

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Homenagem ao Professor José de Oliveira Ascensão

ANO LXIV

2023

NÚMERO 1 | TOMO 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Paula Rosado Pereira
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO
LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Julho, 2023

TOMO 1

-
- M. Januário da Costa Gomes
13-44 Editorial

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Alexandre Libório Dias Pereira
47-56 Filtros de conteúdos digitais para infrações ‘óbvias’ aos direitos autorais?
Upload filters for copyright ‘obvious’ infringement?
-
- Alfredo Calderale
57-83 *Posse pro-labore* e proprietà in Brasile tra conflitti sociali e tradizione giuridica portoghese
Posse pro-labore and property in Brazil between social conflict and portuguese legal tradition
-
- Ana Alves Leal | Tiago Fidalgo de Freitas
85-133 Sobre a liquidação de fundações
On the liquidation of foundations
-
- André Moreira Simões
135-181 Cláusulas MAC (“*Material Adverse Change*”) em contratos internacionais de M&A
Material Adverse Change (“MAC”) Clauses in International M&A Contracts
-
- António Barroso Rodrigues
183-239 Em defesa da legítima defesa. Um olhar sobre os limites da justificação na dogmática civil moderna
In defence of self-defence. A glance at the limits of justification in modern civil dogmatics
-
- António Menezes Cordeiro
241-276 Propriedade horizontal e alojamento local
Horizontal property and holiday rentals
-
- António Pedro Barbas Homem
277-296 Legitimidade na revolução de 1820
The legitimacy of the 1820 Revolution
-
- Aquilino Paulo Antunes
297-328 Mecanismos de incentivo à investigação e desenvolvimento de medicamentos: existe alternativa?
Mechanisms to encourage research and development of medicines: is there an alternative?
-
- Augusto Teixeira Garcia
329-377 Marca: caducidade por não utilização séria e renovação
Trademark: Revocation for non-use and renewal

-
- 379-403 **Carlos Baptista Lobo | Daniel S. de Bobos-Radu**
Uma arte de escribas e fariseus: nota sobre os limites da extensão da incidência do IRC aos rendimentos derivados da prestação de serviços jurídicos por entidades não residentes em território nacional
An art of scribes and Pharisees: remark on the limits of the Portuguese Corporate Income Tax liability of income derived from the provision of legal services by non-resident entities
-
- 405-442 **Carlos Blanco de Moraes | Mariana Melo Egídio**
Da validade dos acordos de financiamento de contencioso por terceiros para a promoção de ações populares
On the validity of third-party litigation funding backing class action lawsuits
-
- 443-466 **Catarina Salgado**
A arbitragem voluntária como meio de resolução extrajudicial de conflitos no direito angolano – alguns subsídios
Voluntary arbitration as a method for extrajudicial conflict resolution in Angolan law – some subsidies
-
- 467-495 **Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Moraes**
A escolha de lei tácita: alguns problemas
Tacit choice of law: difficulties it raises
-
- 497-512 **Dário Moura Vicente**
Desinformação, liberdade e responsabilidade
Disinformation, freedom and liability
-
- 513-554 **Diogo Costa Gonçalves**
Relatório sobre a disciplina de Direitos de Personalidade
Personality Rights Academic Report
-
- 555-587 **Diogo Tapada dos Santos**
Interpretação extensiva e analogia de normas excepcionais: reflexões a propósito da proibição do pacto comissório
Extensive interpretation and analogy of exceptional rules: reflections on the lex commissoria prohibition
-
- 589-634 **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
O pensamento jurídico analógico e a criação de Direito em Sociedades Digitais: o eterno retorno da analogia?
Analogical legal thinking and the creation of the Law in digital societies: the eternal return of analogy?
-
- 635-668 **Evaristo Mendes**
Sociedades preliminares e sociedades em formação
Companies Before Incorporation

-
- Filipe A. Henriques Rocha**
669-708 A Arbitragem de litígios sobre dados pessoais
Arbitration of personal data disputes
-
- Filipe de Arede Nunes**
709-728 Nas vésperas da revisão constitucional de 1989: iniciativas e roteiros parlamentares
On the eve of the 1989 constitutional revision: parliamentary initiatives and routes
- TOMO 2**
-
- Flávio Tartuce**
729-752 Os direitos da personalidade no código civil brasileiro. Diálogos com a doutrina do Professor José de Oliveira Ascensão
Personality rights in the Brazilian Civil Code. Dialogues with the doctrine of Professor José de Oliveira Ascensão
-
- Francisco A. C. P. Andrade**
753-771 Vícios de Vontade dos “agentes” de *Software*?
Software agent's defects of will?
-
- Francisco Mendes Correia**
773-800 O Direito natural na tradição aristotélico-tomista: esboço de uma defesa
A first attempt in the defense of Natural law in the Aristotelian-Thomistic Tradition
-
- Francisco Paes Marques**
801-826 Ação popular e *private enforcement*: nova vida europeia de um velho instituto nacional
Class actions and private enforcement: new European life of an old national legal remedy
-
- Gonçalo Aleixo Nunes**
827-884 Da penhora de direitos de crédito – em especial, as garantias de defesa do *debitor debitoris*, a execução concomitante e a legitimidade processual do exequente
The seizure of receivables – in particular, the guaranties of defence of the third debtor, the concurrent enforcement and the procedural legitimacy of the creditor
-
- Henrique Marques Candeias**
885-930 O abuso do direito de retenção. Exercício desproporcional do direito de retenção
The abuse of the right of retention. Disproportionate exercise of the right of retention
-
- Hugo Ramos Alves**
931-962 A desconsideração da personalidade coletiva em Oliveira Ascensão
Oliveira Ascensão and the disregard of the corporate veil doctrine
-
- Isabel Alexandre**
963-985 Reconhecimento e execução de acordos resultantes de mediação
Recognition and Enforcement of Mediated Settlements

