ainda deve considerar que a situação trágica é muitas vezes agravada, pois em alguns casos o infortúnio traz um sofrimento àquele que realizou uma ação, como se dá com Filoctetes quando salta sobre o santuário da deusa Crisís e a serpente pica o seu pé<sup>113</sup>, em outros esse mal é causado a terceiros, como se dá com Creonte, quando insiste em não enterrar Polinices e, com isto, atrai todo tipo de males para seu palácio<sup>114</sup>; nem se diga que alguns desses estragos são inteiramente irreparáveis, como se dá no último caso que nada mais resta ao monarca a não ser lamentar os seus mortos. Mas o modo como a questão jurídica encaminha a responsabilidade é diferente disto tudo.

Devo lembrar que a invenção do direito pelos romanos, como o jurisprudencialismo de Castanheira Neves ensina, rompe com a concepção trágica do mundo, daí que o autor português rejeite expressamente a possibilidade de reconciliação com um tal holismo prático onde “a humanidade como que se assumia a si própria em cada um”<sup>115</sup>, onde “o homem respondia pelas transgressões aos deuses tutelares, e portanto ao *nomos* comunitário, na imputação objectiva da acção violadora, com a sua exemplaridade e os seus efeitos”<sup>116</sup>. Mas evitar esse regresso não significa para o autor aderir ao hipertrofiamento moderno da liberdade, de resto assimilado pelo direito e pelo pensamento jurídico, mas pensar o homem como ser de responsabilidade antes de tudo. Entenda-se: se a juridicidade, entre os modernos, foi pensada ao nível puramente das liberdades e da mais absoluta individualidade, agora somente pode ser pensada naquela dimensão comunitária de que o *homo juridicus* se esquivou; por outras palavras, o homem não pode mais hoje ser compreendido à margem de sua responsabilidade comunitária, sendo esse compromisso inerente à pessoa: “a pessoa, pela simples razão de ser, se vê investida não só em *direitos*, mas igualmente em

---

<sup>113</sup> SÓFOCLES, *Filoctetes*, trad. brasileira Josiane T. Martinez, Campinas: Programa de Pós-Graduação em Linguística do Instituto de Estudos da Linguagem da Universidade de Campinas, 2003, *passim*.

<sup>114</sup> SOPHOCLES, *The Antigone of Sophocles*, American transl. R. C. Jebb, New York: Cornell University Library, 1893, 582-602.

<sup>115</sup> António Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 6/1 (jan./mar. 1996) 12.

<sup>116</sup> António Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, 11.

responsabilidade – a pessoa é chamada a *respondere* em termos comunitários – já que os *deveres* são para ela tão originários como os *direitos*<sup>117</sup>.

De fato, parece que evitar os malefícios da tragédia significaria, de acordo com o que Castanheira Neves talvez admitisse, apostar naquela intersubjetividade ou bilateralidade atributiva que possibilita a comparação entre sujeitos de direitos e obrigações. Propõe-se uma ruptura muito profunda com aquela concepção de homem assumida pelo iluminismo jurídico, sem com isto ter que regressar a *humanitas* dos gregos e romanos. Uma ruptura que nos permite distinguir o homem, enquanto *sujeito*, do homem enquanto *pessoa*: o homem enquanto sujeito-indivíduo, fruto do pensamento moderno e da hipertrofia do polo do *suum*, nós o temos, apenas, como um dado natural ou antropológico, daí que o estatuto de liberdade que se lhe atribuía não era fator impeditivo à sua renúncia e para a sujeição da humanidade de um pela humanidade de outro homem<sup>118</sup>; o homem enquanto pessoa, tal como se acentua no jurisprudencialismo e na dialética *summ/commune*, tem sentido cultural e sugere uma conquista axiológica, sendo certo que a dignidade que lhe é imputada, primeiro reabrindo Kant com a impossibilidade de ser o homem um meio ao invés de puro fim, notabiliza-se no reconhecimento que Hegel muito especialmente tinha em conta: no *ser* pessoa e *ver* no outro uma pessoa igualmente merecedora daquele reconhecimento.

A dimensão ética aqui colocada leva o autor português a pensar o direito sem confundi-lo com um simples regulatório prescrito em face das contingências econômicas, sociais, políticas ou científicas de um momento, como um *posterius* de regressiva funcionalização (a instrumentalização do direito pelas teorias funcionalistas é atualmente um fato preocupante!), postulando, assim, ser um constitutivo normativo-axiológico, de validade e de autônoma e prévia problematicidade<sup>119</sup>. O fundamento autêntico e último do direito é a liberdade, e nem mesmo o processo coativo que lhe é inerente, contradiz essa liberdade: a coação permite conciliar a liberdade de cada um com a de cada outro, sendo certo ainda que a liberdade não tem apenas um sentido negativo-formal, mas também positivo como responsa-

<sup>117</sup> António Castanheira NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito”, 868.

