COIMBRA JURÍDICA

JURISPRUDENCIALISMO E *IDIOMAS* VIZINHOS

DIÁLOGOS COM CASTANHEIRA NEVES

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO
FRANCISCO AMARAL
J. M. AROSO LINHARES
RUI DE FIGUEIREDO MARCOS
(COORDS.)

IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

Como todas as Obras maiores, o pensamento filosófico-jurídico de António Castanheira Neves impõe-se-nos com o esplendor matinal de uma luz branca, capaz de estimular uma dinâmica de receção infinita e de estabelecer um luminoso (mas nem por isso menos exigente) diálogo com outras vozes e outros discursos (e com os prismas de refração-decomposição que estes geram). Esta referência directa a um conhecido dictum de Arvo Pärt (invocando uma luz branca que contém todas as cores) faz especial sentido quando nos confrontamos com a presente monografia e com o espectro de vinte autores (dos dois lados do Atlântico) que lhe dá vida. Os ensaios agora reunidos percorrem na verdade dimensões capitais dessa Obra e da concepção jurisprudencialista do Direito que esta propõe, mas assumem perspectivas e frequentam fronteiras muito distintas (quando não discutem diversas projecções na realidade e no seu law in action), garantindo assim à «imagem» do conjunto o sentido e a autenticidade (mas também a produtividade) de uma conversação responsável.

COIMBRA
JURÍDICA

IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

© DEZEMBRO 2020. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Coordenadores

António Pinto Monteiro

Francisco Amaral

J. M. Aroso Linhares

Rui de Figueiredo Marcos

Título: Jurisprudencialismo e *idiomas* vizinhos: Diálogos com Castanheira Neves

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

URL: http://www.uc.pt/imprensa_uc

Vendas online: http://livrariadaimprensa.uc.pt

Coordenação editorial

Maria João Padez de Castro

Design: Carlos Costa

Infografia: Raquel Aido

Execução gráfica: KDP - Kindle Direct Publishing

ISBN: 978-989-26-1993-4

eISBN: 978-989-26-1994-1

DOI: https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1

Obra publicada
com a Coordenação
Científica

INSTITVTO IVRIDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

António Pinto Monteiro
Francisco Amaral
J. M. Aroso Linhares
Rui de Figueiredo Marcos
(Coords.)

JURISPRUDENCIALISMO E *IDIOMAS* VIZINHOS
DIÁLOGOS COM CASTANHEIRA NEVES

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

(Página deixada propositadamente em branco)

JURISPRUDENCIALISMO E *IDIOMAS* VIZINHOS

DIÁLOGOS COM CASTANHEIRA NEVES

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO
FRANCISCO AMARAL
J. M. AROSO LINHARES
RUI DE FIGUEIREDO MARCOS
(COORDS.)

(Página deixada propositadamente em branco)

Sumário

NOTA PRÉVIA 11

PRIMEIRA PARTE
RETRATO(S): O AUTOR E A OBRA COMO «LUGARES»/«NÃO LUGARES»
DE «HOSPITALIDADE SOBERANA»

1. O Encontro de Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica
(Rio de Janeiro, 30 e 31 de outubro de 2018) 15
Francisco Amaral

2. A luz branca, os «prismas» e a conversação responsável
(na abertura do Encontro do Rio) 19
José Manuel Aroso Linhares

3. Um retrato do Doutor António Castanheira Neves 21
Rui de Figueiredo Marcos

4. Os fatores de superação do positivismo jurídico no
ensino do Professor Castanheira Neves 33
António Pinto Monteiro

5. Notas sobre a importância da compreensão
jurisprudencialista do Direito 41
Anelise Becker

6. O modelo metodológico-jurídico do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves como proposta de superação de funcionalismos: o exemplo do neoconstitucionalismo 73
Ivan Cláudio Pereira Borges

7. Os direitos humanos na perspectiva do jurisprudencialismo: o fundamento e o sentido do Direito 107
Ian Pimentel Gameiro

8. «Constituição» em perspectiva histórico-cultural e os limites e o sentido do poder constituinte. Leitura jurisprudencialista da lição fundadora de Emmanuel Joseph Sieyès 141
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

SEGUNDA PARTE
A APOSTA NO JURISPRUDENCIALISMO ENQUANTO RESPOSTA A CONTEXTOS DE REALIDADE MATERIAL E PROBLEMATICAMENTE ESPECÍFICOS

1. Tempos de crise do Direito: intercorrências e perspectivas do jurisprudencialismo 169
Ivan Guérios Curi

2. Jurisprudencialismo e judicialismo: algumas breves objeções ao «ativismo judicial» 193
Fábio Cardoso Machado

3. A aplicação da teoria «crítica» jurisprudencialista proposta por Castanheira Neves como referencial teórico-metodológico para a definição sistêmica de uma «processualidade ampla» 205
Sílzia Alves Carvalho

4. A proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves e as suas implicações para (re)pensar a educação jurídica no Brasil 233
Ana Carolina de Faria Silvestre

5. Juízo probatório e analogia 253
Marcelo Paiva dos Santos

TERCEIRA PARTE

A CONCEÇÃO JURISPRUDENCIALISTA EM CONTRAPONTO/CONFRONTO COM «IDIOMAS» VIZINHOS

1. O jurisprudencialismo revisitado 287
Luiz Fernando Coelho

2. As veredas do narrativo e do normativo: diálogos em terceira margem entre Ricoeur e Castanheira Neves..... 317
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega/Pedro Henrique Guimarães Corrêa

3. O jurisprudencialismo e o movimento de reabilitação da filosofia prática de Aristóteles no século XX: diálogos com a tópico-retórica, a hermenêutica e as teorias da argumentação..... 339
Antônio Sá da Silva

4. A decisão jurisdicional enquanto juízo transpositivo de assimilação hermenêutica pela justiciabilidade..... 371
Maurício Martins Reis

5. A crítica jurisprudencialista ao projeto interpretativista: elementos para um debate sobre a compreensão prática da realização do Direito 405
Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

6. Autonomia do Direito e normatividade axiológica na Teoria do Direito de Castanheira Neves..... 435
Saulo Monteiro Martinho de Matos

7. A resposta jurisprudencialista e as questões de fronteira impostas pelos «idiomas vizinhos» do convencionalismo e do procedimentalismo..... 451
José Manuel Aroso Linhares

APÊNDICE

A fenomenologia jurídica do Professor Aquiles Côrtes Guimarães 481
Maria Lúcia Gyrão

NOTAS CURRICULARES..... 489

(Página deixada propositadamente em branco)

Nota prévia

O livro que agora se publica com coordenação do Instituto Jurídico[1] teve o seu ponto de partida num luminoso encontro no Rio de Janeiro (*O problema da autonomia do Direito: a resposta jurisprudencialista e as suas projecções metodológicas — Encontro de Filosofia, Teoria e Metodologia Jurídicas em Homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 30 e 31 de outubro de 2018) e preserva deliberadamente alguns dos seus *sinais*, bem como a memória do seu contexto único. É certo que a estrutura expositiva (em três partes) agora assumida, privilegiando, sobretudo, afinidades temáticas *(Retrato(s)…/…resposta a contextos de realidade…/…contraponto-confronto com idiomas afins)*, se afasta significativamente da sequência *em painéis* proposta nesse encontro. E é particularmente certo que os ensaios agora propostos se distinguem (pela extensão e fôlego reflexivo) das breves comunicações apresentadas nessa circunstância. Assim liberta de um propósito reconstitutivo

[1] A coordenação desta publicação está integrada nas atividades do projeto estratégico do Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra («Desafios sociais, incerteza e direito: pluralidade/vulnerabilidade/indecidibilidade», UID/DIR/04643/2019).

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_0

(e da intenção de fidelidade estrita que o justifica), a preservação dos ditos *sinais* - muito intensa no início da primeira parte, depois apenas implícita - torna-se no entanto indispensável, não só para tornar presente o impulso que permitiu reunir estes estudos, mas também e, muito especialmente, para acentuar que o *crescimento* natural das investigações e reflexões que estes assumem se deve, em grande parte, à incorporação de uma certa *conversação responsável*: aquela que, desde esse encontro inesquecível na Cidade Maravilhosa, se tem produtivamente mantido (ainda que à distância) entre os seus interlocutores e as suas (muito distintas) assimilações do *judicativismo problemático-sistemático* de António Castanheira Neves.

Os Coordenadores

PRIMEIRA PARTE

RETRATO(S): O AUTOR E A OBRA COMO «LUGARES»/«NÃO LUGARES» DE «HOSPITALIDADE SOBERANA»

(Página deixada propositadamente em branco)

1. O Encontro de Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica (Rio de Janeiro, 30 e 31 de outubro de 2018)

The Conference on Philosophy of Law and Legal Methodology (Rio de Janeiro, the 30th and 31st October 2018)

Francisco Amaral
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito

Abstract: This first «portrait» reconstructs in its context and chronological sequence the Rio de Janeiro Conference (honouring António Castanheira Neves) which was the starting point of this book (Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 30th and 31st October 2018). It also evokes Castanheira Neves' privileged relationship with Brazil and the profound impact of his work on Brazilian legal-philosophical thinking.

Keywords: Legal philosophy and methodology — Castanheira Neves — University of Coimbra - Brazilian legal-philosophical thinking

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_1

O ponto de partida deste livro é o *Encontro de Filosofia e Metodologia Jurídica* que, numa iniciativa conjunta do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro se realizou na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, nos dias 30 e 31 de outubro de 2018, sob o tema *O problema da autonomia do Direito: a resposta jurisprudencialista e as suas projeções metodológicas*.

Foi um evento em homenagem e reconhecimento ao Senhor Professor Doutor António Castanheira Neves por sua valiosa contribuição para o pensamento jurídico português e brasileiro no campo da Filosofia do Direito, e, também, por seu magistério na Universidade de Coimbra e nas universidades brasileiras que o têm recebido como visitante.

Nesse encontro memorável apresentaram-se dezasseis comunicações de académicos brasileiros de diversas proveniências (muitos dos quais, como tem acontecido historicamente, rumaram à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para prosseguir formações complementares de mestrado, doutoramento e pós-doutoramento), comunicações estas intercaladas com três conferências de professores da dita Faculdade, respectivamente os Doutores, por ordem de apresentação, Rui Marcos, António Pinto Monteiro e José Manuel Aroso Linhares.

Iniciou-se o *Encontro* com sessão de abertura às 9h30m do dia 30, sob a presidência do Professor Doutor Carlos Bolonha, Diretor da Faculdade de Direito anfitriã, com breves intervenções dos senhores Professore Doutores Rui de Figueiredo Marques, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Francisco Amaral, Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e José Manuel Aroso Linhares, Presidente do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, salientando todos o significado do evento e a sua contribuição para o pensamento luso-brasileiro no campo da reflexão jurídico-filosófica.

Seguiu-se a conferência inaugural do Senhor Doutor Rui Marcos (*Um Retrato do Doutor António Castanheira Neves*), um histórico do homenageado, a sua formação e o seu magistério universitário; depois, as conferências dos Senhores Doutores António Pinto Monteiro sobre *Os factores de superação do positivismo jurídico no ensino do Professor Castanheira Neves,* e Luís Fernando Coelho, de Curitiba, sobre *A autonomia do Direito: o jurisprudencialismo revisitado*.

Na sessão da tarde e no dia seguinte, realizaram-se as demais conferências dos Senhores Mestres e Doutores especialmente convidados, tendo

como base comum o *jurisprudencialismo*, uma das mais significativas contribuições ao pensamento jurídico-filosófico contemporâneo.

Não foi a primeira vez que a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro recebeu o eminente jurista. O Professor Doutor Castanheira Neves visitou essa instituição em 1992, a convite do seu Curso de Mestrado, ocasião em que ministrou o memorável curso de *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, apresentando o jurisprudencialismo como resposta ao problema metodológico da realização do Direito e como novo modelo metódico da realização do Direito, o que vinha ao encontro da reflexão jurídica que já se desenvolvia sobre novos diplomas legais, a nova Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, e o projeto do novo Código Civil, diplomas que, enriquecidos com princípios jurídicos e cláusulas gerais, suscitavam um novo modelo de interpretação jurídica que superasse a conceção tradicional de sentido hermenêutico-positivista, predominante no pensamento jurídico brasileiro, em prol de uma atividade prático-criativa do direito a cargo do jurista intérprete. Depois desse curso no Rio de Janeiro, sucessivas viagens levaram o Professor Doutor Castanheira Neves a outros centros universitários no Brasil, como São Paulo, Porto Alegre, São Leopoldo, Curitiba, Salvador, Pouso Alegre, Itaúna, Fortaleza, contribuindo assim para a histórica influência da universidade portuguesa na formação jurídico-filosófica dos jovens juristas brasileiros.