-
- Isabel Graes**
987-1027 As cartas de seguro na história do direito português: um instrumento de protecção do réu
The security charts in the History of the Portuguese Law: an instrument to protect the defendant
-
- Ivanildo Figueiredo**
1029-1080 Registo dos direitos reais e da posse: Aspectos distintivos entre os sistemas de Portugal e do Brasil à luz da doutrina de José de Oliveira Ascensão
Registration of real rights and possession: Distinctive aspects between the systems of Portugal and Brazil based on the doctrine of José de Oliveira Ascensão
-
- J. P. Remédio Marques**
1081-1115 Defesa preventiva e providências cautelares: a introdução, em Portugal, do “requerimento de proteção”, face ao possível decretamento de providência cautelar *inaudita altera parte* – A questão no quadro da propriedade intelectual
Preventive defense and interim injunctions: the introduction, in Portugal, of “protective letters”, in view of the possible award of an interim injunction without the prior contradictory of the same respondent (inaudita altera parte) – The issue in the context of intellectual property rights
-
- Jaime Reis**
1117-1170 O penhor flutuante como penhor de universalidades: ensaio de fundamentação dogmática
The floating charge as a charge of universalities: an essay on its dogmatic foundations
-
- Joana Costa Lopes**
1171-1206 Os desafios à tutela judicial civil do direito à imagem na era digital
The challenges to the judicial protection of the image right in the digital era
-
- João de Oliveira Gerales**
1207-1248 Sobre o reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial: o artigo 99.º do Regulamento Bruxelas II *ter* e a Concordata de 2004 entre a República Portuguesa e a Santa Sé
On Recognition of Ecclesiastical Judgments in Matrimonial Matters: Article 99 of the Brussels II ter Regulation and the 2004 Concordat Between the Portuguese Republic and the Holy See
-
- João Maurício Adeodato**
1249-1260 Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade (Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)
Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity (In honor of José de Oliveira Ascensão)
-
- Jones Figueirêdo Alves**
1261-1306 Pessoa como sujeito de direito e o Direito da Pessoa em suas moradas do ser: visões identitárias a partir de estudos doutriniais de Oliveira Ascensão
Person as subject of rights and the Personal Law in its being's abode: identity perspectives based on doctrinal studies of Oliveira Ascensão

- _____ **Jorge Miranda**
1307-1314 A Constituição e a língua
The Constitution and the portuguese language
- _____ **José Alberto Vieira**
1315-1338 Oliveira Ascensão e a crítica ao conceito de relação jurídica
Oliveira Ascensão and the critique of the concept of legal relationship
- _____ **José Ferreira Gomes**
1339-1378 A eficácia das declarações a pessoas coletivas
The effectiveness of declarations to legal persons
- _____ **José Luís Bonifácio Ramos**
1379-1406 Alojamento Local e Condomínio
Airbnb or Short-Term Rental and Condominium
- _____ **Laurenço Vilhena de Freitas | Catarina Teles de Menezes**
1407-1426 Pandemia Covid-19 e a Reposição do Equilíbrio Económico-Financeiro dos Contratos de Concessão
Covid-19 Pandemic and the Restoration of the Economic-Financial Balance of the Concession Contracts
- _____ **Luís de Lima Pinheiro**
1427-1448 Direito aplicável, equidade e composição amigável na arbitragem
Applicable law, ex aequo et bono and amicable composition in arbitration
- _____ **Luís Manuel Teles de Menezes Leitão**
1449-1468 O novo Regulamento Europeu 2022/2065 sobre os Serviços Digitais: o *Digital Services Act (DSA)*
The New European Regulation 2022/2065 on Digital Services: The Digital Services Act (DSA)
- _____ **M. Januário da Costa Gomes**
1469-1501 “Supomos que esta descrição legal da situação é inaceitável”. Sobre a “sub-rogação dos credores” do repudiante na aceitação da herança e a interpretação disruptiva de José de Oliveira Ascensão
“We believe that such legal description of the situation is unacceptable”. On the “creditors subrogation” of the waivant in the acceptance of the inheritance and the disruptive interpretation of José de Oliveira Ascensão

TOMO 3

- _____ **Manuel Carneiro da Frada**
1503-1515 “Quando os lobos uivam...” – Sobre a tríplice tutela dos direitos subjectivos, a respeito de um trecho de Oliveira Ascensão (e de um acórdão da Relação de Coimbra sobre baldios)
“When wolves howl...” – On the triple protection of subjective rights, about an excerpt from Oliveira Ascensão (and a judgment of the Relação de Coimbra about the common land)