<sup>118</sup> António Castanheira NEVES, “Pessoa, direito e responsabilidade”, 33.

<sup>119</sup> António Castanheira NEVES, “Pensar o direito num tempo de perplexidade”, 6.

bilidade<sup>120</sup>; de resto, a coação é entendida como um “instrumento de que as coletividades organizadas se servem para impor ao arbítrio a vinculação jurídica válida”<sup>121</sup>. Uma questão jurídica só a temos diante da emergência de um problema onde a dialética entre direito e responsabilidade se faz presente:

[...] 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 objeto 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)<sup>122</sup>.

O problema jurídico é “o problema do histórico-social encontro, se não desencontro, humano no nosso espaço de coexistência e convivência”<sup>123</sup>. Isto é que faz com que o nosso direito seja um projeto civilizacional cuja tocha foi acesa pelos romanos, como já se disse. Mais que reconhecer nesse direito um projeto civilizacional – europeu, de raízes greco-romanas e judaico-cristãs – e humano que se afirma hoje como resposta possível para um problema necessário<sup>124</sup>, o jurisprudencialismo vê nele uma verdadeira alternativa humana – “uma dimensão capital, e irrenunciável, da humanidade do homem”<sup>125</sup> –, embora seja, apenas, uma alternativa entre as diferentes vozes que no confronto entre os projetos da *societas* e da *communitas*, assume – ainda que em perspectivas inconfundíveis e com consequências muito distintas! – os pressupostos deste último – enquanto dia-

<sup>120</sup> António Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 252 e s.

<sup>121</sup> António Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 262.

<sup>122</sup> António Castanheira NEVES, “O ‘jurisprudencialismo’ – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, in Nuno Manuel Morgadinho Santos COELHO / António Sá da SILVA, orgs., *Teoria do Direito: direito interrogado hoje – Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 2012, 77.

<sup>123</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 105.

<sup>124</sup> António Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 146.

<sup>125</sup> António Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 147.

loga criticamente com o primeiro<sup>126</sup> – e perseguem uma reabilitação do pensamento prático.

## 6. Vulnerabilidade, declaração e promoção de capacidades humanas

Depois de tratar da diferença entre “questão trágica” e “questão jurídica”, importa agora dizer, ainda que brevemente, que as deliberações morais parecem ser de dois tipos bem distintos: as que “declaram” e as que “promovem” as capacidades humanas. A distinção é necessária porque, tratada no plano exclusivamente moral, ela parece nos proteger das diferentes instrumentalizações do direito pela política, pela economia, pela engenharia social, etc.<sup>127</sup>. Como vimos anteriormente, a análise de um caso qualquer permite dizer se estamos diante de uma experiência trágica ou jurídica; esse primeiro juízo que fazemos é que se pode aqui chamar, por falta de uma designação melhor, de deliberação que simplesmente “declara capacidades”. Quando a escolha do agente se deu sem o constrangimento que define uma questão trágica, podemos afirmar que esse agente é inteiramente responsável pelas consequências de sua decisão, mas quando a declaração não é de capacidade e sim de incapacidade, deve-se dizer que a avaliação moral precisa ser aprofundada.

Com efeito, não seria mesmo indigno para com a nossa humanidade, quando diante de um acontecimento que se dá a outro humano, percebêssemos que o agente estava com as suas capacidades de deliberação e atuação embotadas ou até mesmo interditas, mas não aprofundássemos nossa avaliação no sentido de reabilitá-las? Se a resposta pode ser positiva, nos parece ser adequado falar num segundo tipo de deliberação moral: aquela decisão que “promove capacidades”. Não preciso aqui, ao que parece, entrar na discussão sobre “judicialização da política”, “ativismo judicial”, etc.; quero apenas sugerir que a situação presente pode expor o direito ao desconforto de abrir uma porta para um juízo prático que não seja propriamente o dele, mas que de algum modo se encontra tão

<sup>126</sup> José Manuel Aroso LINHARES, “Jurisprudencialismo”, 161.

<sup>127</sup> Para uma importante análise desta questão, ver António Castanheira NEVES, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”, 379-421.

continuamente ligado a ele que é difícil dizer exatamente onde começa e onde termina uma questão jurídica.