Seus antigos alunos e admiradores reuniram-se, então, agora no Rio de Janeiro, com o especial suporte da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, do qual o professor homenageado é um dos seus mais brilhantes membros honorários, para homenageá-lo com um ciclo de palestras e uma reflexão conjunta sobre o seu pensamento e sua obra.

Encerrando-se o *Encontro*, no dia 31 de outubro, às 18 h, realizou-se, ainda, uma sessão de homenagem, *in memoriam*, ao Professor Doutor Aquiles Côrtes Guimarães, docente do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro, amigo e fervoroso admirador do Professor Doutor Castanheira Neves, com a intervenção dos Doutores André Fontes e Maria Lúcia Gyrão, contribuindo esta com o seu texto *A Fenomenologia Jurídica do Professor Aquiles Cortes Guimarães*.

Foram coordenadores do *Encontro de Filosofia e Metodologia Jurídica* os Doutores Francisco Amaral, António Pinto Monteiro e José Manuel Aroso Linhares.

(Página deixada propositadamente em branco)

2. A luz branca, os «prismas» e a conversação responsável (na abertura do Encontro do Rio)

The white Light, the «prisms» and the responsive conversation (Opening the Rio Conference)

José Manuel Aroso Linhares
Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito
https://orcid.org/0000-0003-1380-5396

I could compare my music to white light which contains all colours.
Only a prism can divide the colours and make them appear;
this prism could be the spirit of the listener.
Arvo Pärt

Abstract: This second «portrait» explores a famous *dictum* by Arvo Pärt *(I could compare my music to white light which contains all colours)*, whilst evoking the way how Castanheira Neves' *jurisprudentialism* stimulates a permanent reflexive plural reception-reinvention and this one seriously taken as an authentic «place of sovereign hospitality».

Keywords: Arvo Pärt — Castanheira Neves — Jurisprudentialism — Reception

É quase sempre com a intensidade de uma *luz branca* que as *comunidades de memória* se nos dirigem. Como se a *força* que as identifica se alimentasse por inteiro da *fragilidade* de uma espera: da *espera* que promete uma explosão incontida de cores (e os *espectros* que as distribuem), mas, então, também da *espera* a que só uma dinâmica de *receção* infinita, permanentemente urdida e desfeita por muitos interlocutores, sobrepondo habilmente distintos *prismas*, está em condições de corresponder (e de renovar). A invocação da luz branca e

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_2

da decomposição-refração que a supera (sem nunca a extinguir), remetendo-nos de imediato para um conhecido *dictum* de Arvo Pärt, ganha um sentido muito especial no encontro que hoje se inicia. É que há Mestres-Autores (Criadores no mais luminoso dos sentidos) que, ao dirigirem-nos uma interpelação fundadora, nos incitam sem cessar a ouvi-los e a assumir (melhor ou pior) o caminho novo que nos abriram. Não decerto porque a *força* que os distingue se alimente da fragilidade de uma espera que nunca se consuma, antes porque a interpelação que nos dirigem *(as a white light which contains all colours)* se renova permanentemente em novas perguntas, exigindo que (na integridade das nossas diferenças e dos prismas-*visées* que as identificam) nos tornemos participantes plenos de uma «conversação responsável». É assim que o Senhor Doutor Castanheira Neves se nos dirige e continuará a dirigir-se-nos. E é exatamente assim que este encontro foi concebido.

Devemo-lo, antes de mais, ao cuidado, ao saber, à amizade incondicional do Senhor Professor Francisco Amaral. Devemo-la, ainda, a uma convergência feliz de vontades pessoais e institucionais. Nestas se integra decerto o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que aqui represento. Sem suspender por mais tempo o início do diálogo porque todos esperamos (o diálogo em que a Voz única que hoje celebramos estará sempre presente), autorizem-me que, por um momento, retire esta máscara institucional. Como se se tratasse de ousar no palco o que só um registo de câmara, contido e secreto, poderá afinal permitir-se? Certamente. Não só porque me dirijo ao meu Mestre, o Mestre de toda uma vida (e desta na sua unidade narrativa, sem fronteiras ou compartimentos estanques!). Mas, também, e ainda porque o faço confessando, sem resistências, a emoção profunda que me domina por estar aqui, *inter amicos*, nesta Casa e nesta cidade maravilhosa, e nesta margem do Atlântico que o Senhor Doutor Castanheira Neves há muito assumiu como suas. Para que o silêncio que de imediato me imponho traga consigo o apelo e a promessa de muitos outros encontros… Decerto para podermos continuar juntos a visitar e a construir (a frequentar e a habitar) o «lugar de hospitalidade soberana» (Derrida) que, não pondo em causa a liberdade reflexiva de cada um (antes a estimulando!) nos une em torno dos desafios e das exigências (se não da urgência prático-cultural) da *aposta* jurisprudencialista!

3. Um retrato do Doutor António Castanheira Neves

Professor António Castanheira Neves: a portrait

Rui de Figueiredo Marcos
Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito
https://orcid.org/0000-0003-0721-1014

Abstract: The third «portrait» reconstitutes the outstanding path which distinguishes Castanheira Neves as a scholar, whilst evoking the unmistakably precious originality of his work (inseparable from the dynamics of an exceptional intellectual biography), as well as his unconditional commitment to a practical-cultural conception of University.

Keywords: Castanheira Neves — University of Coimbra — Jurisprudentialism — Legal System — Autonomy of Law — Legal Methodology — Conceptions of University

A Academia Brasileira das Letras Jurídicas decidiu, a justo título, prestar uma homenagem ao seu membro honorário, o Doutor António Castanheira Neves. Na condição ataviada de Diretor da Faculdade de Direito de Coimbra, recebi uma gentilíssima convocatória por parte do ilustre Presidente da Academia, o Professor Francisco Amaral, para esboçar um breve retrato do Doutor António Castanheira Neves.

Aceitei a tarefa sem o mínimo vislumbre de hesitação. Convites há que se impõem por si próprios. O Doutor António Castanheira Neves é um

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_3

notável luzeiro da Faculdade de Direito de Coimbra e o Professor Francisco Amaral é um Doutor *Honoris Causa* pela nossa Universidade a quem, em Coimbra, todos guardamos uma admiração definitiva.

Senhoras e Senhores

Não constitui missão fácil esboçar o retrato de uma personalidade tão complexa e tão cheia de plúrimas facetas como a de António Castanheira Neves. No entanto, admito que tenha alguma vantagem na composição do retrato de Castanheira Neves pintado pela palavra relativamente à técnica, ainda que apurada, de um pintor de elevada folha e craveira.

É que a arte não consegue o milagre de perscrutar, ler e exprimir todo o interior das almas, e não tem outro remédio senão confessar-se impotente para fixar, na tela, no bronze ou na pedra, os dons e os predicados de uma pessoa que, pela sua exuberante riqueza ou distância intransponível do espírito à matéria, se mostram fugitivos à expressão plástica. Neste aspeto, encontro-me muito bem acompanhado por um dos maiores poetas do classicismo renascentista, e também Doutor em Cânones pela Universidade de Coimbra, António Ferreira, que, num engenhoso epigrama dirigido a um retrato da Dona Catarina de Sousa, versejou, com inteira propriedade: «Mostrou o que pode a mão, a tinta e a arte/Mas só o que se não vê é Catarina.»

O castelo mais acastelado do Homem, o reduto mais inexpugnável do seu ser, é a sua infância. Pinta uma pintura viva à qual prestamos homenagem toda a vida e que, verdadeiramente, não sai sem levar consigo o todo.

António Castanheira Neves nasceu em Tábua, uma vila do distrito de Coimbra, a 8 de novembro de 1929, no seio de uma família de fartos recursos. Aliás, o município de Tábua, em gesto de grato reconhecimento, consagrou-lhe uma das suas mais imponentes praças e que batizou de Professor Doutor António Castanheira Neves.

Cumpriu Castanheira Neves os estudos secundários no Liceu D. João III, em Coimbra. Impulsionado pelo avô materno, que era advogado, o jovem António matriculou-se na Faculdade de Direito de Coimbra. Isto, a despeito das suas inclinações naturais que o faziam propender para os estudos matemáticos e de literatura. Numa entrevista, não se coibiu de declarar: «O Direito desviou-me e eu não o perdoo por isto.» O Direito e todos nós ganhámos e muito com tal desvio.

Senhoras e Senhores

Matriculou-se o jovem António Castanheira Neves na Faculdade de Coimbra em 1947, onde se licenciou em 1952. Frequentou, logo no ano seguinte, o Curso Complementar de Ciências Jurídicas. Apresentou uma dissertação em Direito Criminal, versando o tema da «Legítima Defesa». Obteve a classificação de dezoito valores.

De imediato, foi contratado como segundo assistente, com destino à secção de Ciências Jurídicas. Encarregado no ano letivo de 1953/1954 da regência de aulas práticas de Direito Criminal, saltou, no ano letivo seguinte de 1954/1955, para a regência de aulas teóricas da cadeira de Direito Processual Civil do 4.º ano da Licenciatura, em que permaneceu durante bastante tempo.

Já contava com seis anos como segundo assistente quando partiu para Munique, na condição de bolseiro do Instituto de Alta Cultura. Aí, cumpriu uma estância de investigação em ordem a preparar a sua tese de Doutoramento. Com inteiro êxito, submeteu a provas, em janeiro de 1968, uma obra subordinada ao título *Questão-de-facto — Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*.

Recordo, a título de curiosidade, que, de acordo com o regime da época, as provas de Doutoramento incluíam um exame oral sobre determinados pontos objeto de um sorteio, o qual, via de regra, não distava muito das provas. Por exemplo, o sorteio que ditou os pontos sobre os quais Castanheira Neves foi interrogado, ocorreu a 23 de dezembro de 1967. O certo é que o candidato Castanheira Neves respondeu, em Direito Civil, a perguntas sobre a ação pauliana; em Direito Internacional Privado, a perguntas sobre a questão prévia; e, em Direito Romano, a perguntas sobre as garantias das obrigações.

Vencido o Doutoramento, foi contratado como primeiro assistente e viu-se encarregado sucessivamente da regência de diversas cadeiras. No ano letivo de 1968/1969, chegaria finalmente ao leme da cadeira de Introdução ao Estudo do Direito e, a partir do ano letivo de 1969/1970, assegurou também a regência da cadeira de Filosofia do Direito do Curso Complementar de Ciências Jurídicas. Em 1973/1974, em obediência ao superior interesse da Faculdade que sempre esbateu predileções pessoais, professou ainda a cadeira de Direito Penal.

Acompanhado por um prestígio vertiginosamente crescente, Castanheira Neves ascendeu ao cume da colina académica em 1978. Tornou-se, então, lente proprietário de uma cátedra conquistada com o maior merecimento e com o maior brilhantismo.

Senhoras e Senhores

Castanheira Neves exibe o cativante senhorio de um espírito irrequieto, vibrátil e de uma tremenda efervescência reflexiva. Um florilégio de predicados servidos por uma cultura monumental que lhe retribui constantemente a sua acrisolada dedicação.

Um autor não o é sem a sua obra. Cada um transmite o sinal do seu espírito à obra que vai construindo. E Castanheira Neves transmitiu muito. Em boa verdade, a obra corresponde à biografia intelectual de um Mestre.

A primeira catedral da obra que Castanheira Neves lega ao presente e ao futuro foi a sua tese de Doutoramento subordinada ao tema fulcral da *Questão-de-facto — Questão-de-Direito*. Toma-a o nosso Mestre como um «esforço aberto de compreender verdadeiramente» o sentido da juridicidade e a sua nuclear questão metodológica nas plúrimas vertentes que comporta.

Castanheira Neves não é um autor que apenas procura remansosos refúgios nefelibáticos. Não se esconde. Pelo contrário, defronta os sinais agrestes do tempo, quer no plano universitário quer fora dele, quando a sua zelosa consciência o impõe. De modo entusiástico e firme, enfrentou as vagas tumultuárias, amparado unicamente na compreensão autónoma do Direito e no voto da realização da justiça em plena abrasadora década de setenta do século XX, no paradigmático estudo que dedicou à *Revolução e o Direito*.

Cruzando o núcleo basilar do universo jurídico, os contributos de Castanheira Neves apresentam-se esmagadoramente inovadores, por uma razão muito simples. É que Castanheira Neves recebeu a graça mais especial que um verdadeiro Mestre pode exibir. Quando escreve, ouve-se a si mesmo. Tem um pensamento próprio. E, como asseverou Blaise Pascal, toda a nossa dignidade consiste no pensamento. Procuremos, pois, pensar bem. Ora, servindo o pensamento de critério de medida da dignidade humana, então Castanheira Neves é um Homem de uma dignidade superlativa.