-
- Marco Caldeira**
1517-1550 A colusão na contratação pública (em especial, a participação de empresas em relação de grupo): o “estado da arte” e perspectivas futuras
The bid-rigging in public procurement procedures (in particular, in regard to linked undertakings): the state of the art and future developments
-
- Margarida Silva Pereira**
1551-1600 Ainda sem direito à identidade: as crianças na Gestação de Substituição segundo a (incompleta) Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro
Still no right to identity. Children of surrogacy under the (incomplete) Law n.º 90/2021, 16/12, which amended the Medically-Assisted Procreation Law
-
- Maria Raquel Rei**
1601-1617 Mandato com vista a acompanhamento
Mandate to assist the vulnerable
-
- Marta Boura**
1619-1662 A culpa do lesado e o abuso do direito. Considerações sobre a disfuncionalidade do exercício e o fundamento dogmático do instituto da culpa do lesado
The fault of the injured party and the abuse of right. Considerations on the dysfunctionality of the exercise and the dogmatic basis of the fault of the injured party
-
- Miguel de Lemos**
1663-1688 Oliveira Ascensão, Direito Vivo e Pluralismo Jurídico em Água Branca – Entre *Factos* e *Mitos*: um Estudo de Sociologia Jurídica
Oliveira Ascensão, Living Law and Legal Pluralism in Água Branca – Between Facts and Myths: a Socio-Legal Study
-
- Miguel Teixeira de Sousa**
1689-1702 Poderes do juiz no processo do trabalho: algumas notas
On the powers of the court in labor proceedings: some remarks
-
- Míriam Afonso Brigas**
1703-1724 A Culpa como pressuposto da Acção de separação de pessoas e bens no Código Civil de 1867 – Breves notas
Guilt as a prerequisite for the Action of Separation of Persons and Property in the Civil Code of 1867 – Brief notes
-
- Nuno de Oliveira Garcia | Ana Paula Basílio**
1725-1740 A tributação das mais-valias em IRS e o princípio da capacidade contributiva
Personal income tax on capital gains and the ability to pay principle
-
- Paula Costa e Silva | Nuno Trigo dos Reis**
1741-1779 A morte de um comparte e o curioso caso da instância subjectivamente complexa: a lacuna oculta no art. 281.º CPC e a verdade do aforismo *nanos gigantum humeris*
The death of one of the defendants and the curious case of the subjectively complex proceedings: the hidden gap in art. 281 Civil Procedure Code and the truth of the aphorism nanos gigantum humeris

-
- Paulo Marques**
1781-1822 Breves notas sobre a prestação de garantia idónea no processo de execução fiscal
Brief notes on the provision of adequate surety in tax enforcement proceedings
-
- Pedro de Albuquerque**
1823-1876 A informação sensível a dar a administradores e membros do Conselho Geral e de Supervisão (em cenários de concorrência, efetiva ou potencial, na eventualidade de negação de autorização para o exercício de atividade concorrencial ou antes dessa autorização poder ser dada pelo órgão previsto)
The sensitive information to be given to directors and members of the General and Supervisory Board (in actual or potential competition scenarios, in the event of denial of authorisation to engage in competitive activity or before such authorisation can be given by the body envisaged)
-
- Pedro Romano Martinez**
1877-1911 Direito de preferência e autonomia privada (Da preferência sucessiva)
Pre-emption rights and private autonomy (Of the successive pre-emption rights)
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes**
1913-1934 A proteção jurídica da memória do morto e a titularidade do interesse tutelado
The legal protection of the deceased memory and the ownership of the protected interest
-
- Ricardo Rodrigues de Oliveira**
1935-1968 A nova identidade digital europeia. Uma primeira abordagem
The new European digital identity. A first approach
-
- Rui Pinto**
1969-1991 A execução de condenações implícitas
The enforcement of implied condemnatory judgments
-
- Rui Soares Pereira | Daniela Rodrigues de Sousa**
1993-2029 Sobre o levantamento da personalidade coletiva no domínio penal
On piercing the corporate veil in the criminal realm
-
- Silvio Romero Beltrão**
2031-2045 O futuro dos direitos da personalidade: o valor da pessoa humana na sociedade
The future of personality rights: the value of human person in society
-
- Susana Antas Videira**
2047-2078 Remuneração Adicional do Agente de Execução – Uma Interpretação fundada [também] em elementos genéticos ou lógico-históricos
Additional Remuneration for Enforcement Agents – An Interpretation Based [also] on Genetic or Logical-Historical Elements

- **Teresa Quintela de Brito**
 2079-2122 Actuação “em nome ou por conta” e no “interesse directo ou indirecto” do ente colectivo, responsabilização penal da sociedade-mãe e (ir)relevância penal dos programas de *Compliance*
Acting “on behalf or for the account of” and in the “direct or indirect interest” of the collective entity, criminal liability of the parent company and criminal (ir)relevance of compliance programs
- **Thomas Hoeren**
 2123-2140 Morreu Oliveira Ascensão – uma profunda vénia a um espírito livre
Oliveira Ascensão has died: a deep bow to a free spirit
- **Tiago Henrique Sousa**
 2141-2169 A aquisição tabular na compra e venda executiva
Acquisition a non domino an execution sale
- **Tong Io Cheng**
 2171-2198 A exploração de terrenos vagos e a *Radix Omnium Malorum*: Reflexões (esparsas e cingidas ao essencial) sobre a Legitimidade da Propriedade Privada
Vacant Land Exploitation and the Radix Omnium Malorum: Reflections (sparse and limited to the essentials) on the Legitimacy of Private Property
- **Vítor Palmela Fidalgo**
 2199-2242 A responsabilidade dos intermediários e a violação do direito de marca: *quo vadis?*
Intermediaries’ liability and trademark infringement: quo vadis?

TESTEMUNHOS ACADÉMICOS

- **Maria João Estorninho**
 2245 Em memória do Professor Doutor Oliveira Ascensão
- **Paulo de Sousa Mendes**
 2247-2248 Em memória do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão
- **Pedro Pais de Vasconcelos**
 2249-2251 Testemunho de um discípulo do Professor Oliveira Ascensão

Imprecisão da linguagem jurídica no exemplo do conceito de imperatividade

(Em homenagem a José de Oliveira Ascensão)

Inaccuracy of legal language in the example of the concept of imperativity
(In honor of José de Oliveira Ascensão)

João Maurício Adeodato*

Resumo: O texto toma um dos conceitos dogmáticos fundamentais para mostrar como é difícil estabelecer acordos sobre o significado do direito, sobre “o que é” o direito. O conceito escolhido, o de imperatividade, é fundamental exatamente porque diversos autores o consideram determinante para conhecer o direito, como que uma essência da norma jurídica. Após expor os principais conceitos de imperatividade, o trabalho conclui que não se pode afirmar um significado unívoco para essa característica do direito. Mas o contexto principal é mostrar a imprecisão da linguagem jurídica em geral e que a literalidade é desejável, mas ineficiente.