Nossa tradição jurídica, fortemente influenciada pela filosofia contratualista do período iluminista, pressupõe não somente a autonomia do sujeito e a sua liberdade de escolha, pressupondo ainda uma igualdade radical entre os sujeitos de uma relação jurídica<sup>128</sup>; isto impede, não obstante a releitura do contratualismo feita por Rawls que admitiu a intervenção do Estado para compensar as desigualdades reais, levar a sério as vulnerabilidades de que falamos na questão trágica; disto decorrem certas compreensões meramente procedimentais da justiça, soando estranho para esses autores dizer que o direito tenha obrigações outras que não as de garantir o livre exercício dos direitos pelo cidadão. Mas Aristóteles, todavia, tinha outro fundamento para a comunidade política: reconhecendo que a plenitude da felicidade e uma vida bem-sucedida depende, pelo menos em parte, de um pouco de Sorte<sup>129</sup>, o Estagirita sugere que a sociedade foi criada por causa de nossa vulnerabilidade comum, daí que o Estado e o direito têm o papel de nos proteger dos constrangimentos da Fortuna, das coisas que simplesmente ocorrem com o agente, ainda que o mesmo tenha atuado com a devida precaução<sup>130</sup>.

Tenho me dedicado à pesquisa sobre o sentido atual do direito, o que me fez debruçar sobre a própria emergência desse direito na civilização ocidental; parece-me que a invenção da *praxis* jurídica decorreu desta necessidade de aliviar um pouco o sofrimento humano diante da humilhação do Destino, no que a história das instituições e do direito positivo testemunham o esforço de nos proteger contra toda ameaça à nossa dignidade e à realização de nossos projetos de felicidade; neste sentido, embora não se debruçando filosoficamente sobre o assunto, o voto do Ministro Celso de Mello parece reconhecer a existência de uma esfera moral do sujeito

<sup>128</sup> Para uma crítica ao contratualismo e à sua incapacidade de responder aos grandes desafios que o direito tem tentado responder, inclusive aqueles decorrentes de vulnerabilidades iniludíveis e inclusive considerando a vigorosa renovação que Rawls fez com a teoria contratualista, ver Martha C. NUSSBAUM, *Frontiers of justice: disability, nationality, species membership*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2007, 9 e s., 176 e s., e 224 e s.

<sup>129</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1099b.

<sup>130</sup> ARISTÓTELES, *Política*, trad. castellana Julián Marias / María Araujo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1951, 1252a, bem como 1253a.



com a qual não podemos transigir e que não pode ser negligenciada pelo Estado, seja na deliberação jurídica, seja antes mesmo no terreno das escolhas administrativas: os direitos fundamentais, disse o magistrado, impõem por si mesmos e independem de qualquer juízo de valor que fazemos sobre o agente que está sob avaliação.

De resto o que eu disse sugere que não deixando de admitir uma certa dose de procedimentalismo nas decisões que tribunais e agentes políticos devem tomar – a decisão que promove capacidades não pode ela própria julgar a vida boa de quem quer que seja, limitando-se tão somente a dizer, partindo de uma dada experiência da vida ética, o que é devido ao agente, para que suas capacidades violadas pelo Desastre possam florescer em toda sua plenitude! –, devemos nos interessar concretamente pelos bens que serão especificados na decisão, mesmo porque somente assim se pode avaliar corretamente se juízes, administradores, etc., são capazes, de fato, de reabilitar o agente nas funções interditas pela má-Sorte. Neste particular a Literatura, nomeadamente a tragédia, pode nos mostrar a complexidade das escolhas, evitando que a contingência do Destino venha impedir que seres humanos sejam arruinados definitivamente e suas capacidades sejam impedidas de florescer, como é próprio que ocorra a todo humano e permite que tenhamos uma vida que valha a pena ser vivida.

## 7. Conclusão

A discussão sobre escolhas trágicas é uma das mais controvertidas na filosofia moral como um todo, encontrando hoje um forte apelo argumentativo na política, no direito e na administração; pelo que vimos neste trabalho, devemos entendê-las como decisões que uma vez tomadas, como Nussbaum ensina, resultam no abandono de alternativas suficientemente plausíveis para que a dor da perda se imponha, qualquer que seja o bem preterido pelo agente<sup>131</sup>; quando o julgador está diante dela, como Ricoeur afirma, não tem ao alcance da mão a chamada “resposta correta” que o juiz-Hércules encontraria de acordo com o modelo decisório sugerido por Dworkin para casos difíceis (não exatamente “casos trágicos”, pois a tradição filosófica do autor é uma daquelas, como visto, que não admite a

<sup>131</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 27 e segs.



existência de dilemas morais e portanto não têm respostas para elas)<sup>132</sup>; por isto mesmo que Atienza vê aqui uma situação-limite no processo de deliberação, já que que nem mesmo uma teoria da argumentação iluminaria a escolha e evitaria o remorso de deixar pelo caminho um bem valioso tanto quanto o que foi prestigiado<sup>133</sup>.

<sup>132</sup> Paul RICOEUR, *O justo ou a essência da justiça*, trad. port. Vasco Casimiro, Lisboa: Piaget, 1995, 192 e s.; ver ainda, quanto ao referido juiz-Hércules, Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, trad. brasileira Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2007, 164 e s.; assim como Ronald DWORKIN, *O império do direito*, trad. brasileira Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003, 309 e s.