Castanheira Neves assume como *punctum saliens* do seu pensamento o problema controvertido para nunca mais escapar ao seu olhar arguto, e sempre com os olhos fitos na justeza material da decisão judicativa. Como sublinhou o fervoroso e ilustre discípulo da escola de Castanheira Neves, o Doutor Pinto Bronze, «quando adequadamente compreendida, a metodologia jurídica tem por objecto a complexa problemática da racionalizada realização judicativo decisória do direito, haja, ou não, um arrimo jurídico pré-disponível para fundamentar o juízo decisório». A reclamar, sem rodeios, um juízo que ajuíze, um juízo que Kant caracterizou «com a faculdade que entra em jogo

sempre que nos confrontamos com casos particulares» e que a nossa escola de Castanheira Neves tem vindo a dedicar a maior atenção por reconhecer nele o ato predicativo do jurista.

Não podendo percorrer toda a copiosa obra de Castanheira Neves, relancearei, numa espécie de um despretensioso breviário, algumas das suas principais cintilâncias.

Procedeu Castanheira Neves a uma profunda revisão do entendimento tradicional do sistema jurídico, vincando o seu caráter aberto, material e de histórica reconstituição regressiva e *a posteriori.*

Reconstruiu, em termos fenomenológico-normativos, a velha e cansada problemática das fontes do Direito.

Entendeu dever ser considerado o Direito polarizado num conjunto de princípios normativos na altura da ocorrência de colossais ruturas no sistema sociopolítico, servindo de guarda protetora à autonomia e especificidade do próprio Direito.

Levou a cabo a clarificação de que, metodologicamente, os falaciosamente contrapostos domínios da interpretação e da analogia, afinal de contas, se transfundem, com a consequente necessidade de identificar novos critérios que assegurem a realização normativa do princípio da legalidade criminal.

Demoliu a impostação positivista da interpretação jurídica e vincou a necessidade de a reformular em termos pratico-normativamente concordantes.

Explicitou a prestimosa polarização do Direito na pessoa, rigorosamente compreendida como categoria axiológica. Segundo o Mestre, a pessoa, enquanto sujeito ético, é ela em si mesma sujeito de Direito, sujeito de direitos e sujeito do próprio Direito. Verdadeiramente, o Direito «é-o de pessoas e para pessoas».

Desvelou, em lances tão densos quanto cristalinos, as diferentes perspetivas em que se revela a juridicidade nos nossos dias, a saber, o normativismo, o funcionalismo e o jurisprudencialismo, acarinhando fundadamente, como não se ignora, este último.

Afiguram-se de suma relevância, na atualidade, as advertências que Castanheira Neves dirige à perspetiva funcionalística do Direito que muitos sufragam, com destemor por uma sua evidente ideologização. Importa separar o funcionalismo político, para o qual o Direito se reduz a uma regulação política que o transforma em seu instrumento, do funcionalismo tecnológico-social que coloca o Direito ao serviço de uma estratégia social e, ainda, do funcionalismo económico da *Law and Economics* que comprime o Direito numa malha férrea de uma exclusiva racionalidade económica e de eficiência.

A significar, como bem acentua Castanheira Neves, que em tais orientações, «o direito é afinal referido a outra coisa para além dele e em que essa outra coisa é o decisivamente relevante». Dito de outro modo, é o próprio Direito que lhes escapa.

Das ponderações de Castanheira Neves infere-se, contra as proclamas positivistas, que o direito «não é um constituído oferecido ou imposto de todo acabado, e sim um constituendo, um contínuo problematicamente constituendo». Uma normatividade constitutiva que não pode dispensar o sustentáculo fundamentante de uma validade. Uma validade de sentido axiológico-normativamente material. O Direito é exatamente, antes de tudo, um problema, o problema de uma validade normativa que continuamente, se ergue e reergue, e em que o jurista, bem vistas as coisas, é convocado à tremenda e responsabilizante tarefa da sua crítica assunção e da sua histórica realização judicativa.

António Castanheira Neves, quando convicto, não hesita. Assim sucede, dentro e fora das muralhas universitárias. Em diversas das suas pugnas científicas, rompeu com entendimentos há muito enraizados. Denunciativo disso mesmo é o seu laborioso estudo em que discute até à derradeira minúcia o instituto dos assentos e em que, concludentemente, fundamentou a sua inconstitucionalidade. Atrevo-me a dizer que Castanheira Neves tomou sobre si, não raras vezes, a lição de uns versos de um poema da autoria do papa João Paulo II que dão um conselho para uma busca que é, afinal, a vida: «Se queres encontrar a nascente/deves continuar para cima, contra a corrente.» Sei, aliás, que tais versos são caros ao nosso homenageado, por um bem simples motivo. Estão em perfeita sintonia com a sua personalidade.

Senhoras e Senhores

De modo nenhum podemos deixar de retratar a face de António Castanheira Neves como modelo de universitário em conjugação com a ideia de Universidade que sufraga e que sempre manifestou com desassombrada desenvoltura.

A atividade do nosso homenageado não se confinou a domínios diletos. Atingiu os pináculos do reconhecimento universitário num largo espectro de disciplinas. Assim é, que o vimos peregrinar academicamente pelo Direito e Processo Penal, pelo Direito e Processo Civil, pelo Direito Constitucional e, acima de tudo, com contributos essenciais na Filosofia do Direito, no Pensamento Jurídico, na Teoria do Direito e na Metodologia Jurídica.

Como professor, Castanheira Neves atravessou a sua carreira sob um só e um só lema: o do mais acendrado rigor, sem cedências a nada, nem a ninguém. Guardo impressa na lembrança a aula inaugural que tive à chegada ao primeiro ano da Faculdade de Direito de Coimbra. A disciplina era de Introdução ao Estudo do Direito. O Mestre, já então nos *galarins* da fama, era António Castanheira Neves.

A sala, a grande sala 6 da nossa Faculdade, encontrava-se repleta de alunos. O professor surgiu impecavelmente vestido com um majestoso sobretudo azul. Mais majestoso ainda se tornava o Mestre, porque entrou na sala ladeado por dois assistentes, inteiramente atenciosos e reverentes. Subiram lentamente para o estrado e o professor começou a falar. Fez-se um silêncio sepulcral. Nunca nenhum de nós tinha assistido a uma coisa assim. O Doutor Castanheira Neves dissertou com tamanha elevação que nos deixou absolutamente aterrorizados.

Todos logo percebemos que havíamos penetrado num mundo novo e logo o Doutor Castanheira Neves concitou o respeito e a admiração de todos. Afinal de contas, estávamos perante um verdadeiro Mestre.

Em dias de títulos pingues e vistosos, ser hoje apenas universitário não representa título supremo. Como argutamente acentua Castanheira Neves, a glória ainda se procura através da Universidade, mas já raramente na Universidade e muito menos para a Universidade.

Perguntar-se-á, com inegável interesse, que sentido de Universidade sufraga o Doutor António Castanheira Neves? Ensina o Mestre que o sentido está sempre na origem, há sempre que interrogar a palavra fundadora. O *originarium* representa o mais simples em que se atinge a última e mais profunda inteligibilidade.

Em tom crítico, Castanheira Neves denunciou, amiúde, a quebra do espírito universitário, de cariz científico-cultural, no seio do corpo estudantil. Os alunos, possuídos por um pragmatismo rasteiro, talvez em resultado de uma sociedade ferozmente competitiva, tentam, na ótica de Castanheira Neves, «transformar a Universidade numa agência de empregos, sem estudo enriquecedor nem abertura cultural». Aos olhos do Mestre, o que se afigura intolerável é a mediocridade festiva e o ócio estéril ou, como ele prefere dizer, o ócio vivido em nada. Ao invés, é o ócio criador que os alunos de Castanheira Neves precisam de viver para o compreenderem e para compreenderem o Direito.

Ora, quem dirige uma instituição universitária no momento que corre, pressente e sente certas irreprimíveis tendências. Daí que não possa desconhecer e deixar de louvar os sábios avisos de Castanheira Neves.

Por mais de uma vez, o Doutor Castanheira Neves manifestou-se contra a entropia que molesta a Universidade. Apresentam-se intoleráveis as facilidades convertidas em direitos, os nivelamentos pelas coordenadas baixas e a mediocridade titulada.

Os Doutoramentos vulgarizaram-se numa aquisição à *bon marché*, para utilizar uma expressão do nosso Mestre. Um ponto, reconheceu-o inteiramente Castanheira Neves, que não maculou a sua Faculdade de Direito de Coimbra, na qual não se registaram cedências. «Honra lhe seja», rematou Castanheira Neves. É certo que a escola de Coimbra não pode fugir à teia pressionante da lógica da situação contextual. Mas pode resistir-lhe. Por isso, o Doutor Castanheira Neves, a justo título, admitiu, *expressis verbis*, que nela se afirma «alguma singularidade, no nível dos seus professores, na qualidade e seriedade da investigação» que se precipita numa abundância de estudos e de livros dignos de subido registo. Denunciativo disso mesmo é o labor disquisitivo de eleição proveniente da escola coimbrã do Doutor Castanheira Neves e de que são expoentes cimeiros os Doutores Pinto Bronze e Aroso Linhares.

A Universidade, pela talha universitária autêntica, não se pode bastar com a feição tão cara a alguns cegos cegamente tecnocráticos de uma «Universidade técnico-profissional», um mero serviço público destinado à multiplicação de técnicos e dirigida a uma simples reprodução em massa. Combate esta visão redutora Castanheira Neves, numa cruzada sem tréguas, em prol de uma «Universidade científico-cultural», envolvendo uma comunidade universitária de pessoas, vocacionadas para pensar, em toda a sua imensa latitude, os problemas de ciência e da cultura, e para fazer desenvolver até aos seus limites infindáveis a liberdade do Homem. A liberdade reclama cultura e a cultura faz respirar melhor a liberdade. Por isso, e de um outro ângulo, a sufocante Universidade de cariz ideológico-político não deve passar de um cadáver definitivamente sepultado.

Com efeito, a essência originária da Universidade reside em ser ela a institucionalização cultural do *homo theoricus*, arredando qualquer perturbadora visão do *homo faber* ou do *homo funcionalis*. A vocação primeira da Universidade, segundo o nosso Mestre, é a «formação de verdadeiras personalidades humanas enquanto as esclarece com o esclarecimento que só a cultura e a ciência, como tais, podem dar e enquanto as enriquece com a riqueza espiritual que só o desenvolvimento da cultura e da ciência podem criar».

O contexto de triste decadência civilizacionalmente cultural que nos envolve não é entusiasmante. Por isso, reclama da Universidade e dos universitários um entusiasmo acrescido. Há que forcejar nesta cruzada cultural. Como escreveu Castanheira Neves, não pequemos contra a esperança.

A Universidade de Castanheira Neves, com as exigências de sentido que ele lhe incrusta, não pode deixar também de convocar um modelo de professor que a sirva da melhor maneira. Assim, Castanheira Neves enunciou um quadro principiológico, ao qual uma certa conceção de professor devia obedecer.

Um primeiro princípio afirma o primado da intenção cientifico-cultural sobre a intenção didática. A significar o privilégio de uma autónoma reflexão cultural. Outro dos princípios sublinha a premência da simultaneidade da investigação e da docência. A significar que a investigação deve arejar o ensino e o ensino deve conjugar-se com a investigação. O terceiro é o princípio da autonomia do professor na sua atividade científico-cultural. A significar que, despojado de autonomia, o professor universitário não o será ou será coisa bem diferente. Por último, o nosso Mestre vinca a necessidade de adotar o princípio da exclusividade nas tarefas universitárias. A significar que o professor só o será autenticamente se mostrar uma inteira *devotio* à sua missão. Um sacerdócio universitário do qual Castanheira Neves sempre deu um exemplo sublime.

Mas da sua boca nunca o soprou aos quatro ventos. Como Mestre, tomou sobre si a lição se São Bernardo que, em sábia sentença, ensinava que «quanto melhores formos, piores nos tornaremos se atribuirmos a nós mesmos a nossa excelência».

Senhoras e Senhores

Dos escritos que li e reli de Castanheira Neves apenas ressaltam duas figuras da Faculdade de Direito como seus Mestres. O primeiro é Luís Cabral de Moncada, fundado na razão precípua de ter sido ele o restaurador do ensino da Filosofia do Direito, em Coimbra, no já longínquo ano de 1937. Doutor *Honoris Causa* pela Universidade de Heidelberg, Luís Cabral da Moncada foi um celebrado Mestre na Europa do seu tempo. Fez rebrilhar tudo em que tocou. Em especial, para além do Direito Romano e das ideias políticas, cultivou como seus domínios prediletos a História do Direito e a Filosofia do Direito. Ainda não há muito, o Doutor Aroso Linhares analisou, com raro brilho, o discurso gnosiológico de Cabral da Moncada.