Palavras-chave: Ambiguidade e Vagueza. Palavras e coisas. Ontologia. Retórica.

Abstract: The text takes one of the fundamental concepts of legal dogmatic to show how difficult it is to agree on the meaning of the word law, about “what is” the law. The chosen concept, that of imperativity or imperativeness, is fundamental precisely because several authors consider it crucial to know law, as it would constitute the essence of the legal norm. After exposing the main concepts of imperativity, the work concludes that it is not possible to assert a univocal meaning for this feature of law. But the main context is to show the imprecision of legal language in general and that literality is desirable but inefficient.

Keywords: Ambiguity and vagueness. Words and things. Ontology. Rhetoric.

Sumário: 1. Os dados empíricos. 2. História do conceito de imperatividade do direito. 3. Antropologia do conhecimento. 4. Ética e ceticismo. 5. Desigualdade e tolerância.

* Ex-Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Professor da Faculdade de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho. Pesquisador 1-A do CNPq.

1. Os dados empíricos

Além da vagueza (indeterminação de alcance) e ambiguidade (indeterminação de sentido) que qualquer significante linguístico ou palavra carrega, não se deve esquecer que essas vagueza e ambiguidade também variam no tempo e no espaço, ainda que o significado permaneça expresso pelas mesmas palavras significantes. Essa característica foi chamada de porosidade ou textura aberta da linguagem¹. Isso implica que um conceito não “é” isto ou aquilo, mas sim depende de um contexto que precisa ser situado para entender eventuais divergências, evitando ingenuamente discutir sobre significados diferentes, somente porque se apresentam sob uma mesma palavra ou grupo de palavras. “Oportunista”, por exemplo, pode ser pejorativo para qualificar um filósofo, mas laudatório para um jogador de futebol.

Assim, o estudante não deve aprender o que esta ou aquela palavra “é ou não é”, isso não existe, pois tudo depende do contexto. Porém tampouco deve ser levado à ilusão de que pode fazer o que quer com as palavras. Precisa aprender que o jargão jurídico não é fácil, mas que existem significados limitados pelos significantes, pelas palavras da lei, da jurisprudência, do contrato, em suma, os limites da língua. Há que conhecer como as palavras são usadas pela doutrina dos juristas, pelos argumentos dos advogados, pelas partes, pelos juízes e, dentre os diversos – mas limitados – significados possíveis, vai escolher o que melhor se adapta a seus interesses e preferências no caso em que venha a trabalhar.

A tendência do senso comum é acreditar que a “realidade objetiva” é aquilo que o indivíduo capta como dados empíricos, as informações que percebe via órgãos dos sentidos. A ciência moderna tem posto em relevo os relatos apoiados pelos dados empíricos, ao lado dos relatos estribados em cálculos matemáticos, e seu poder no estabelecimento da versão dominante é muito grande, sem dúvida: não apenas porque ela enuncia as leis da física, mas sobretudo porque faz voar o avião e o míssil balístico, exemplos de ciência aplicada, cuja capacidade de destruição mostra que quem sabe, domina.

Mesmo assim, dependendo do ambiente, o relato apoiado pelos dados empíricos pode não se tornar o dominante ou mesmo ser inteiramente desconsiderado por narrativas inventadas em propósito, fé ou ignorância, como aquela de que a Terra tem seis mil anos de idade ou a de que comunistas devoram crianças. Mesmo o discurso científico que qualquer pessoa consegue entender pode não prevalecer,

¹ WAISMANN, Friedrich. 1951. Verifiability. Originally published in *Proceedings of the Aristotelian Society*, Supplementary Volume XIX, 1945. Reprinted version in *Logic and Language*. FLEW, Anthony (ed.). Oxford: Blackwell, pp. 1-20.

como a presença de dinossauros na Terra. Que dizer das demonstrações ininteligíveis dos buracos negros, por exemplo, ou mesmo da teoria da relatividade? Por outro lado, muitas pessoas acreditam em relatos para os quais não há o menor apoio científico ou mesmo leigamente empírico, como a existência de premonições, fantasmas, carmas, maldições etc. Confiar que o relato embasado nos dados empíricos vai necessariamente prevalecer é uma ilusão.

2. História do conceito de imperatividade do direito

Talvez o mais ambíguo dos conceitos jurídicos utilizados pela teoria do direito para separar a norma jurídica de outros tipos de normas fundamentais seja o de imperatividade. Tal conceito foi confundido com os de normatividade, coercitividade e com o de efetividade ou eficácia social, dentre outros.

Mesmo em seu emprego técnico pelos juristas, o significado da expressão imperatividade varia muito segundo o autor e a época, é um bom exemplo de porosidade, essa variação de significado (sentido e alcance) que uma mesma palavra sofre segundo o local e o momento.

Diferentemente dos paradigmas da ciência, o problema com essa evolução histórica dos conceitos é que o novo significado não substitui o anterior, o qual permanece no ambiente linguístico e pode sempre ser trazido de volta. Os paradigmas da astronomia de Aristóteles ou Ptolomeu têm hoje apenas interesse para a história da cultura, o jovem astrônomo não vai consultá-los. Já os novos conceitos de justiça não substituem os mais antigos, que permanecem em competição. Por isso há tantas teses sobre Aristóteles. Isso aumenta a dificuldade e obriga a observar o conceito sempre no contexto de tempo e lugar para poder compreendê-lo adequadamente. Em vez de procurar o que determinada palavra “significa em si mesma”, ou “é”, o estudioso precisa procurar compreender o que o orador quer dizer com ela.