<sup>133</sup> Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 252. Importa ter atenção aqui este autor, pois se por um lado estamos a falar de uma das vozes mais eloquentes da teoria da argumentação no pensamento jurídico atual, por outro é ele mesmo a admitir explicitamente os limites invencíveis pela mesma quanto a certas questões que nos têm sido colocadas; sua contribuição ao debate sobre escolhas trágicas, inclusive, decorre do reconhecimento das dificuldades que impõem à interpretação jurídica (IDEM, “Los límites de la interpretación constitucional: de nuevo sobre los casos trágicos”. *Isonomía* 6 (abril 1997) 8 e s.): disposto a levar até o limite a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, aponta a necessidade de enriquecer seu debate... o que faz acrescentando novas categorias distintivas, nomeadamente se concentrando naqueles casos jurídicos perante os quais “no puede alcanzarse una solución que no vulnere un element esencial de un valor considerado como fundamental desde o punto de vista jurídico y/o moral” (*ibid.*, 19). Trata-se inclusive de testemunhar o constrangimento do juiz em não poder julgar o caso sem violentar a ordem jurídica: o caso trágico-jurídico emerge do contraste da ordem jurídica com a ordem moral, mas como as razões morais são a última *ratio* de qualquer raciocínio prático, um tal paradoxo se impõe, embora como Linhares se deu conta, o próprio autor espanhol acaba por relativizar tal situação (José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, 151). De qualquer modo, o enfrentamento da acrítica distinção entre casos fáceis e casos difíceis, no limite em que o nos desafia a pensar nos casos trágicos, significa por um lado denunciar o que chama de “ideologia conservadora” do pensamento jurídico: aquela que pressupõe que no Estado de direito contemporâneo sempre é possível fazer justiça pelas vias do direito; mas, por outro lado, levanta a suspeita de que se é verdade que o direito nos Estados democráticos institucionaliza o melhor dos mundos jurídicos existentes, disto não resulta que este é o melhor dos mundos imagináveis (Manuel ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional”, 13 e s.). O que depois de tudo não nos deixa no vazio de respostas para tais situações dilemáticas...; é que para Atienza, diante dos casos trágicos, no mínimo estaremos em condições de optar pelo mal menor, de recorrer aos critérios de razoabilidade oferecidos pela filosofia moral e política, de reconhecer

Os demais vêm a calhar, mas os testemunhos de Abraão e de Agamênon foram bastante exemplares, permitindo enxergar as dimensões do problema e a relevância de seu estudo: no primeiro, para dar prova de sua fé, o mais virtuoso dos hebreus é desafiado a imolar o próprio filho, enquanto no segundo, para guardar o mandamento de punir o crime cometido contra o lar, o maior dos atidas é constrangido a sacrificar sua filha como uma simples cabritinha<sup>134</sup>; mas nos dois, como Nussbaum acentua, o próprio agente moral experimenta um sofrimento exemplar, pois a proteção de um bem lhe impõe, inexoravelmente, o abandono de pelo menos um outro que lhe é fortemente valoroso<sup>135</sup>. Trata-se de uma experiência dilemática incapacidora de quem por acaso seja alcançado pela desdita, pois como disse Nitrato Izzo, o julgador não tem razões para afirmar se uma escolha é ou não preferível a uma outra<sup>136</sup>.

A pesquisa mostrou a importância atual de identificar as situações que de fato expõem o agente moral a situações que não controla facilmente<sup>137</sup>, seja para evitar a exposição ou reduzir seus efeitos, tal como esperamos da ação política, econômica e administrativa, seja para avaliar a responsabilidade daquele agente quando é enredado em uma trama destinal, tal como se espera do trabalho dos juristas e filósofos morais. É de se reconhecer que não é fácil por exemplo para um magistrado, sobretudo numa tutela de urgência, determinar ao administrador público o tratamento de um paciente em nome do direito fundamental à saúde garantido na Constituição, quando tem a clareza de que isto implicará, por vezes, o sequestro de parcela significativa do orçamento que deveria prover o atendimento de

---

que a circunstância atual de pluralismo é propícia para o aumento dos conflitos morais, e, talvez o que me parece mais estimulante aqui registrar: quando os juristas se expõem a um dilema ou a um caso sem solução no plano jurídico, isto não inviabiliza a realização da justiça, ao contrário nos estimula a sermos também bons cidadãos e a melhorarmos as nossas práticas, evitando, com isto, que a tragédia possa triunfar no mundo (*ibid.*, 25 e s.).

<sup>134</sup> ÉSQUILO, “Agamênon”, 205-235.