Mas o nome que Castanheira Neves nunca quis calar como seu autêntico Mestre, no mais nobre sentido da palavra, devotando-lhe sentimentos incontidos de gratidão e de admiração foi, sem sombra de dúvida, o Doutor Eduardo Correia, insigne criminalista da nossa Faculdade. Castanheira Neves ofereceu-nos, a tal propósito, uma definição bem sugestiva do que deve representar

um Mestre. É alguém «que no mundo cultural e científico convoca e acolhe, convoca espiritualmente e acolhe humanamente — alguém que abre horizontes que chamam, porque mostra caminhos que entusiasmam; alguém que se oferece em estimulante compreensão, porque é capaz de generosa estima». Honrava-se Castanheira Neves por se considerar discípulo de Eduardo Correia desde o momento em que recebeu o convite para seu assistente. Isto porque, além dos riquíssimos ensinamentos, aprendeu «sempre dele o nobre culto da Universidade e o esforço da investigação, o exemplo do exercício de uma poderosa inteligência e o brilho de uma cultura decantada».

Como se sentirá realizado Castanheira Neves, sabendo que os horizontes que abriu e os caminhos que incentivou outros a trilhar se converteram na plêiade de discípulos que hoje aqui celebram o seu magistério. É a mais sincera glorificação de um Mestre na terra.

Senhoras e Senhores

António Castanheira Neves, pelo seu modo de ser, é consabidamente um homem discreto. Escreveu algures que, no nosso tempo, tende a confundir-se o ser com o aparecer. E não se coibiu de acrescentar, com a frontalidade que sempre o acompanha: «Eu, se procuro ser — ao nível que me é possível, certamente — não gosto, mas nada, de aparecer. O meu sector é a sombra — deixo o sol para a *afición*». Não admira, pois, que fosse um tanto contrafeito que um dia assumiu o posto cimeiro de Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito de Coimbra, o que, inevitavelmente fez derramar sobre ele mais luz do que aquela que gostaria.

Agora, também nós, com este nobre gesto de o homenagear, estamos a lançar sobre ele mais luz do que o Mestre gostaria. Mas há algo que nos absolve e que, decerto, causará incontida alegria no espírito de Castanheira Neves. É que, verdadeiramente, o que nos propomos fazer é refletir sobre o que Castanheira Neves entende como o seu mais precioso bem: o seu próprio pensamento.

Senhoras e Senhores

É chegada a altura de dar polido acabamento ao retrato de António Castanheira Neves que esboçámos perante Vossas Excelências.

Os grandes homens da cultura, com o senhorio de uma reflexão poderosa, sofrem um embate inevitável. Quanto mais se elevam, menores parecem aos olhos daqueles que não sabem voar. O incapaz camaleão da vaidade sofre a olhar para cima.

O Doutor António Castanheira Neves é um homem de cume. Não é um homem de meia encosta. O seu exemplo representa um sublime pregador. O magistério que há várias décadas derrama sem desfalecimento, antes de constituir uma exaltação elevada de ideias ou de doutrinas, é para ele espelho de um certo modo de ser e de viver.

À guisa de remate final, poderia dizer de António Castanheira Neves o que ele superiormente disse do consagrado professor de Filosofia do Direito da Universidade de Munique, Arthur Kaufmann: «Estamos perante um pensador que não pratica um filosofismo puramente académico e sistematicamente autossuficiente na ilusão de uma qualquer asséptica *sub specie aeternitatis*, antes toca sempre o cerne vivo dos problemas e assume os seus históricos compromissos humanos.» Isto na ânsia infrene de «tornar o direito mais justo e com isso as relações entre os homens mais humanas».

É esta grandiosa grandeza de Castanheira Neves a que, rendidos, rendemos homenagem, e que transportará o seu nome a voar nas asas da fama e do prestígio pelo tempo adiante. Seguramente, assim será, porque assim é Castanheira Neves.

(Página deixada propositadamente em branco)

4. Os fatores de superação do positivismo jurídico no ensino do Professor Castanheira Neves

The factors that make overcoming legal positivism possible, as taught by Professor Castanheira Neves

António Pinto Monteiro
Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito
https://orcid.org/0000-0001-6910-3997

Abstract: As put forth by its title, this article presents the factors that make overcoming legal positivism possible, as taught by Professor Castanheira Neves. For this purpose the Author avails himself of a textbook that he wrote many years ago (to help the students of the «Introduction to Law» course), in the early stages of his academic career, when he worked with Professor Castanheira Neves.

Keywords: Legal Positivism — General cultural and philosophical factors — Political-ideological factors — Immediately juridical factors

Nesta justíssima homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves, graças à louvável iniciativa da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC) e do Instituto Jurídico da FDUC (IJ), tive a honra e o privilégio de participar no *Encontro de Filosofia do Direito e de Metodologia Jurídica*, que teve lugar na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro,

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_4

em 30 e 31 de outubro de 2018, por ter sido distinguido com um convite do nosso dedicadíssimo Presidente da ABLJ, Professor Francisco Amaral.

Não foi alheio a esse convite, por certo, o facto de eu ter sido assistente do Doutor Castanheira Neves, na disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, no início da minha atividade académica na FDUC. E é precisamente com um texto que, nessa qualidade, eu redigi à época — que faz parte de uns «Sumários» que elaborei para apoio dos alunos — que intervenho hoje nesta homenagem, sendo certo que se trata de um texto simples e datado, mas umbilicalmente ligado ao ensino e ao pensamento do nosso Mestre.

Vejamos, então, em que termos eram (e são) identificados os fatores de superação do positivismo jurídico.

a. Fatores culturais e filosóficos gerais

O Direito é sempre função e condicionado por uma certa cultura. Qualquer época cultural representa uma tentativa de dar resposta aos problemas do Homem. Há problemas que se mantêm, sendo, contudo, a sua resposta diferente. Por outro lado, novos problemas surgem, a exigirem uma resposta. O Direito é um modo particular de pôr e de pretender resolver um problema humano — o da convivência social justa, aceitável.

A nossa cultura tem uma índole diferente da que determinou o Positivismo. A cultura base do Positivismo traduzia uma fé absoluta na razão — era um racionalismo. O Homem confiou na razão e pensou que nela encontrava a solução de todos os problemas. O racionalismo descurou a contingência histórica, o individual, o histórico concreto.

Por outro lado, tinha-se procurado «explicar» tudo cientificamente. Os *problemas do Homem*, porém, não são suscetíveis de uma «explicação científica», mas de uma sua *compreensão.* A ciência tem o seu campo próprio e a ele se deve limitar, dada a sua inadequação para a compreensão dos problemas do bem e do mal, do valioso e do desvalioso, do justo e do injusto, contrariamente ao que o cientismo impunha — a ciência «explicaria» todos os problemas e abarcaria todo o domínio cultural.

Verificou-se, em suma, o fracasso do racionalismo conceitualista e do cientismo. Há hoje toda uma alteração cultural, patente nos mais diversos domínios — na filosofia, na arte, na literatura, entre outros, a solicitar uma atenção especial sobre o humano concreto e histórico[2].

[2] Sem ignorarmos, porém, que também no nosso tempo se afirma um certo racionalismo formalista

b. Fatores ideológico-políticos

No Positivismo, o Estado era tido como mero *garante* das posições e direitos adquiridos espontaneamente, não devendo intervir nas relações sociais. Ao Estado competia apenas garantir a ordem existente e as relações jurídico-sociais estabelecidas, só intervindo quando se verificasse uma qualquer violação. O Estado era um simples árbitro dos interesses individuais. Era esta a conceção do Estado de Direito formal correspondente ao Positivismo.

Hoje, ao Estado compete uma bem diferente atitude. Cumpre-lhe alcançar uma verdadeira *justiça social*, pelo que deverá intervir diretamente na tentativa da sua realização. O princípio do *laissez faire, laissez passer* resultou em flagrantes e clamorosas injustiças e o Estado deu conta de que não poderia continuar de braços cruzados, indiferente e passivo, mas deveria ele próprio tomar uma atitude de intervenção dinâmica, para corrigir as desigualdades e injustiças a que o liberalismo conduzia. As realidades concretas vieram mostrar que o esquema da liberdade e igualdade vinha apenas beneficiar alguns. A igualdade abstrata fomentava as maiores injustiças, pois tratava «igualmente» situações desiguais à partida. Ora, o desigual exige um tratamento desigual. O jurista deu conta de que não poderia pensar as coisas num plano abstrato. A justiça só se realiza se se tiverem em conta as condições reais, concretas. Em conclusão, reconhece-se a necessidade de uma justiça material e concretamente fundada, a exigir a intervenção do Estado, diretamente comprometido na sua realização.

c. Fatores imediatamente jurídicos

α. Em todos os ramos do Direito se faz sentir a necessidade de uma tomada de atenção especial pela configuração concreta e material das situações a regular, por forma a conseguir-se uma verdadeira justiça material.

No Direito Privado acentua-se toda uma intenção de justiça concretamente social. Assim, a autonomia da vontade, com os seus princípios da «liberdade contratual» e da rígida «obrigatoriedade dos contratos», deixa de ser entendida num sentido exclusivamente individualista e formal, tendo cedido perante a

— as correntes do neopositivismo, a filosofia analítica, o racionalismo crítico, entre outras. A filosofia analítica anglo-saxónica apenas se preocupa com a linguagem. Nós somos a linguagem, encontramo-nos nela e o que importa é analisá-la. Os problemas da função do Homem e do mundo não cabem na análise da linguagem e, por isso, seriam problemas sem sentido. As proposições que pretendem enunciar algo sobre a verdade, a justiça, seriam sem sentido, pois não se podem verificar empiricamente nem serem analisadas analiticamente.

intenção de realizar em todo o domínio contratual *uma juridicidade social e materialmente fundada*.

Neste sentido, tem vindo o princípio da *autonomia privada* a deparar com toda uma série de limites à sua afirmação absoluta, expressão, afinal, dos limites derivados da nossa integração social. Se aquele princípio nunca se poderá omitir, pois é ele uma das formas mais relevantes da nossa participação pessoal (do *suum*, do *proprium* que a cada um compete), a verdade é que hoje não se pode pensar a pessoa a não ser integrada na sociedade, com os limites e exigências que daí decorrem. Por isso se nota, atualmente, um conjunto de alterações que mais não são do que expressão desta alteração de sentido do princípio da autonomia da vontade. Assim, controlam-se as condições reais do acordo estabelecido, impõem-se vínculos contratuais, ampliam-se e restringem-se as obrigações contratuais para além do que se poderá imputar à «vontade das partes», ao lado dos «deveres primários» afirmam-se os «deveres secundários», laterais (de conduta, de colaboração), entre outros[3]. Tudo isto a traduzir a pretensão de realizar uma concreta justiça material, «pois verdadeira justiça só será a que se recusa a cobrir com o equilíbrio aparente das justificações formais, as manifestas injustiças dos desequilíbrios reais»[4].

Também o «princípio da igualdade» terá de ser atendido de modo muito diferente do sentido que lhe era dado pelo positivismo jurídico. Este entendia-o tão-só de um modo formal, de «igualdade na aplicação da lei», vendo nesta o *prius*, a fim de se alcançar uma igualdade «ante» a lei. Ora, hoje, este princípio terá de ser entendido como um princípio material — a igualdade *como uma intenção normativa que a própria lei será chamada a cumprir.* Antepõe-se, agora, à lei um critério normativo material de que ela é apenas um meio ou instrumento, perante o qual terá de ser aferida e em função da qual deverá aplicar-se. Não se trata já de uma igualdade «ante» a lei, mas de uma igualdade «na» lei, igualdade *perante o Direito*. Ela deixa de ser uma simples garantia jurídica que delimita e preserva uma determinada situação e um certo *status*, para passar a ser uma categoria dinâmica de intervenção e de conformação material. Daí que o princípio da igualdade tenha agora um caráter normativo fundamental, a impor-se a toda a ordem jurídica. Não se trata de uma igualdade a cumprir apenas a partir da lei, mas de uma intenção que *se impõe à própria lei* e, igualmente, à administração e à jurisdição. Em suma, hoje, a igualdade jurídica abstrata, a igualdade perante a lei (a que se

[3] Sobre este assunto, Castanheira Neves, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito,* edição policopiada, Coimbra, 1968-1969*,* 76-88 e 152-164.

[4] Castanheira neves, *Licões,* 79.

reduzia o «princípio da igualdade» para o positivismo jurídico), é apenas um primeiro e relativo momento, como um instrumento e ponto de apoio para uma igualdade material que há de conseguir-se para além daquela, através da intervenção complementar das duas outras dimensões da igualdade (uma *igualdade de participação* em todas as decisões comunitárias e uma *igualdade social* que postula uma real *equality of opportunity*, uma efetiva «igualdade de chance»), em termos de a igualdade definida abstratamente, atuada, corrigida e controlada, se mostrar sempre materialmente justificada e real. Assim se obtém um sentido dialético e dinâmico do princípio da igualdade, a definir uma autêntica *igualdade perante o Direito*[5].

Por último, a traduzir toda esta superação de um juridismo formalista e geral-abstrato por uma intenção normativa material e concreta, verifica-se a cada vez maior inclusão de «cláusulas gerais» nas suas normas. A cláusula geral é um critério normativo extralegal para que a lei nos remete e que vai ser utilizada como critério de uma aplicação do Direito normativamente adequada às circunstâncias do caso concreto (exemplos: a «boa-fé» — artigos 227.º e 762.º, do Código Civil — os «bons costumes» — artigo 280.º do Código Civil — entre outros).