No século XVIII, em Kant, a palavra aparece como cerne, sinônimo de normatividade, pois toda norma consiste num imperativo (*das Gebot*), os quais se distinguem em categóricos e hipotéticos. Os categóricos valem por si mesmos (A deve ser), ao passo que os hipotéticos dependem da ocorrência de um antecedente para que o imperativo se aplique (Se A acontecer, deve ser B). Essa classificação de Kant foi inserida na teoria da norma jurídica pelo trabalho de diversos autores, principalmente Hans Kelsen, ecoando na América do Sul nas obras de Garcia-Maynez, Carlos Cossio e Lourival Vilanova, dentre outros.

Modernamente, Goffredo Telles é desses autores que, seguindo Kant, entendem imperatividade como característica de qualquer norma, a qual se opõe à causalidade do ser e se expressa pelo dever ser. O mesmo autor chama a coercitividade de

autorizamento e daí define a norma jurídica como um imperativo autorizante². Maria Helena Diniz, como Goffredo Telles, chama a imperatividade de “essência genérica” da norma de direito, que ela divide com as demais normas, ou seja, com todo e qualquer enunciado prescritivo ou de dever ser³. O autorizamento seria a “essência específica” da norma jurídica.

A mesma posição, com outras palavras, é defendida por José de Oliveira Ascensão. Para ele, as ordens religiosa, moral e jurídica são caracterizadas pela imperatividade, pois o dever ser que exprimem nada tem de condicional. Por isso são ordens éticas, nessa acepção da ordem normativa do direito em seu conjunto, não a de cada regra jurídica em particular, pois há regras que não são imperativas⁴.

No século XIX, quando Rudolf von Jhering fala de “imperatividade”, está pensando no que se definiu como coercitividade, a ameaça da coação, necessariamente emanada do Estado: “A coação aplicada pelo Estado é o critério absoluto do direito, uma proposição jurídica sem coação do direito é uma contradição em si mesma, um fogo que não queima, uma luz que não brilha.”⁵. Assim, para ele o Estado é a única fonte do direito, não há lei imutável e a natureza não conhece imperativos („*Die Natur kennt keine Imperative*”).

Concepção semelhante está em Celso Antônio Bandeira de Mello, que define imperatividade como “a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”⁶. No mesmo sentido, segundo José dos Santos Carvalho Filho, imperatividade é sinônimo de coercibilidade nos seguintes termos: “Imperatividade, ou coercibilidade, significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência...”⁷.

² TELLES JR., Goffredo da Silva. *O direito quantico*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 268, e *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, p. 43 e pp. 62 ss.

³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362 s.

⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35-37.

⁵ JHERING, Rudolf von. *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1893, p. 322: „Der vom Staat in Vollzug gesetzte Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Rechtsszwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet“. A tradição oral dos juristas brasileiros consagrou uma versão mais poética: “...chama que não arde, fogo que não queima.”.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., rev e atual. até a EC 57 de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed., rev. e ampl. e atual. até a Lei no. 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 99.

Na língua portuguesa aparece o problema de distinguir coercitividade e coercibilidade, o que vai depender de como se define cada termo. Para um lado, o direito é coercível, suscetível de execução pela força irresistível, isto é, dotado de coercibilidade, a virtualidade ou possibilidade da coação. Já a coercitividade designa a efetividade da coação que tinha sido apenas ameaçada pela coercibilidade, significa que houve a aplicação da força⁸. Este é um argumento baseado na distinção aristotélica entre potência e ato ou entre possibilidade e efetividade.

Do outro lado tem-se uma objeção etimológica: as pessoas transgressoras é que são dotadas de coercibilidade, são coercíveis, coercibilidade é a susceptibilidade de sofrer a coação, por isso não faz sentido dizer que o direito é dotado de coercibilidade. Ele, o conjunto de normas jurídicas, é dotado de coercitividade, a possibilidade de exercer, de aplicar a coação. Ambas são virtuais, potenciais, possibilidades, mas uma é passiva e a outra, ativa. O mesmo que ocorre com as palavras compreensível e compreensivo, por exemplo. O compreensível é passível de compreensão, é aquilo, aquele ou aquela que pode ser compreendido; o compreensivo é quem compreende ativamente.

No século XX, o conceito de imperatividade fica ainda mais difícil de unificar-se. Para uns é sinônimo de taxatividade, conceito que se opõe ao de dispositividade: normas taxativas são aquelas em que a manifestação de vontade do titular do direito não é requerida, enquanto dispositivas são aquelas que só produzem efeitos se houver essa manifestação. Assim, a lei que proíbe o homicídio é imperativa no sentido de taxativa porque a vontade da vítima para perdoar ou acusar o agente é inteiramente desnecessária; já a lei que obriga o devedor a pagar a dívida só terá efeito se o credor provocar o Estado e autorizar o processo. Isso não se confunde com coercitividade, pois as leis taxativas e as dispositivas são igualmente coercitivas, desde que a manifestação de vontade tenha se verificado.

A doutrina dogmática divide a imperatividade em tipos, para explicar essa diferença: as normas podem ser impositivas (ou de imperatividade absoluta, também chamadas normas de ordem pública), porque comandam algo, ordenam a ação ou abstenção de conduta, sem qualquer alternativa de escolhas; ou dispositivas (de imperatividade relativa), que por sua vez subdividem-se em permissivas e supletivas. Nesse sentido, a taxatividade seria sinônimo de “impositividade” ou imperatividade absoluta.

Para aumentar a confusão de sentidos que penetram uns nos outros, a expressão taxatividade, no meio da doutrina penal, é empregada de modo inteiramente diferente de imperatividade e passa a significar clareza do texto da lei:

⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 657-658.

“O princípio da taxatividade preside a formulação técnica da lei penal e indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. Tal exigência, como é curial, implica em outra: o da necessidade da prévia lei ser escrita”⁹.