<sup>135</sup> Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 25 e s.

<sup>136</sup> Valerio Nitrato IZZO, “Il giudice di fronte ai casi tragici”, in Ulderico POMARICI, a cura di, *Il diritto come prassi: i diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, Napoli, 2010, 163.

<sup>137</sup> Neste sentido, o conceito secular de tragédia introduzido por Aristóteles (ARISTÓTELES, *Retórica*, 1362a), permitindo com isto uma transição entre a discussão religiosa original para o plano filosófico e literário, quicá aplicável também hoje, como defendo aqui na mesma linha de Nussbaum (Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, xxxvii), no plano filosófico-prático.

outros pacientes; idêntica situação abraâmica se perceberia de uma autoridade ambiental que deparasse com a necessidade de suspender a licença de uma mineradora que coloca em risco ecossistemas naturais e até a vida humana de seu entorno, mas soubesse que estava em suas mãos a continuidade de empregos, da arrecadação tributária local, do incremento econômico dessa comunidade, etc.

Os exemplos acima se avolumam, mas em todos eles os agentes envolvidos carecem de um saber apropriado para lidar com questões difíceis, um saber prudencial (φρόνησις, *phronesis*) como Aristóteles especificou com clareza<sup>138</sup>, dando como exemplo o caso do capitão de um navio, arrastado para dentro de uma tempestade, apesar de toda perícia adotada para singrar uma outra rota: ele tentará salvar sua embarcação, recorrendo à sabedoria que acumulou no trabalho e ao longo de sua vida, fazendo escolhas difíceis e moldando cada uma delas a partir da contingência onde faticamente está mergulhado<sup>139</sup>; mas este trabalho pode sugerir também que juízes, administradores, etc., carecem hoje, especialmente, de uma teoria moral, jurídica, política e administrativa, capaz de enfrentar as decisões difíceis e justificar racionalmente suas decisões; na esfera pública, a sabedoria decisória é um distintivo necessário para o agente, sobretudo nos países onde os serviços públicos essenciais, como diria Sarmiento a propósito da viragem interpretativa da Constituição de 1988 pelo Supremo Tribunal Federal, ainda estão por implementar<sup>140</sup>.

Neste sentido, apesar de nossa tradição ocidental negligenciar fortemente o conflito prático na discussão sobre a deliberação racional (especialmente por conta da querela intelectual de Platão com os poetas, a qual mais tarde encontrando fortes ecos no estoicismo, na filosofia kantiana, etc.), a filosofia prática atual tem admitido a relevância deste problema<sup>141</sup>;

<sup>138</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1139-1145.

<sup>139</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1110a.

<sup>140</sup> Daniel SARMENTO, “O mínimo existencial: the right to basic conditions of life”, *Revista de Direito da Cidade* 8/4 (2016) 1669 e s.

<sup>141</sup> Sobre esta negação de que possa haver razão onde mais de uma resposta nos parece adequada para um problema, iniciando-se com a querela intelectual de Platão com os poetas e prosseguindo ao longo dos séculos, ver Martha C. NUSSBAUM, *The fragility of goodness*, 28 e s.; ver também Valerio Nitrato IZZO, “Il giudice di fronte ai casi tragici”, 165 e s., muito a propósito inclusive sobre a atual discussão entre monismo e pluralismo moral.

não é diferente na filosofia jurídica como apontei neste trabalho, muito embora eu não tivesse a pretensão de ir além de oferecer um naco de contribuição sobre a matéria a magistrados, administradores, legisladores, etc., primeiro testemunhando situações em que os agentes se expõem a uma pluralidade infinita de dilemas que lhes obrigam a formular decisões mais complexas, depois, estimulando-lhes a pensar na iniludível e intransferível responsabilidade de atuarem para reduzir a surpresa e o malefício da Fortuna em nossas vidas.

De resto, o diálogo intenso com Castanheira Neves e com o seu desafio de refletir se o direito ainda tem respostas para muitos dos problemas que têm sido colocados aos juízes, pode sugerir que a própria questão jurídica esteja hoje sob interdição<sup>142</sup>... restando-nos talvez os escombros de sua própria tragédia e o testemunho do fracasso dos juristas; mas neste ponto não há aqui espaço para tal discussão e nem foi o propósito deste trabalho, contentando-me apenas, nesta conclusão, com acentuar o seguinte: sem prejuízo de nosso compromisso (enquanto juristas) de identificar situações trágicas tais e quais, prevenir os cidadãos da Desgraça como Aristóteles sugere, etc., devemos reconhecer que o direito tem seus limites e não cura todas as feridas da sociedade; quiçá continuando a ouvir o filósofo grego, agora na distinção que faz da atividade jurídica para com a ação política e para com o espetáculo<sup>143</sup>, tornou-se urgente impedir que outras dimensões da vida ativa como a política, a economia, a moralidade, etc., sejam interditadas pelo direito, restando ademais imprescindível perguntarmos se é ainda de questão jurídica que estamos a falar em muitas das querelas que os juristas têm se envolvido nos últimos tempos.