β. Não há só a apontar esta nova *dimensão concreto-social e material do jurídico.* Deve, igualmente, ter-se em consideração o apelo que constantemente se faz, e cada vez com maior insistência, a *princípios normativo-jurídicos*, expressão, pois, da superação do normativismo legalista — os princípios da «boa-fé», do «abuso do direito» (artigo 334.º do C. C.), da «confiança», do «enriquecimento sem causa» (artigo 473.º do C. C.), entre outros. O que significa que «o ordenamento formalmente positivo do direito se, por um lado, é ultrapassado pelas situações concretas e históricas a que deveria aplicar-se, não pode deixar, por outro lado, de ser enriquecido pela assunção de critérios normativos que o transcendem»[6]. E se estes princípios normativos foram já em grande parte assimilados pelos códigos, a verdade é que foi essa uma assimilação *a posteriori* de uma juridicidade que o *pensamento jurídico* começou por constituir para além dos sistemas legais positivos. E isto a denunciar, afinal, a *insuficiência da lei*, a insuficiência do sistema legal para a resolução dos problemas que a vida histórico-social constantemente levanta. Deu-se conta dos limites da lei e, portanto, da necessidade de recorrer a outros

[5] Castanheira Neves, *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais,* Coimbra, 1983, 118-144.

[6] Castanheira Neves, L*ições,* 79-80.

modos constitutivos do Direito, à *jurisprudência* muito especialmente, que, na sua vivência prática e histórica do Direito, apela constantemente a *critérios normativos transpositivos* para poder dar resposta aos problemas concretos da realidade social, sendo ela, pois, um dos modos mais importantes de *manifestação e concretização histórica* daqueles princípios aceites pela «consciência jurídica geral» de uma comunidade.

γ. Consideremos, agora, um outro ponto, já implícito nas considerações acabadas de fazer, que veio mostrar a necessidade de superação da identificação do direito à lei — o problema das *lacunas*.

Conclui-se pela existência de uma lacuna sempre que se verifica um vazio da lei ou de um sistema de leis na previsão e regulamentação de um caso jurídico. *Consequência da historicidade da vida jurídico-social*, a lei não poderá contemplar todas as hipóteses, pois muitas situações são de todo em todo imprevisíveis no momento da elaboração da lei. A lei não pode suspender o *dinamismo histórico-social*, pelo que constantemente surgem casos que exigem uma solução jurídica e que não foram previstos pelo sistema legal. Por outro lado, surgem também situações que, apesar de serem objetivamente previsíveis, não foram contempladas pela lei, quer pelo facto de as questões que essas situações suscitam não estarem suficientemente amadurecidas para o legislador se achar habilitado a intervir quer mesmo porque o legislador, por mais inteligente e experimentado que seja, não consegue prever todas as situações da vida real, consequência direta dos limites da natureza humana. Por tudo isto, *sempre os casos serão mais do que as leis*. E uma vez que o juiz não pode proferir uma decisão de *non liquet*, isto é, o juiz não pode abster-se de julgar invocando a falta da lei (artigo 8.º, n.º 1 do Código Civil), há que reconhecer a insuficiência de um pressuposto sistema legal na sua pretensão de regulamentação jurídica de toda a vida social.

Ainda aqui, porém, o positivismo legalista pretendia encontrar uma solução para estes problemas, que não pusesse em causa o seu ídolo, a lei. Para isso, recorria ao dogma da *plenitude lógica do sistema jurídico*, pretendendo que este sistema conteria em si a regulamentação adequada de todas as situações dignas da sua tutela. Se não se encontrasse uma lei que diretamente contemplasse o caso jurídico que urge resolver, ter-se-ia de recorrer à *analogia legis* ou à *analogia iuris* — num caso haveria que procurar uma lei análoga, no outro tratava-se de considerar um conjunto de leis que regulamentasse um determinado instituto jurídico, para de lá se poderem extrair os princípios gerais que o informam. Ainda aqui, numa palavra, o critério era a lei ou os

princípios logicamente obtidos dela. O Direito fechava-se todo dogmaticamente num sistema. As lacunas seriam reabsorvidas pelo espírito do sistema.

Esta conceção é hoje inteiramente insustentável. O sistema normativo constituído não pode ultrapassar os seus limites; o seu possível desenvolvimento é sempre um desenvolvimento implícito, que não ultrapassa os seus limites lógicos. O lógico nunca ultrapassa as potencialidades dos seus axiomas. Os casos jurídicos que revelam a lacuna da lei são justamente casos imprevistos ou novos e, portanto, estão para além do sistema normativo constituído, ultrapassando os seus limites. Daí a necessidade de compreender *o papel fundamental que o pensamento jurídico tem, no assumir ele próprio a específica intenção do Direito para participar na sua constituição e realização históricas*. O Direito não está todo na lei, pese embora a importância que esta assume na sociedade atual. Além de que poderá levantar-se a questão de haver uma lei que radicalmente viole princípios fundamentais do Direito irrecusáveis pela nossa consciência axiológico-jurídica — de novo, *o problema da lei injusta*. Ainda aqui terá de ser o Direito o critério de validade da lei, ela terá de mostrar-se normativamente fundada. Tudo isto, em suma, a revelar a necessidade de um constante apelo a *princípios normativos translegais* para a indispensável constituição concreta do Direito.

δ. Por tudo o que dissemos, podemos já concluir que o Direito e a lei *se não identificam*, antes é esta «um instrumento positivo utilizado ao serviço de uma intenção normativa que a ultrapassa»[7]. A lei é hoje, fundamentalmente, um instrumento político, um meio de que o Estado se serve para realizar o seu «programa», pelo que poderá não ser, só por si, o fundamento e o critério do Direito. E daí que o verdadeiro Estado de Direito não será o Estado simplesmente de legalidade, «mas aquele em que a última palavra de validade e a própria *medida do poder* é o direito»[8], o Estado de Jurisdição ou de Justiça. O que implica que a função judicial será, afinal, o decisivo *sujeito institucional* da intenção jurídica.

ε. Uma palavra final para a nova *orientação metodológica* do pensamento jurídico. Este volta a assumir a específica intenção normativa do Direito, recusando-se a ser um mero servidor do poder político, ao que o conduzia ao legalismo positivista. Daí a renovação da necessidade, para o pensamento jurídico, da referência e determinação do *princípio normativo do Direito*.

---

[7] Castanheira Neves, *Justiça e Direito,* separata do vol. LI do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,* 1976, 11.

[8] Castanheira Neves, *A Revolução e o Direito,* Coimbra, 1976, 233.

(Página deixada propositadamente em branco)

5. Notas sobre a importância da compreensão jurisprudencialista do Direito

Notes on the importance of jurisprudentialist understanding of Law

Anelise Becker
Ministério Público Federal
https://orcid.org/0000-0002-1400-5430

Abstract: The jurisprudentialist conception of juridicity finds complete and outstanding expression in Castanheira Neves' work. Presupposing the *ethical-juridical condition* as essential for the constitution of a certain autonomous law, Castanheira Neves treats its claims and foundations as a limit to the *voluntas* of power and, thus, as the *human answer* (only one of the possible answers) to the crisis engendered by other orders which, as alternatives to law, also respond the challenges of a necessary and universal problem (the communitarian sharing of a single world by the human plurality that lives within it). Jurisprudentialism is here considered as a kind of third way, in counterpoint with the diverse possibilities of normativism and functionalisms. These functionalist answers, assimilating the projects of alternative orders to law, compete in fact among themselves, taking law as if it were a pure regulatory order, devoid of meaning and autonomy. This third way is in turn settled in the autonomy of law which, in the light of its own rationality and intentionality, illuminates a coherent methodological development and assumes a fundamental meaning, thus able to beat decisionism and, therefore, exercise an axiological critique of power, limiting it and thereby offering an

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_5

axiologically based answer to otherwise invincible (except by means of force) equivalence of interests accepted by the several functionalisms.

Keywords: Castanheira Neves — Conceptions of juridicity — Rationality — Intentionality — Law's autonomy — Jurisprudentialism

1. Introdução

Consideremos a função judicial do Estado, nela incluindo, como «magistratura de pé», o Ministério Público. Comungo do entendimento de que a função judicial deve adotar, como seu traço definidor em relação às outras funções estatais, a *independência* no exercício do Direito (na *jurisdição*) em relação aos interesses que permeiam as atividades legislativa e administrativa[9]. Uma con-

[9] Na imagem do sistema jurídico que nos oferece Niklas Luhmann (*El Derecho de la Sociedad*, 2.ª ed., Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005, 149 e 383), a abertura cognitiva das funções legislativa e administrativa aos interesses que permeiam os outros sistemas sociais explica-se pelo fato de, diferentemente da função judicial, situarem-se em sua periferia, onde a pressuposta ausência de necessidade de decidir e distinguir, em clausura operativa, entre interesses lícitos e ilícitos permite a interação com interesses de qualquer índole, e a imporem-se com todos os meios disponíveis.

Um fenômeno que exige especial atenção em países que, como o nosso, na distinção de Marcelo Neves, estejam mais próximos à *modernidade periférica*, onde a referida abertura, aproximando-se perigosamente da promiscuidade, pode assumir proporções especialmente deformadoras do Direito, ante o amplo predomínio de códigos oriundos do ambiente social (a exemplo do hipertrofiado código econômico «ter/não ter», de formas difusas de poder privado e de redes de nepotismo, ou mesmo de «corrupção sistêmica») sobre o código «lícito/ilícito». Para Marcelo NEVES («Os Estados no centro e os Estados na periferia — Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann», *Revista de Informação Legislativa* 206 (abr.-jun. 2015) 121-123), é ingênua a interpretação de que se trataria aqui de uma ampla abertura cognitiva do Direito aos interesses sociais, pois, se do ponto de vista sistêmico, abertura cognitiva pressupõe fechamento operacional ou normativo, na modernidade periférica a hipótese é de *quebra da clausura operacional*, levando à diluição das fronteiras entre o «campo jurídico» e outras esferas de comunicação. Processo de colonização do Direito pela sociedade no qual a concretização jurídica, violada por códigos de preferências mais diversos, degrada-se semanticamente por injunções particularistas e bloqueios de outros critérios sistêmicos, de modo que não desenvolve força normativa suficiente e tende à desjuridicização fática. Fenômeno de fragilização do Estado de Direito que se completa com a sobreposição destrutiva do código do poder sobre o código «lícito/ilícito», convertendo-o num código frouxo, porquanto não complementado por critérios e programas suficientemente institucionalizados para enfrentar a força do código político e, por isso, frequentemente posto de lado, conforme a relação concreta de poder, os particularismos relacionais ou as exigências econômicas em causa.

Invocação que fazemos, aqui, da teoria sistêmica, em sentido meramente *metonímico*, ou seja, sem a intenção regulativa própria do funcionalismo sistêmico, proposta a orientar o Direito num certo sentido socialmente funcional (a função do Direito *para* a sociedade), mas sim com a intenção — *metanormativa* — de uma determinação descritiva do Direito na sua função social, pressupondo-o *no que ele é em si*, embora nessa função e sem nele tentar influir (a função do Direito *na* sociedade, nessa sua pressuposição). Ressalva indispensável para assinalar que, consoante observa Castanheira

cepção que pressupõe, a seu turno, a superação não apenas do normativismo legalista e da sua vinculação estrita do juízo à lei, como também dos diversos funcionalismos jurídicos[10]. Não, portanto, uma independência pretensamente abstrata e vazia, por indiferente à realidade em causa, como aquela preconizada pelo funcionalismo jurídico sistêmico[11], afinal subserviente ao interesse que maior força logre no embate com seus antagonistas. Mas sim uma independência efetiva, por haurida em um pensamento *jurídico* próprio, logo capaz de uma crítica axiológico-normativamente fundada aos interesses em causa e, assim, apta a limitar a força de outra forma sempre decisiva.

Neves («O funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade», *Revista de Legislação e Jurisprudência* 136, 3940 (2006) 16-17), embora a questão atinente às «funções do direito» seja, em geral, suscitada pela perspectiva funcionalística, o direito não será tratado *funcionalisticamente* quando apenas lhe sejam reconhecidas funções ou se queira vê-lo cumprir *a sua* «função» — aquela que o diferencia e especifica *como Direito*, por mobilizadora do sentido do seu ser como compromisso humanamente assumido, sentido suscetível de referir a normatividade própria do Direito, com todas as dimensões nela implicadas. Apenas estaremos perante o funcionalismo jurídico quando o Direito for convocado para certas funções que se pretende que realize, ou seja, quando deixe de ser visto em si, para ser visto como elemento numa relação ou numa perspectivação sistemicamente funcional. Só assim o Direito será submetido a uma perspectiva funcional e, com a consequência decisiva de os objetivos ou os fins, os resultados ou os efeitos relevantes não serem em si jurídicos, mas transjurídicos (políticos, sociais, econômicos, entre outros), embora visados e, porventura, realizáveis no *modus* jurídico, através do (instrumental ou funcionalmente pelo) Direito.