De toda maneira, um tal “princípio” deveria presidir a formulação técnica de qualquer texto jurídico.

3. Antropologia do conhecimento

Essa discussão ajuda a perceber como não há uma essência nos conceitos. As pessoas apresentam definições para determinadas palavras e tentam convencer umas às outras de que aquela palavra “é” aquela definição. Assim adquirem poder, o “direito senhorial de atribuir nomes”:

“O Direito senhorial de atribuir nomes vai tão longe que dever-se-ia permitir conceber a origem da própria linguagem como expressão de poder dos dominadores: eles dizem “isso é isso e isso”, eles selam qualquer coisa e acontecimento com um sinal fonético e, por seu intermédio, como que tomam posse dele”¹⁰.

Uma das características empíricas da linguagem humana é que as palavras não conseguem conduzir significados definidos e dependem dos mais variados contextos.

Uma filosofia retórica realista renuncia a definições que abarquem completamente objetos específicos (podem-se chamá-las “omnicompreensivas”) porque não acredita na correspondência adequada entre pensamento e palavras, de um lado, e eventos, de outro. A “faculdade de conhecer” ou “razão” humana enfrenta o mundo empírico em torno por meio de generalizações linguísticas que os estudiosos dividem em significantes e significados.

⁹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2018, in <https://books.google.com.br>, acesso em 12.12.2018.

¹⁰ “Das Herrenrecht, Namen zu geben, geht so weit, dass man sich erlauben sollte, den Ursprung der Sprache selbst als Machtäusserung der Herrschenden zu fassen: sie sagen „das ist das und das“, sie siegeln jegliches Ding und Geschehen mit einem Laute ab und nehmen es dadurch gleichsam in Besitz.” NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Zur Genealogie der Moral* (Kritischen Studienausgabe (KSA), herausgegeben von Giorgio Colli und Mazzino Montinari). Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1988, Band 5, p. 260.

Isso não é tão complicado quanto parece: alguém vê um milhão de “relógios” em sua vida e sabe que todos são diferentes entre si, pois não há nada igual a nada no mundo da experiência. O número de moléculas daqueles dois relógios aparentemente “iguais” que acabam de sair da fábrica não é o mesmo, por exemplo. Aí a pessoa cria uma “imagem” ou “ideia” de relógio em sua “mente”, ou “razão”, por meio de um processo que a ciência não consegue bem explicar, e também designa uma palavra para aquele pensamento, isto é, “relógio” ou 시계 (sigye). E aquela palavra ou ideia não se refere a um objeto do mundo real, não se pode ver ou pegar “no” relógio, só se pode perceber este ou aquele “um” relógio, cada qual único.

Acontece que são essa imagem e essa palavra que permitem ao indivíduo, ao ver um novo relógio com que nunca se deparou antes, e que não é igual a nenhum outro, dizer para si mesmo e para os demais seres humanos “isto é um relógio” e assim acontecerem o conhecimento e a comunicação.

Os eventos do mundo, os acontecimentos, são individuais e por isso inapreensíveis pelo ser humano, posto que o ato de seu conhecimento implica necessariamente uma abstração dos elementos contingentes que compõem e individualizam cada evento, isto é, implica uma construção de “gêneros” ou “classes” de objetos, os quais, em homenagem a Platão, podem-se chamar de ideais, obviamente sem a conotação ontológica proposta por ele por meio das expressões ideia (*idéai*, *idéai*) e forma (*εἶδη*, *eídê*).

O pressuposto de que o conhecimento consiste em uma tentativa de adequação entre esses elementos – eventos, significantes linguísticos e significados ideais – recusa as certezas das ontologias e reconhece a irredutibilidade de um a outro dos três elementos do conhecimento. As ontologias partem do princípio, como o nome diz, de que os objetos estão postos diante de nós e o conhecimento consiste em se adaptar a eles. É como se cada evento e palavra portasse um significado próprio a ser “des-coberto” pelo sujeito.

O segundo dos pressupostos está estreitamente conectado ao primeiro e diz respeito ao papel da linguagem no ambiente humano: trata-se de uma concepção do ser humano como animal carente (*Mangelwesen*) de instintos que o dominem, uma antropologia que define o ser humano como o único animal dotado de linguagem em sentido próprio.

Nesses termos podem-se dividir os pensadores em dois extensos grupos, segundo sua antropologia, sobretudo quanto às relações da linguagem com o mundo: para os que entendem os seres humanos como “plenos”, verdades evidentes sobre conhecimento e ética estão “lá” (no mundo) para ser literalmente “descobertas”, o que irá apenas depender de método, isto é, de competência da abordagem, para o que a linguagem nada mais é que um meio; para os que consideram os seres

humanos “carentes”, não há acesso a objetos além da linguagem, que é o único ambiente possível, convencional e arbitrariamente construído, e daí mutável, autorreferente, temporário e instável¹¹.

A humanidade pode assim ser compreendida por meio das características específicas da sua linguagem. A antropologia é para ser entendida como “o último capítulo da zoologia”, pois outros animais também são capazes de comunicação. Mas a comunicação não-humana que se conhece constitui um prolongamento de quem a emite; só a comunicação humana é linguagem, porque “linguagem” significa que emissor e mensagem se separam e esta ganha uma identidade própria que nem emissor nem receptor conseguem controlar.

Esses dados biológicos levam a uma característica antropológica importante: os seres humanos não têm um ambiente natural, não porque sejam superiores e se adaptem a qualquer meio, mas porque seu único ambiente é a linguagem, que os obriga a construir e carregar seu mundo, sua própria representação como indivíduos e como grupos sociais, diante de sua “pobreza de instintos”. Por isso são “seres incompletos” (*unfertige Wesen*), eternamente em formação¹². A linguagem é seu *habitat*, que eles, como um caracol, carregam aonde vão. A um mundo independente de linguagem eles simplesmente não têm acesso.