RESUMO: Já invocadas com alguma frequência nos tribunais, as escolhas trágicas tendem a ser cada vez mais discutidas, visto ser uma das questões mais desafiadoras da atualidade na jurisprudência, na hermenêutica e na filosofia. Há cerca de quarenta anos uma importante publicação, de Calabresi e Bobbitt, despertou grande interesse na filosofia prática ao apontar a escassez de recursos como um fato que sujeita o agente moral a poderosos dilemas decisórios; o argumento econômico não precisa ser repudiado inteiramente como querem alguns teóricos atuais, atrevo-me a dizer que o desafio da decisão tanto jurídica como administrativa é agora outro mais difícil de ser resolvido: sendo nosso tempo aquele que celebra a pluralidade e a diferença, contingência moral e política essa que reduziu pretensões filosóficas de universalidade e tornou muitos bens incomensuráveis, como podemos justificar nossas

<sup>142</sup> António Castanheira NEVES, “O problema da universalidade do direito”, 121.

<sup>143</sup> ARISTÓTELES, *Retórica*, 1358b-1360a.

escolhas perante alguém que possui outra concepção da felicidade ou o que podemos fazer quando uma escolha nossa implicar na renúncia de outros bens igualmente valiosos para nós? Considerando que as dicotomias certo e errado, moral e imoral, justo e injusto, etc., podem ser insuficientes, por exemplo, para justificar uma decisão; considerando que a ausência de uma regra universal de juízo exporia Abraão ao remorso, qualquer que fosse o bem que escolhesse dentre as duas alternativas de que dispunha... este trabalho visa discutir quais os critérios que julgadores, advogados, consultores, etc., utilizam para saber se a conduta que discutem foi deliberada o suficiente para que seu agente responda pela decisão que tomou (se o julgador está diante de uma “questão jurídica”) ou se tal conduta foi praticada sob algum constrangimento que justifica desonerar tal agente de qualquer responsabilidade pelo ocorrido (se a discussão gira em torno de uma “questão trágica”); mas esta pesquisa nos interroga também se constatada a vulnerabilidade do agente ao praticar a ação, experiência trágica que antes de tudo resulta na declaração pelo julgador de que o autor não agiu livremente, o julgador tem a obrigação de promover as capacidades humanas desse agente violentadas pelo infortúnio e sob qual fundamento, visando reparar uma tal desdita. Deste modo o presente trabalho, de natureza bibliográfica, privilegiará a discussão com A. Castanheira Neves e com Martha C. Nussbaum para confrontar questão trágica e questão jurídica, no primeiro caso adotando como marco teórico a doutrina dos juristas romanos que original e exitosamente distinguiu a *praxis* jurídica das demais já secularizadas por Aristóteles, no segundo ouvindo os poetas gregos e latinos cujo gênio criativo representou no teatro as situações mais exemplares onde o herói trágico se expõe à arbitrariedade de seu Destino. Conclui-se ao final que se a situação atual, de pluralidade e de diferença, aumenta a exposição dos agentes a conflitos práticos racionalmente sustentáveis, a doutrina e a jurisprudência, não obstante alguns esforços na criação de critérios para solucionar casos difíceis que vêm sendo suscitados, precisam distinguir claramente as duas questões, seja para não imputar injustamente ao agente uma responsabilidade quando atuou sob o poder da Fortuna, seja para evitar o uso indevido desse argumento para exonerar o agente da responsabilidade pelas próprias escolhas.

**PALAVRAS-CHAVE:** *escolhas trágicas; conflito prático; pluralismo moral; capabilities approach; autonomia do direito; filosofia clássica*

*The Tragic Issue and the Judicial Issue.  
Decisions That Declare and Decisions That Promote Human Capabilities*

**ABSTRACT:** Now turned to relatively often in court, tragic choices tend to be increasingly debated, as they comprise one of the most challenging issues seen today in case law, hermeneutics, and philosophy. About forty years ago an important publication by Calabresi and Bobbitt aroused great interest in practical philosophy by pointing to the scarcity of resources as a factor able to subject a moral agent to powerful decision-making dilemmas; the economic argument need not be repudiated entirely as a number of theorists currently want, yet I dare say that the challenge legal and administrative rulings face is now different, and more difficult to solve: because our time celebrates plurality and differences – precisely the elements of a moral and political contingency that has mitigated philosophical claims to universality –, and made immeasurable so many interests, how can we justify our choices to someone who holds a different conception of happiness, or what can we do when one of our choices forgoes other interests that are equally valuable to us? Considering that right and wrong, moral and immoral, just and unjust, as well as other dichotomies, may be insufficient to – for example – support a decision; and considering that the absence of a universal rule for judgment would expose Abraham to remorse, regardless of the