[10] Neste passo, convém advertir para um inquietante fenômeno que cresce entre nós, brasileiros, o «ativismo judicial», definido por Luís Roberto Barroso («Ano do STF: Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática», *Revista Consultor Jurídico* (22/12/2008) <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?imprimir=1>) como uma participação mais ampla e intensa do poder judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Protagonismo que, trazendo consigo o perigo da potencial dissolução do jurídico num voluntarismo político, encontra expressão doutrinária no assim chamado «neoconstitucionalismo», descrito por Marcelo Neves («Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal», *Revista Consultor Jurídico* (27/10/2012) <https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>) como importação acrítica de construções teóricas e dogmáticas, banalizadora de modelos principiológicos que experimentaram desenvolvimento consistente no âmbito de experiências jurídicas diversas, como panaceia para pretensamente solucionar todos os males da nossa prática jurídica. Movimento por meio de cuja inconsistência exaure-se, afinal, a quebra da clausura operacional do sistema jurídico, mencionada na nota anterior, na medida em que a retórica principialista que o caracteriza, ainda que não deliberadamente, de fato presta-se a encobrir decisões orientadas à satisfação dos mais diversos particularismos, ao conferir, com sua trivialização, uma aparência de indistinta respeitabilidade a qualquer tese, mesmo que encobridora de interesses espúrios.

[11] Enquanto o funcionalismo jurídico material, assumindo os efeitos como determinantes da decisão judicial, aproxima excessivamente o juiz das bordas do sistema jurídico, convertendo-o em agente administrador da mudança proposta pelo planificador social a ele exterior, o funcionalismo jurídico sistêmico, partindo do pressuposto de que a referência a interesses desequilibra a *praxis* jurídica com instruções tomadas do entorno, propõe a diferenciação do sistema jurídico em relação aos outros sistemas sociais, que compõem o seu ambiente, com base na distinção, que lhe é interna, entre jurisdição e legislação, colocada em termos de *centro* e *periferia*. Como ponto de contato do sistema jurídico com os outros sistemas funcionais da sociedade, cabe à legislação, por intermédio de sua relação com o sistema político, «acomodar» a irritação provocada pelos demais sistemas sociais (Niklas Luhmann, «A posição dos tribunais no sistema jurídico», *Revista AJURIS* 49 (jul. 1990) 151-167). Já o centro (onde se situa a jurisdição), diferenciado pela necessidade que tem de decidir, inexistente na sua periferia, deve ser protegido por um drástico isolamento cognitivo (Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, 384).

O que é o Direito? Para o senso comum, vigente inclusive entre muitos de nós, ainda é a lei. Cada vez mais, um regulatório qualquer, apropriado pelos mais variados interesses que se embatem entre si. Mas será isso o Direito? Apenas uma compreensão jurisprudencialista da juridicidade estará em condições de responder — e bem — de forma diversa a essa questão. Uma resposta que terá relevante repercussão não somente em termos metodológicos, no exercício da jurisdição, como ainda será a única passível de assegurar a independência da magistratura, como garantia fundamental do jurisdicionado, exatamente por se fundar na assumida autonomia axiológico-prático-normativa do Direito.

Observe-se não se tratar, aqui, de uma concepção meramente judicial do Direito, mas de algo mais profundo: de uma sua compreensão fundada na distinção entre a *política* e o *Direito*, entre *lex* e *ius*. Uma concepção que toma, por conseguinte, a própria autonomia do Direito *qua tale* como tarefa do pensamento jurídico e que, fazendo-o, assoma como forma de resistência aos resultados inumanos a que podem conduzir as outras concepções da juridicidade quando estas, apartando-se do sentido próprio do Direito, passem de compreensões alternativas *da* juridicidade a alternativas *a* ela própria[12]. Assoma o jurisprudencialismo, assim, como uma crítica *de direito* ao próprio Direito, ou àquilo que se pratica em seu nome ou predica dele se tratar. Concepção jurisprudencialista da juridicidade que encontra expressão completa e exemplar na obra de Castanheira Neves[13]. Recordemos as suas lições.

2. O Direito como resposta possível a um problema necessário

Tendo como pressuposto ser o Direito uma das respostas possíveis para um problema universal e necessário, consistente na convivência e (com)partilha, pela pluralidade humana, de um mundo único, aponta Castanheira Neves a

[12] Ou ainda, mais profundamente: excluindo o sentido que lhe é próprio, as «alternativas ao direito» não são outras modalidades do Direito e sim diferentes formas de o eliminar (Castanheira Neves, «O funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade», 149).

[13] Edificada sobre uma concepção própria da juridicidade como expressão cultural-civilizacional de recortes e sentido bem definidos, a obra de Castanheira Neves deve ser tomada em si, e não como «leitura complementar» a outros autores.

condição ética como essencial à sua constituição *como direito*[14]. O problema do universo prático humano consiste em sermos muitos num mundo único, a implicar a necessidade tanto de nele convivermos como de o compartilharmos. Intersubjetividade coexistente que impõe o problema da constituição de uma *ordem*[15]. E se o fato de sermos muitos num mundo único não depende de nossa vontade[16], diversa é a situação quando se pensa na constituição de uma *ordem* para essa coexistência. Problema este cuja resposta depende de nós, depende de qual seja a nossa opção a respeito, pois tal ordem somente será *de direito* se essa opção se der no sentido de fundá-la numa *condição ética*[17]. Uma condição cujo reconhecimento é especificante do Direito como Direito e que, por isso, garante a sua autonomia. Uma condição que postula o reconhecimento, a cada ser humano, da dignidade de *sujeito ético*, da dignidade de *pessoa*, como critério para a solução do problema humano da necessária integração comunitária nos seguintes termos: somente reconhecendo a cada qual essa dignidade, de modo que tanto indisponível para o poder e a prepotência dos outros, como comunitariamente responsabilizado para com os outros, o ser humano poderá ser, também simultaneamente, titular de direitos (dirigidos aos outros) e de obrigações (exigidas pelos outros)[18]. A nossa

---

[14] Castanheira Neves, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — Ou as condições da emergência do direito como direito», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, vol. II.

[15] Castanheira Neves, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito», 841-843, e «O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», *in* Castanheira Neves, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 1, 299.

[16] Castanheira Neves, «O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», 299.

[17] Esclarece Castanheira Neves («O funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade», 139) que o Direito só poderá compreender-se como tal ou no seu autêntico sentido diferenciador em referência a uma constituitva *dimensão ética* e que esta lhe advém unicamente pela assunção, nele, da *pessoa* — sujeito de autonomia, de imputação e de responsabilidade — como *sujeito ético*, o que juridicamente significará ser também sujeito *de Direito* e não menos, em consequência, sujeito *de direitos* (sujeito titular de direitos no *suum* da sua autodeterminação e da sua participação) e *de responsabilidade* (sujeito responsável no e pelo *commune* comunitário em que participa), como *sujeito do próprio Direito* (o Direito é-o enquanto de pessoas e para pessoas): não há Direito senão como tal, pelo que a referência mútua entre Direito e pessoa é tautológica. Civilizacionalmente, isto seria um mero truísmo cultural, se a nossa civilização não estivesse ela própria numa perda de identidade e em termos de nominalisticamente pretender continuar designando do mesmo modo o que, pensado já sem a sua substância própria, é afinal outra coisa.

[18] Castanheira Neves, «O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade», *in* J. A. Pinto Ribeiro, coord., *O Homem e o Tempo — Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto: Fundação Eng.º António de Almeida, 1999, 113-114. A condição ética constitutiva do Direito assenta na pessoa, compreendida como a unidade dialética de duas relativas autonomias, a de seu *eu social* e a de um *eu pessoal*, a pressupor tanto a irredutibilidade deste àquele como a reciprocidade intencional entre o *proprium* e o *commune*, por meio da qual um se reconhece no outro para alcançar aquele que é o próprio sentido do integrante bem comum, que corresponde à justiça, suprema axiologia da existência humana comunitária (*idem*, 112-113).

civilização sempre viu no Direito a resposta ao problema do universo prático humano[19]. Não obstante, a evidência da resposta necessariamente *jurídica* a esse problema ofuscou-se quando tal universo deixou de se ver referido à ética e passou a se pautar por *interesses* estrategicamente calculáveis[20] – fenômeno que coincide com a assunção do *político* (entendido como luta por interesses) como dimensão decisiva sua. Hoje, quando a autonomia e a sua correlativa responsabilidade tendem a perder sentido perante a heteronomia do sistema político-econômico-social[21], esmaece-se a necessidade da referência ética pelo universo prático. Com isso, reduz-se a evidência de que o Direito tenha na ética a sua condição constitutiva essencial, abrindo-se espaço para alternativas que não a exigem. Daí as respostas da política, da economia ou da tecnociência ao problema do universo prático humano, todas elas, respostas alternativas àquela que lhe pode dar o Direito[22]. A significar que a constituição de uma ordem *de Direito* é só uma solução possível para aquele problema necessário, porquanto sua emergência depende de que nos assumamos como sujeitos éticos mediante o nosso próprio reconhecimento como pessoas, uma condição que se pode verificar ou não, pois depende de como nos compreendemos e reconhecemos[23]. Em consequência, nem todas as ordens sociais são, só por isso, ordens *de direito*. Apenas graças à condição ética a ordem social se poderá compreender e realizar como uma *ordem de validade* normativamente

---

19 Castanheira Neves, «A imagem do homem no universo prático», *in* Castanheira Neves, *Digesta*, vol. 1, 314.

20 Anota Albert Hirschman (*As Paixões e os Interesses. Argumentos políticos para o capitalismo antes do seu triunfo*, 1.ª ed., Lisboa: Bizâncio, 1997, 68-77) que, mal a ideia de interesse surgiu, transformou-se numa verdadeira moda e num paradigma, de modo que quase todos os atos humanos passaram a ser explicados à luz do interesse individual. A ênfase no interesse como a chave para a compreensão das ações humanas chegou ao século XVIII como uma noção tão óbvia, que ninguém se preocupava em defini-lo com rigor nem em explicar o lugar que ocupava em relação às duas categorias que haviam dominado a análise das ações humanas desde Platão: as paixões e a razão. Todavia, é justamente no pano de fundo desta dicotomia tradicional que se pode compreender a emergência, em finais do século XVI, princípios do século XVII, de uma terceira categoria. Dado que a paixão foi considerada destrutiva e a razão ineficaz, uma mensagem de esperança era veiculada com o casamento do interesse com as duas categorias tradicionais, pois parecia unir-se com o melhor da natureza de cada uma. A resultante forma híbrida de ação humana considerava-se expurgada quer da destruição das paixões, quer da ineficácia da razão, havendo a convicção de que o interesse poderia ser considerado a motivação dominante do comportamento humano, o que gerou considerável entusiasmo intelectual, sobretudo ante certas vantagens muito específicas suas, a mais comum das quais a *previsibilidade*: o interesse permitia avaliar a estratégia do outro e oferecia garantias aos negócios humanos, possibilitando ganhos mútuos *na política*, ganhos logo exponenciados quando o conceito passou a ser usado em relação às atividades econômicas dos indivíduos.

21 Castanheira Neves, «A imagem do homem no universo prático», 314.

22 Castanheira Neves, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — Ou as condições da emergência do direito como direito», 839, e «O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», 299.