Por conta dessa carência e pobreza de instintos surge o problema do poder. Numa definição simples, o poder consiste na faculdade de impor um relato sobre os relatos alheios concorrentes, talvez o impulso mais decisivo do ser humano. Quem tem poder constitui, “fabrica” o ambiente. O poder também implica a possibilidade de fazer o mal a outrem, isto é, condições de fazer a outra pessoa algo que ela não desejaria e de evitar algo que ela desejaria, ou condições de conseguir o que ela desejaria: torturar, amar, um prato de comida, companhia. Toda pessoa dispõe de algum poder e o poder sempre modifica as pessoas, interfere em sua conduta.

O direito é importante porque limita de alguma maneira o poder, que por vezes parece não ter limites: campos de concentração, guerras, estupradores de doentes mentais e crianças, corrupção com o dinheiro público, não se sabe até onde chega essa relação atávica do ser humano com o poder sobre outros seres humanos. Dinheiro, sexo, votos e *likes* são apenas meios para o poder.

¹¹ BLUMENBERG, Hans. Antropologische Annäherung an die Aktualität der Rhetorik. In: BLUMENBERG, Hans. *Wirklichkeiten, in denen wir leben* – Aufsätze und eine Rede. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986, pp. 104-136.

¹² GEHLEN, Arnold. *Anthropologische Forschung*. Zur Selbstbegegnung und Selbstentdeckung des Menschen. Hamburg: Rowohlt, 1961, pp. 23 ss.

O direito impõe deveres e ter deveres limita o poder. Claro que há limites naturais, tais como não poder voar ou voltar no tempo, e que o direito só se pode ocupar de condutas possíveis. Mas a fronteira entre o possível e o impossível não está fixada para todo o sempre e depende também de convicções expressas por relatos: Se as pessoas acreditam em ressurreição, por exemplo, ela faz parte das possibilidades do ambiente.

4. Ética e ceticismo

Se as pessoas percebem os acontecimentos cada uma a seu modo, em um processo cognoscitivo complexo, pois os acontecimentos não são portadores de um seu significado próprio, assim como as palavras da linguagem, a avaliação ética desses acontecimentos é mais complicada ainda. E cada indivíduo pretende não apenas ter sua percepção e sua avaliação: ele quer também que elas sejam aceitas pelos demais, ainda que a intensidade desse impulso varie muito. Também variam o poder e os meios de que as pessoas estão dispostas a lançar mão para que suas percepções e avaliações se tornem preponderantes.

O ceticismo é um dos elementos da atitude retórica, que considera indesejáveis essas características humanas. Desde a origem, na Sicília do século VI a.C., a retórica necessitava de um espaço público para a divergência de opinião e esse espaço precisava ser garantido coercitivamente contra a intolerância atávica da espécie humana. Talvez esse amor pela divergência seja tão genético quanto o ódio a ela, o fato é que vivem desde então em conflito. E a retórica toma o lado da divergência.

Não se deve entender o ato de tolerar no sentido somente de suportar o outro, resignar-se diante do dado de que a sociedade humana é confusa e as percepções diversas das pessoas são inevitáveis. Tolerar é aceitar o outro nas diferenças¹³. Por isso o direito e sua coercitividade externa não são suficientes para garantir a tolerância, mas apenas seus limites mais nítidos. Além da educação nos diversos ramos do conhecimento, é preciso também uma educação ética, uma educação para a tolerância, o que é difícil para um animal naturalmente violento e pouco solidário.

Uma grande adversária da tolerância é a ideologia. O sucesso da ideologia está justamente em afastar o ônus de pensar, de problematizar. O ideologizado primeiro tenta atacar a fonte, em um discurso *ad hominem*, e dizer que aquele interlocutor

¹³ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* – Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 115 s.

(um blog ou articulista, por exemplo) é parcial, isto é, ironicamente, ideologizado. Quando é difícil desacreditar a fonte nesses argumentos pela via do *ethos*, afirma-se que a discussão não é importante agora, não é oportuna (argumento via *kairós*). O importante para o intolerante é eliminar a divergência, literalmente, não permitir o *dissoi logoi*. A intolerância ideológica traz uma arrogância moral que não é aberta ao diferente, ao contraditório.

Outra estratégia comum é desprezar o próprio conteúdo do argumento, ou seja, de um argumento que se apresenta pela via do *logos*, sem enfrentá-lo, desqualificando a “academia”, a “ciência” ou o conhecimento como um todo, tachando-o de elitizado, distante, alienado. O ideologizado, como o nome diz, politiza qualquer assunto, pois o opinativismo é mais fácil, acessível a todos e, em tempos de redes sociais, igualitário: qualquer um pode dizer o que quiser, quase não há mais aqueles filtros tradicionais como a posição social ou o currículo. A divergência é trabalhosa, exige conhecimento, tempo, procedimento, não é só chegar e participar do discurso. O conhecimento é de alguma maneira institucionalizado, em geral pode ser testado e avaliado mais objetivamente.

A perspectiva da tolerância aceita que, independentemente do seu conteúdo, é necessário que seja possível abandonar o debate, ninguém pode ser obrigado a participar. Mas não é possível alguém acabar com o debate por não querer participar, ou seja, ninguém pode exigir que outros não participem, se querem participar. Em outras palavras, se se considera de alguma forma ofensivo o que se diz, há somente duas opções: ignorar o debate ou entrar nele.