interest he might ultimately choose from the two alternatives at his disposal... this paper addresses the criteria that judges, lawyers, consultants, etc., use to ascertain whether the conduct they are discussing has been deliberate enough for its agent to answer for the decision they made (whether the judge faces a “legal matter”) or if such conduct was committed under constraints that would relieve the agent of any liability regarding the outcome of their actions (whether the discussion revolves around a “tragic issue”); but this research also puts forward the question, once the agent’s vulnerability during their conduct is ascertained – a tragic experience that will primarily result in the statement by a judge that the defendant acted freely –, of whether the judge has an obligation to favor this agent’s human capabilities, so violated by misfortune, and if so, on what grounds, in an attempt to redress such misfortune. Thus this bibliography-oriented work will focus on the dialogue with A. Castanheira Neves and Martha C. Nussbaum to distinguish tragic issues from legal issues, in the former case by utilizing the legal literature of Roman jurists who originally and successfully distinguished the legal praxis from others already secularized by Aristotle; and in the latter, by hearkening the Greek and Latin poets whose creative genius brought to the theater a representation of the most exemplary circumstances in which a tragic hero is exposed to the arbitrariness of fate. As a conclusion, should the current situation of plurality and difference increase the exposure of agents to rationally sustainable practical conflicts, then jurists and the Courts, despite certain efforts to create criteria to solve difficult cases, must clearly distinguish the two issues, both to avoid unjustly charging the agent with the liability for acting under the dictates of fortune, and to avoid misusing this argument to relieve the agent of the liability for his own choices.

KEYWORDS: *tragic choices; practical conflict; moral pluralism; capabilities approach; autonomy of law; classical philosophy*

# Índice

---

## Doctrina

<b>Rui Manuel Moura Ramos</b> — <i>A Propósito de João Baptista Machado, no Cinquentenário da Publicação de Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis</i> .....	1
On João Baptista Machado, in the Fiftieth Anniversary of the Publication of <i>Scope of Effectiveness and Scope of Competence of Laws</i> .....	51
<b>João Carlos Loureiro</b> — <i>Cosmopolitismo(s), Constitucionalismo(s) e Circunstância(s): Entre Memória(s) e (Re)Leitura(s). Apontamentos de Viagem (em Diálogo) com Alexander Von Humboldt por Ocasão dos 250 Anos do Seu Nascimento e os 175 Anos do Início da Publicação de Kosmos</i> .....	53
Cosmopolitanism(s), Constitutionalism(s) and Circumstance(s): Between Memory(ies) and (Re)Reading(s). Travel Notes (in Dialogue) With Alexander von Humboldt On the Occasion of the 250th Anniversary of His Birth and the 175th Anniversary of the Beginning of the Publication of Kosmos .....	106
<b>Alexandre de Soveral Martins</b> — <i>Risco e Resolubilidade dos Bancos: Uma Never Ending Story (Por Enquanto?)</i> .....	109
Risk and Banking Resolution: A Never Ending Story (For the Time Being?) ..	131
<b>Alexandre Libório Dias Pereira</b> — <i>As Topografias de Produtos Semicondutores no Novo Código da Propriedade Industrial Microchips Patents</i> .....	133
Topographies of Semiconductor Products According to the New Industrial Property Code .....	160
<b>Maria José Capelo</b> — <i>A Relevância da Gestão Processual na Fase da Audiência Prévia</i> .....	161
The Relevance of Case Management in the Pre-Trial Stage.....	177
<b>Mafalda Miranda Barbosa</b> — <i>Um Direito à Autodeterminação Sobre a Morte?</i> .....	179
Is There a Right to Self-Determination over Death? .....	212
<b>David Magalhães</b> — <i>O Interdictum Quod Vi Aut Clam, Uma Protecção Racional do Meio Ambiente</i> .....	213
The <i>Interdictum Quod Vi Aut Clam</i> , a Rational Environmental Protection.....	239



<b>Maria Inês Oliveira Martins</b> — <i>Seguro e Responsabilidade Civil</i> .....	241
Insurance and Tort Law .....	290
<b>Antonio Sá da Silva</b> — <i>Questão Trágica e Questão Jurídica. Decisões que Declaram e Decisões que Promovem Capacidades Humanas</i> .....	291
The Tragic Issue and the Judicial Issue. Decisions That Declare and Decisions That Promote Human <i>Capabilities</i> .....	326
<b>Luis E. Delgado del Rincón</b> — <i>El Derecho a la Protección de la Salud de los Extranjeros en Situación Administrativa Irregular. La Garantía de un Contenido Esencial Como Límite a los Poderes Públicos en los Ordenamientos Portugués y Español</i> .....	329
The Right to Health Care for Irregular Migrants: The Guarantee of an Essential Content As a Limit to Public Powers in Portuguese and Spanish Law.....	370