23 Castanheira Neves, «O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», 299.

significante. Em princípio, não ficam assim excluídas alternativas para ele: à sua *ordem de validade* opõem-se tanto a *ordem de necessidade* do poder como a *ordem de possibilidade* da tecnociência e a *ordem de finalidade* da política[24]. Em que pese os distintos projetos que cada uma dessas ordens alternativas persegue, assim como os diferentes matizes que cada qual pode assumir, há entre elas um ponto em comum: o de assentarem todas sobre uma *condição estratégica*[25] — e não, tal como a ordem de validade própria do Direito, sobre uma *condição ética* —, o que as torna, precisamente por isso, alternativas *ao* Direito como solução para o problema da constituição de uma ordem para a multiplicidade humana num mundo uno. Com isso, a própria compreensão que se tenha acerca do que é a juridicidade pode fazer com que se passe de

[24] Castanheira Neves, «O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», 299-300. Na ordem de necessidade do poder há consciente e deliberada exclusão do Direito, porquanto perante a necessidade deixa mesmo de ter sentido a exigência de uma validade fundamentante. Tal exigência, aliás, é nela sempre considerada «suspeita» e logo repelida para ser esmagada como «inimiga», tudo se vendo remetido a uma dinâmica de forças no quadro de um processo estratégico que vence resistências e, por isso, tende a suprimir as autonomias ou homogeneizar as diferenças. A ordem de possibilidade da ciência constitui-se através de uma tecnologia científica social orientada apenas pela racionalidade da viabilidade e da compossibilidade social dos efeitos de certos fins visados. É uma alternativa tanto à necessidade do poder como à validade do Direito, porque sua índole e critério não são dados por uma validade, numa lógica axiológica e normativa, mas por uma possibilidade, numa lógica de funcionalidade e eficácia. Ao postular a substituição dos *valores* pelos *fins*, os *fundamentos* são de todo preteridos pelos *efeitos* ou resultados, não se perguntando se é bom ou justo o que se pretende, mas somente quais são as consequências possíveis e as covariantes da sua realização para programar os modos de realizá-las ou evitá-las. Já a ordem de finalidade da política considera a total conversão do jurídico ao político, substituindo os valores pelos fins ou uma validade axiológica contextual pressuposta e comunitária por um finalismo político-social contingente que, embora se pretenda submetido a um discurso público crítico, será sempre em último termo o resultado de uma opção imposta pela *decisão política* enquanto compromisso, num pluralismo relativista que definirá o programa global de fins sociais a assumir, manifestado numa Constituição (Castanheira Neves, «O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», 301-305). Diversamente do funcionalismo jurídico orientado pela teoria crítica (teoria crítica do Direito ortodoxa, uso alternativo do Direito e *Critical Legal Studies Movement*), porém, o funcionalismo jurídico que instrumentalmente convoque o Direito para assegurar em termos normativos e realizar em termos decisórios o *Zweckprogramm* político da Constituição é *menos instrumental* do que pareceria em princípio, na medida em que, nele, em boa parte o Direito revela-se afinal, em referência mesmo à Constituição, a cumprir a função de si próprio, a cumprir os valores, os direitos, os princípios a que será especificamente chamado *como Direito*. Pelo que, no funcionalismo jurídico político de orientação constitucional, há uma manifesta ambiguidade, na medida em que nele há uma determinação política *sem renúncia ao Direito*. Da mesma forma, o seu «juiz-político» é menos político do que se pretenderia, já que no seu paradigma político (a Constituição) há uma dimensão especificamente jurídica e autônoma. Isto porque, como o *estatuto jurídico do político*, sempre a Constituição terá uma dimensão de juridicidade, a qual não poderá reduzir-se ou compreender-se tão-só politicamente, tanto pela índole mesma da juridicidade como pela exigência de um fundamento de validade normativa, que não apenas de legitimação política, e, sobretudo, pelos valores, direitos e princípios especificamente jurídicos, aqueles que se oferecem, independentemente da Constituição, na «consciência jurídica» da época e relativamente aos quais a Constituição não terá, por isso mesmo, valor constitutivo, mas apenas declarativo e de institucional garantia: a «dignidade humana», por exemplo (Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra: Universidade de Coimbra, edição policopiada, 1998, 222-224.

[25] Castanheira Neves, «O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade», 114.

formas alternativas de concebê-la a alternativas a ela mesma[26]. Pertinente, por conseguinte, verificar a contribuição do próprio pensamento jurídico para esse «esquecimento» do Direito como Direito.

3. A contribuição do pensamento jurídico para a formulação de alternativas ao Direito

São três os *modelos de juridicidade* hoje possíveis[27]: o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico (em suas duas acepções, material e sistêmica) e o jurisprudencialismo. Para o normativismo, a norma é o *prius* jurídico, o *originarium* categorial constituinte da juridicidade do Direito e, também, o ponto de partida para além do qual nada mais há a interrogar, de modo que pensar juridicamente é pensar mediante normas[28]. Concepção da juridicidade reforçada pelo positivismo legalista e sua identificação do Direito à legislação, que vê o Direito como um sistema de normas enunciado previamente para uma eventual «aplicação» sucessiva e futura, subsistente no próprio sistema normativo dessa enunciação e, assim, independente de sua concreta realização[29]. O tipo de racionalidade que lhe é próprio remete à *razão teórica*, com a qual a concepção normativista da juridicidade crê garantir ao pensamento jurídico o estatuto científico, na medida em que pensa o Direito através de um pensamento sistemático que procede em termos rigorosamente lógico-racionais, tomando-o como *objeto* e adotando perante ele uma intenção *teorética*, segundo a qual o Direito, todo ele já pressuposto ou dado numa certa ordem, seria realizado mediante o *conhecimento* dessa ordem[30], de modo

[26] Castanheira Neves, *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos)*, Coimbra: Universidade de Coimbra, edição policopiada, 1998, 57.

[27] Castanheira Neves, «Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema" – Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* vol. LXXIV (1998) 15 e ss.

[28] Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 94.

[29] Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 76.

[30] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 51, referindo (50-53) que também o *realismo jurídico* é uma concepção teorético-científica do Direito, apenas que, abandonando a perspectiva normativista, tenta reduzir a normatividade à factualidade, de modo que a «ciência do direito», seguindo uma racionalidade teorético-explicativa de um pensamento psicológico, sociológico entre outros, tendo por objeto o Direito ou as atividades judiciais, houvesse de ter como tarefa a investigação empírico-científica dos comportamentos e decisões dos tribunais vistos especificamente tão-só como a resultante de um conjunto de fatores (psicológicos, ideológicos, econômicos, políticos etc.) que os influenciam, causam ou motivam,

que o pensamento jurídico não concorreria em nada para a sua constituição[31]. Embora o normativismo legalista permita afirmar uma autonomia (sistemático-dogmática) ao Direito, tal autonomia sustenta-se numa normatividade fechada sobre si própria, alienada, nesse seu isolamento, de uma realidade social evolutiva, que lhe impõe compromissos político-sociais, econômicos etc.

Durante algum tempo a prática social se satisfez com a formalidade dos valores que esse sistema normativo autossubsistente lhe oferecia em termos de universalidade racional, neutralidade estrutural, igualdade abstrata e liberdade-segurança[32]. Mas o desejo de vencer a autonomia lógico-dogmática e formal do normativismo para passar a comprometer o Direito com as exigências da realidade prática, histórico-social, chegando à sua consideração como *função* normativa dessas exigências práticas contextuais, abriu caminho para sua superação por outra concepção da juridicidade, o *funcionalismo jurídico*[33], em sua acepção material. A materialização do Direito, sobretudo através dos pensamentos funcionalistas econômico e político, adota uma «racionalidade finalística», uma racionalidade estratégica especificada segundo esquemas função/efeitos ou meio/fim.

Bem ao contrário do normativismo, o funcionalismo jurídico material não pensa o Direito independentemente da realidade social, nem a reduz a fatos discretos, antes o vê instrumentalmente *em função dessa realidade* pressuposta como o todo em que decorre a existência humana, cujas dimensões práticas independentes impõem-se como tais ao Direito, dirigindo-lhe exigências às quais ele se deverá funcionalizar. Pretende, pois, que o Direito assuma e satisfaça funcionalmente essas exigências e em todos os seus planos de determinação e de realização[34]. E em que pese se mantenham ambos inconfundíveis do ponto de vista de suas respetivas concepções do Direito, de seus fundamentos e sentido último, como distintos modelos de juridicidade que são, o funcionalismo jurídico material, em suas diversas *nuances*, embora aparentemente «reagindo»

---

em ordem a prever, numa qualquer perspectiva de probabilidade, esses mesmos comportamentos no futuro.

Trata-se, aqui, da pura e simples adoção da perspectiva do observador, a qual, segundo a define Robert Alexy (*El Concepto y la Validez del Derecho*, 1.ª ed., Barcelona: Gedisa, 2004, 31 e 123) em contraponto à perspectiva do participante, é adotada por quem pergunta, não qual é a decisão correta em um determinado sistema jurídico, mas sim como nele se decide de fato. Considerando que o observador, por não perguntar pelo sentido, não pode determinar o que é ou não jurídico, não consiste a sua numa perspectiva propriamente jurídica.

31 Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 102-103 e 110.

32 Castanheira Neves, «Entre o "Legislador", a "Sociedade" e o "Juiz" ou entre "Sistema", "Função" e "Problema" – Os modelos actualmente alternativos d a realização jurisdicional do direito», 22.

33 Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 127, 190-191.

34 Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 191.

ao normativismo legalista, comunga com este, movido por seus próprios interesses performáticos, o *positivismo legalista*. Uma comunhão sustentada também pelo modo de compreensão da juridicidade comum a todos esses modelos: uma juridicidade identificada com a legalidade, o que os impede de assumir «por dentro» o sentido e a intencionalidade essencialmente ético-práticos do Direito, fazendo com que acabem por negar-lhe autêntica autonomia.

Pensando o Direito como imediata função normativa das exigências emergentes da sociedade, com as suas componentes política, econômica e social em sentido estrito, o funcionalismo jurídico material convoca o Direito diretamente ao atendimento dos imperativos políticos de intervenção e de direção próprios do moderno Estado Social, mediante uma sua *instrumentalização regulatória*[35]. Nele concorrem entre si, nas diversas modalidades sob as quais se apresenta, os diversos *interesses* cujo atendimento cada uma dessas componentes pretende imputar como finalidade instrumentalizadora do Direito em seu favor. Contudo, a atual multiplicidade dos fins visáveis, assim como a exponencial complexidade dos efeitos, a fazer com que a pretensão de «direção de comportamentos» ou de «direção social» ultrapasse todas as possibilidades de *controle* acessíveis ao *modus* jurídico, tornaram-no radicalmente problemático[36]. O fracasso da calculabilidade diante da crescente complexidade social e a consequente ineficácia do funcionalismo material enquanto dirigismo jurídico levou à proposição de alternativas — ainda de cunho funcionalista — que, transpondo a concepção autopoiética de sistema para o âmbito jurídico, passaram a levar em conta o *modo* como se dão as relações intersistêmicas para, a partir daí, oferecer soluções para as «disfuncionalidades» decorrentes da excessiva materialização do Direito.

Como resposta à crise de eficácia experimentada pelo Direito a partir da excessiva juridificação da realidade — fenômeno que traduz sua concepção funcionalista de índole material —, propõe o funcionalismo jurídico *sistêmico* substituí-la pela desregulamentação material. Com isso, o Direito restaria como que «imunizado» contra os efeitos das expectativas sociais que — abolida assim a consequencialidade em favor tão-só da autorreferencialidade — apenas lhe incumbiria garantir procedimentalmente. Não obstante, ao considerar como válido unicamente o Direito positivo, na ilusão de que assim

[35] Castanheira Neves, «O funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade», 9, e Gunther Teubner, «Juridificação — Noções, Características, Limites, Soluções», *Revista de Direito e Economia* vol. XIV (1988) 39.

[36] Castanheira Neves, «O funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade», 18. Problematicidade que se acentua consideravelmente em contextos de modernidade periférica, consoante indicado na nota 9.

não se haja de perguntar por critérios externos ao Direito, mas apenas por critérios internos[37], o funcionalismo jurídico sistêmico remete, afinal, a um puro *legalismo* que, longe de assegurar a pretendida autonomia do Direito frente aos demais subsistemas sociais, leva – num contexto onde tudo, sem exceção, é funcionalizável — à necessária funcionalização do Direito ao poder manifestado na factualidade[38]. Mas a reação à crise engendrada pela perda de sentido que vem sofrendo o Direito em decorrência de sua instrumentalização político-social e da tendência para a sua superação pelas soluções política, econômica e tecnocientífica pode-se dar por uma outra via. No exato contraponto ao declarado desinteresse do funcionalismo jurídico sistêmico por um princípio de validade axiológico-prático-normativo, propõe o jurisprudencialismo a recompreensão do sentido e da intencionalidade materiais do Direito para além da estrita e sistemática racionalidade da legalidade estatal, *a pressupor uma nova distinção entre Direito e lei*.

Um caminho que, mediante uma *outra* racionalidade, adequada ao universo prático humano, permite alcançar uma *outra* concepção da juridicidade, atenta à condição constitutiva essencial do Direito e, por isso, desta vez alicerçada naquele que verdadeiramente confere sentido àquele universo: o sujeito *ético*, a *pessoa*.

E nos vemos postos, assim, perante o jurisprudencialismo como a concepção da juridicidade passível de resgatar uma resposta *de direito* e, por isso, verdadeiramente *humana,* ao incontornável problema de nossa multiplicidade num mundo uno.

---

[37] Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, 294. Ilusão, notadamente, porquanto o positivismo jurídico exsurge na usurpação política do Direito, a determinar a indistinguibilidade entre o político e o jurídico (Hubert Rottleuthner, «A purified sociology of law: Niklas Luhmann on the autonomy of the legal system», *Law and Society Review* vol. 23 n.º 5 (1989) 789-790), a redução política do Direito (ver, a propósito, Castanheira Neves, «A redução política do pensamento metodológico-jurídico (Breves notas críticas sobre o seu sentido)», *in* Castanheira Neves, *Digesta,* vol. 2).