A base do ceticismo é a suposição de que os eventos que as pessoas percebem e de que participam não são somente casuais, no sentido de que poderiam acontecer diferentemente de como ocorreram, mas também admitem diversas interpretações. Assim, há sempre enunciados conflitantes sobre uma mesma situação e não há critérios que se imponham de modo definitivo nesta ou naquela direção. Isso faz parte de nossa antropologia, da condição humana. Um critério vai prevalecer sobre outro a depender dos oradores, do local, do momento, de todo o contexto do discurso. E tal prevalência é sempre temporária, não há como prever sua duração. É uma antropologia sem ontologia, uma antropologia do casual, da outra possibilidade, sem conexão com grandes princípios¹⁴.

¹⁴ ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito* – uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2019, p. 318. MARQUARD, Odo. *Philosophie des Stattdessen*. Stuttgart: Reclam, 2000, p. 22 e 27. E do mesmo autor: *Abscheid vom Prinzipiellen*. Stuttgart: Reclam, 1981. *Apologie des Zufälligen*. Stuttgart: Reclam, 1986. *Skepsis und Zustimmung*. Stuttgart: Reclam, 1994.

Na história das ideias observa-se o caminho, até hoje em curso, de ver o ser humano em posição cada vez mais modesta. A Terra não é mais o centro do universo e o sol é uma estrela insignificante, mas também a visão do *homo sapiens* como o único animal que tem alma, a língua de fogo do Espírito Santo, o ponto culminante de uma evolução, começa a ser questionada. A Torre de Babel está aí com toda a força dos problemas da linguagem, a qual, em que pesem às imprecisões, é a única forma de *logos*, o único caminho possível para a razoabilidade e a prudência.

Por isso, além da tolerância, o cético necessita suspender juízos definitivos (*epoché*) e sempre questionar suas preferências diante das preferências alheias, pois qualquer argumento pode ser plausível ou não, pode ter igual força (*isostenia*), a depender do contexto, o que inclui o talento dos oradores. Finalmente, o cético deve procurar se preservar de toda perturbação (*ataraxia*) e assim se afastar do sofrimento, na medida do possível, mesmo conhecendo a história da condição humana.

Em um ambiente altamente complexo, em que as pessoas discordam de postulados descritivos básicos sobre o mundo, não concordam nem sobre os “dados empíricos”, a dúvida no conhecimento e a tolerância na ética são as atitudes mais sensatas. Em um ambiente virtual interligado no qual todos falam, é sábio o velho provérbio: “confiar, desconfiando”. Nenhum novo relato deve ser abraçado ou rejeitado de pronto, pois “o tempo é o senhor da razão”. Em outras palavras, aguardar o apoio ou não de outras narrativas. A fórmula é simples: a dúvida e a tolerância, controladas pelos dados empíricos e pelo *dissoi logoi*, enfrentam mais eficientemente as narrativas divergentes, sobretudo aquelas que pretendem hierarquizar as pessoas em função de suas desigualdades originárias e adquiridas.

5. Desigualdade e tolerância

Essas desigualdades podem ser classificadas segundo três tipos de circunstâncias: genéticas, ambientais e de fortuna (sorte/azar)¹⁵.

As genéticas, como o nome diz, consistem dos caracteres herdados, aquelas condicionantes biológicas que cada ser humano traz. Como já mencionado, a característica notória do mundo empírico é que qualquer evento (incluindo coisas, objetos, fatos) é único e nunca se repete. Os seres humanos são parte do mundo empírico, daí são todos diferentes e se modificam incessantemente. Alguns padecem de doenças geneticamente herdadas e outros gozam de perfeita saúde. Uns são

¹⁵ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014, p. 79 s.

mais e outros menos aptos a determinadas funções como saltar obstáculos ou fazer cálculos matemáticos. A lista é infinita.

As circunstâncias ambientais dizem respeito ao tempo e ao espaço do indivíduo ou grupo social, onde e quando cresceu, suas condições econômicas, educacionais, éticas, em suma, suas condições sociais. Algumas pessoas sofrem em um ambiente de fome, guerra, miséria, outras têm tudo em excesso; alguns ambientes são emocionalmente equilibrados, em outros só há conflitos; para uns o conhecimento está disponível a toda hora, para outros, é impossível.

A terceira fonte de desigualdades que a vida nos reserva é o momento, estar no lugar e no tempo propícios... Ou não. A sorte e o azar, objeto de tantas especulações filosóficas e místicas, são dados empíricos, o casual existe: uma bala perdida, um motorista irresponsável, a queda de um avião. São eventos que percebemos como casualidades, eventualidades, acontecimentos que poderiam não ter acontecido, acaso. Mas podem decidir uma existência e fazer ou desfazer quaisquer vantagens genéticas e ambientais.

Essas causas de desigualdades se entrelaçam na vida de cada um e tornam o ambiente ainda mais imponderável: um indivíduo nascido em um meio economicamente favorecido pode ter desvantagens genéticas ou vice-versa e uma pessoa feliz pode escorregar, bater a cabeça e ficar em coma para sempre. O azar pode atingir os que se achavam sortudos, os vaidosos, os arrogantes, assim como a sorte pode bafejar os infelizes.

Aí se vê a função da tolerância defendida pela filosofia retórica em sua perspectiva ética: combater as intolerâncias oriundas dessas desigualdades empíricas, sobre as quais não temos controle e que não conseguimos eliminar. A tolerância equilibra desigualdades e estabiliza frustrações decorrentes de supostas relações de superioridade e inferioridade entre as pessoas. Coercitivo, o direito é fator importante para constituir o relato vencedor. A narrativa apoiada pelo direito tende a se impor, mas não se trata de uma luta do bem contra o mal, mas sim de interesses e opiniões em conflito. É lícito que a polícia vasculhe o lixo de alguém suspeito para obter informações? As ações afirmativas para proteger grupos sociais mais frágeis ferem a exigência de isonomia ou igualdade perante a lei? Times de futebol e associações religiosas merecem isenções fiscais? As possibilidades são mais uma vez infinitas.