## Scripta

<b>Manuel Lopes Porto</b> — <i>Nelson Mandela: Abrindo Caminho para uma Nova África</i> .....	373
Nelson Mandela: Paving the Way Towards a New Africa .....	383
<b>Rui Manuel Moura Ramos</b> — <i>As Relações entre o Direito da União e o Direito Internacional Perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Breves Considerações sobre os Acórdãos das Instâncias Jurisdicionais da União Europeia no Caso Frente Polisário</i> .....	385
The European Court of Justice and the Relationship Between International Law and European Union Law. Brief Considerations on the Judgements of the Jurisdictional Bodies of the European Union on <i>Front Polisario</i> Case.....	419
<b>João Carlos Loureiro</b> — <i>Liberdades e Direitos em Tempos de Confinamento. Breves Considerações</i> .....	421
Freedoms and Rights in Times of Confinement. Brief Thoughts .....	443
<b>Ana Raquel Gonçalves Moniz</b> — <i>Relação dos Professores da Faculdade de Direito no Período 1966-2020. Cinquenta e Cinco Anos Depois</i> .....	445
List of the Coimbra Faculty of Law Professors in the 1966-2020 Period. Fifty-Five Years Later .....	461
<b>David Magalhães</b> — <i>Legal Sources, Ius Commune and the Historical Development of Portuguese Private Law</i> .....	463
Abstract.....	476



<b>Anna Ciammariconi</b> — <i>Dalla Damnatio Memoriae alla Perpetua Memoria. Il Limite Territoriale della Deindicizzazione a Seguito della Sentenza della Corte di Giustizia UE (Causa C-507/17 del 24 Settembre 2019). ...</i>	477
From <i>Damnatio Memoriae</i> To <i>Perpetua Memoria</i> : The Territorial Scope of the Right To Be Forgotten After the EU Court of Justice Judgement (Case C-507/17 of 24 September 2019) .....	495
<b>Leandro Garcia Rodrigues</b> — <i>D. Pedro II e Alexandre Herculano – Aproximações</i> .....	497
King Pedro II and Alexandre Herculano – Approaches .....	516

## Varia

### I — *In Memoriam*

1. <i>Professor Doutor Jorge do Carmo Silva Leite</i> .....	517
1.1. <b>Rui de Figueiredo Marcos</b> — <i>Oração Fúnebre em Louvor do Doutor Jorge Leite</i> .....	521
1.2. <b>José Joaquim Gomes Canotilho</b> — <i>Memória do Querido Amigo Jorge Leite</i> .....	529

### II — Páginas Escolhidas

<b>José Gabriel Pinto Coelho</b> , “A letra em branco na doutrina e na jurisprudência”, <i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i> 5 (1918-1920) 41, 42 e 43.....	533
--	-----

### III — Vida da Escola

1. <i>Sessão de Acolhimento aos Novos Estudantes</i>	
1.1. <b>Ana Raquel Gonçalves Moniz</b> — <i>Palavras Proferidas pela Vice-Directora da Faculdade de Direito</i> .....	541
2. <i>Comemorações dos 150 Anos da Aplicação do Código de Seabra nos Territórios de Goa, Damão e Diu</i>	
2.1. <b>Rui Manuel de Figueiredo Marcos</b> — <i>O Visconde de Seabra e a Aplicação do Direito Português em Goa</i> .....	547
2.2. <i>Discurso da Senhora Embaixadora da República da Índia em Portugal, Dr.<sup>a</sup> Nandini Singla</i> .....	565

3.	<i>Dia da Escola</i>	
3.1.	<b>João Nuno Calvão da Silva</b> — <i>Democracia em Crise. Desafios da Universidade (de Coimbra)</i> .....	573
3.2.	<b>Rui de Figueiredo Marcos</b> — <i>O Jurista Perfeito e a Faculdade Perfeita</i> .....	587
3.3.	<b>Marta Betanzos Roig</b> — <i>Portugal e Espanha: Novo Paradigma e Desafios</i> .....	603
4.	<i>Doutoramentos e Mestrados</i> .....	609
5.	<i>Actividades Promovidas pela Direcção da Faculdade</i> .....	621
6.	<i>Instituto Jurídico</i> .....	623
7.	<i>Centros e Associações</i> .....	625
8.	<i>Associação dos Antigos Estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Alumni)</i> .....	628
9.	<i>Falecimento</i> .....	628
IV — Permutas		
1.	<i>Publicações Periódicas</i> .....	629