[38] Embora de acordo com a teoria sistêmica, em tese, nenhum dos subsistemas sociais possa alcançar um *primado* social global e, assim, predominar sobre os outros (Niklas Luhmann, *Comunicazione Ecologica — Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?*, 1.ª ed., Milano: Franco Angeli, 1989, 207 e 216), no plano fático, não resulta o Direito imune à instrumentalização material pela indiferença relativamente ao conteúdo que lhe propõe o funcionalismo jurídico sistêmico, ao preconizá-lo como instrumento formal de asseguramento de expectativas cujo teor não discute. E isto, porque, neste caso, será a *factualidade* (ser) das interações entre os níveis da força (o não jurídico) a gerar e regular a *contrafactualidade* (dever-ser) do Direito, que se vê com isso voltado e confinado a tão-só registrar (positivar) e executar — assegurando-lhe as expectativas — os graus de força dos mais potentes (ver Bruno Romano, «Filosofia del diritto e questione dello spirito», *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto* vol. LXXXIV, n.º 1 (jan.-mar. 2007) 36-37), pois o fato de se afirmar indiferente ao *conteúdo* dessas expectativas não elimina o de que tais expectativas possuem, efetivamente, um conteúdo que, afinal, será «estabilizado» pelo Direito. Note-se que Luhmann («Le droit comme système social», *Droit et Société* n.º 11-12 (1989) 58), inclusive, admite que, numa perspectiva realista, o Direito se adapta aos interesses dominantes, sem o que, não se poderia manter nem aplicar socialmente.

4. Pressupostos de uma resposta de direito ao problema do universo prático humano

Uma resposta *de direito* ao problema do universo prático humano pressupõe a compreensão de que o Direito atende a uma racionalidade e a uma intencionalidade próprias. Do contrário, não será possível assegurar sua autonomia nem, por isso mesmo, diferenciá-lo das alternativas ao Direito que exsurgem no próprio pensamento jurídico.

Pretendendo alcançar uma racionalidade pura e abstrata, atemporal, ou seja, tanto dissociada da intencionalidade e, por isso, axiologicamente neutra, como dissociada também da «situação» histórico-prática humana, a qual identificou com *a* racionalidade, culminou a modernidade por negar a possibilidade de fundamento racional à intencionalidade do decidir, remetendo-a, por consequência, ao campo da irracionalidade. O não reconhecimento da intencionalidade como racional pela razão moderna, contudo, não a elimina da ação nem do saber humanos. Por não aceitar a sua integração à consciência racional da decisão, a modernidade não fez mais, porém, do que ocultá-la, relegando o agir humano ao mero *decisionismo*, não apenas racionalmente insondável, como privado de qualquer possibilidade de fundamentação de validade material.

Esclarece Castanheira Neves ter sido essa a racionalidade que engendrou o normativismo positivista-legalista, não apenas constituído segundo uma estrutura teorética, mas dizendo-se mesmo definido por ela e assim tentando impor-se como um pensamento chamado a cumprir uma função prática, através de uma intencionalidade e uma metodologia teoréticas. Uma ciência do Direito interpretativo-construtivista que tem o seu ponto de partida e o seu «dado» no conteúdo significativo da lei, enquanto norma jurídica positiva, e, como resultado, um sistema lógico-intelectual de conceitos a fundamentar só logicamente (teoreticamente), isto é, *com omissão de considerações axiológico-normativas*, e que, não obstante, deverá ser tido como critério decisivo dos juízos normativos contidos nas decisões jurídicas[39].

[39] Castanheira Neves, *Questão-de-fato — Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, 1.ª ed., Coimbra: Almedina, 1967, 888 e 908, nota 93, anotando (905) que, em qualquer das suas formas, mais conceitualista ou mais formalista, sempre tende o positivismo jurídico, como tal, para um logicismo (dedutivista-construtivista), e se, por um lado, muito duvidosamente realiza a sua ideia de ciência, por outro lado, essa mesma ideia e pretensão *teorética* de ciência o impede de assumir com autenticidade — e, assim, de dominá-lo criticamente, com o consequente risco de por isso cair na irracionalidade de um puro decisionismo — o momento axiológico-normativo que, apesar de tudo, nele também intervém, embora não assumido

Ocorre que um pensamento não pode desempenhar uma função prático-normativa, como é o caso do Direito, sem renunciar às intenções e aos esquemas que caracterizam um pensamento puramente cognitivo[40]. Quando um tal pensamento, contudo, na via exatamente oposta, assume como sua a racionalidade puramente teorética, assume já inevitavelmente uma intenção, um determinado querer: no caso, um querer voltado unicamente à consequencialidade. E quando essa *intencionalidade consequencial* é absorvida por um movimento que busca voltar um tal pensamento à prática, convertendo-a assim em *técnica*, referida intencionalidade, exponenciada pelo caráter puramente instrumental da racionalidade que a anima, converte-se à *eficiência estratégica*, de fundamentação tendencialmente *contingente*. Partindo das lições de Castanheira Neves, podemos inferir que o problema se põe precisamente quando se pretende subordinar a essa racionalidade e a essa intencionalidade o inteiro universo prático, pelos resultados inumanos a que conduz sua extensão indistintamente a todas as suas dimensões, sobretudo à dimensão do Direito, pois a manutenção da humanidade desse universo depende da assunção da condição ética na resposta ao problema da constituição de uma ordem para a coexistência humana.

Põe-se, pois, um problema que, entrelaçando racionalidade *e* intencionalidade, remete-nos precisamente para o problema do Direito. Isto, porque, diversamente das outras dimensões desse universo, tem o Direito como condição constitutiva essencial sua a ética, sem a qual não é. Para *ser*, por conseguinte, exige o Direito, à partida, um *outro tipo* de pensamento, de racionalidade, não mais exterior e objetivante, porquanto a este escapa o seu sentido axiológico-normativo, determinando a insuficiência (e mesmo, eventualmente, a perversão) das soluções por seu intermédio alcançadas. É preciso, pois, um pensamento que assuma verdadeiramente «por dentro» a intencionalidade própria do Direito e que permita, assim, atingir-lhe o sentido e assumir-lhe a intencionalidade ético-normativa para, a partir daí, fundar a validade das normas do agir e ponderar e escolher os fins dessa ação.

E somente a forma especificamente prática com que nos é dada a realidade nos permite apreender o problema especificamente normativo que nos propõe o Direito, o qual só pode ser considerado e resolvido se assumido enquanto tal, ou seja, se assumido a partir *de dentro* dele próprio, como uma *intenção* a cumprir e um problema a *resolver*, e não — como necessariamente se dá nas

metodologicamente, e ao qual deve não apenas o seu caráter *jurídico*, mas ainda a possibilidade de responder, de algum modo, às exigências práticas da vida.

[40] Castanheira Neves, *Questão-de-fato — Questão-de-direito*, 908, nota 93.

esferas teorética e tecnológica — *de fora*, vendo-o como um mero «objeto» a apreender[41] ou «instrumento» tático a manipular. O axiológico-prático-normativo, que constitui a essência do Direito, não é passível de apreensão teórica. A insistência nessa apreensão, além de fadada ao fracasso, é ainda sobretudo nociva, porquanto é a sua vã procura que faz com que o pensamento jurídico se esqueça ou minimize a sua verdadeira vocação axiológico-normativa. É quando a intenção (teorética) de «cientificidade» sobreleva a de *juridicidade*[42]. Tampouco é ele passível de manipulação tática, hipótese em que a intenção estratégica de controle também se sobrepõe à intenção ética conatural à juridicidade. Importa que se tenha claro, por conseguinte, que o problema jurídico *não é* epistemológico nem estratégico, mas normativo (prático-normativo) e que há uma justificativa para ser desta natureza, e não daquelas. Consoante anota Castanheira Neves, é «normativo» não porque o seu *objeto* de conhecimento sejam normas e os seus conceitos exprimam conteúdos significativos de normas, e sim porque a sua índole, o seu caráter problemático-metodológico específico é normativo: o regulativo com um fundamento axiológico e de realização concreta. E é «prático», não porque apenas se ocupe em formular conceitos ou conhecimentos suscetíveis de aplicação ou para uma aplicação (caso em que seria meramente «pragmático»), mas porque os seus problemas são imediatamente problemas de *realização* de uma intencionalidade prática, problemas propostos à constituição e válida orientação de uma *praxis*[43]. Vale dizer: o problema especificamente jurídico ou do sentido próprio do Direito e da sua normatividade consiste num problema de *validade axiológico-prático-normativa*, de modo que não se confunde com os problemas específicos das outras dimensões do universo prático humano[44].

---

41 Castanheira Neves, *Questão-de-fato — Questão-de-direito*, 844.

42 Castanheira Neves, *Questão-de-fato — Questão-de-direito*, 904, nota 90, cont., e 905.

43 Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)», *in* Castanheira Neves, *Digesta*, vol. 2, 109 e nota 51.

44 Castanheira Neves, *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia — Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 114. Essa advertência se faz essencial na medida em que, com a modernidade, o *político* passou a ser visto como a dimensão decisiva da *praxis* humana (Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 205). Como resultado, ou o problema do Direito em si não é considerado, de modo que, dada a solução ao problema político, resolvido ficaria, sem mais, o problema do Direito, ou, nos termos mais comuns, o Direito é identificado com o político, na medida em que convocado e compreendido somente numa comprometida função de realizar uma qualquer concepção política da sociedade, como se fora uma variável dependente de um qualquer projeto político-econômico-social (Castanheira Neves, *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia — Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, 98). Observa Castanheira Neves, a propósito, que, embora os problemas do Direito e da política sejam diferentes, de modo que a resolução deste não oferece *uno actum* a resolução daquele, é isso o que geralmente tentam fazer as *teorias políticas da justiça*. Estas, por não compreenderem o problema do Direito em

As dimensões política, econômica e tecnológica do universo prático humano, precisamente porque não têm na dimensão ética a sua condição constitutiva essencial, são animadas por uma *outra* intencionalidade: a *consequencialidade* própria da racionalidade teorética, que vem a ser exponenciada pela instrumentalidade que esta adquire quando, na era da técnica, vem a assumir uma valência prática, *pragmática*, convertendo-se na razão que calcula.

Ao exponenciar a sua intencionalidade consequencial, a racionalidade teorético-calculadora eleva a potência daquelas mesmas dimensões — política, economia e tecnologia — não por acaso *em detrimento do Direito* pois, não o conseguindo assumir em sua intencionalidade própria, nega-o em seu *ser*. Complementarmente, ao assumir a intencionalidade estratégica, a racionalidade teorético-calculadora *converte o prático em técnico* e acaba por funcionalizar um «Direito» por ela já privado de sua condição constitutiva essencial (e, pois, algo que já não é propriamente Direito) às intenções estratégicas específicas de cada uma daquelas outras dimensões do universo prático humano[45]. A gravidade de um tal cenário manifesta-se de modo cabal quando se verifica que, em se considerando *aquela* racionalidade, teorético-calculadora, como *a* razão, outra qualquer intencionalidade que por ela não seja visível, não tem qualquer chance de legitimamente pretender se impor no quadro por ela autodelimitado como racional[46]. E, nesse mesmo quadro, inclusive a ciência, como ordem de *possibilidade* que é, constrói um «regulador social» próprio (novo em relação ao universo prático tradicional, como é o caso da *social engeneering* e do funcionalismo jurídico econômico), paralelo ao da política (ordem de finalidade) e ao do poder (ordem de necessidade),

sua autonomia, politicamente irredutível e, pois, para além e diferente das questões político-jurídicas funcionais das liberdades e direitos postulados, da legislação e da aplicação judicial daqueles e desta, fazem com que o Direito, quando expressamente atendido, não seja intencionado para além de um seu relevo funcional e diretamente dependente da estratégia do projeto-modelo global da sociedade que tais teorias propõem (*idem*, 97-98 e 114).

[45] A racionalidade teorético-calculadora pensa o Direito «por fora», como mero «fato», «objeto» a ela exterior. A intencionalidade própria do Direito, o seu sentido, porém, somente são perceptíveis por um pensamento que consiga assimilar aquilo que eticamente «deve ser», ou seja, por um pensamento que, afinado *internamente* com a intencionalidade específica do Direito e, pois, assumindo-a como *sua*, seja capaz de alcançar o *sentido* próprio do jurídico.

[46] O problema suscitado pela tecnociência no universo prático humano é um problema de *racionalidade*. Considerando que esse universo se distingue em dimensões animadas por *intencionalidades* distintas, são estas duas, por conseguinte, as questões que nele se interceptam. E o problema fulcral desse universo surge quando um determinado tipo de *racionalidade* (a teorético-calculadora), assumindo-se como o único, acaba por negar legitimidade a um tipo de *intencionalidade* (a ético-jurídica) que só é apreensível por uma racionalidade diversa, a qual não por acaso é também negada como tal. E isso ocorre porque a racionalidade teorético-calculadora que anima a tecnociência tem diante de si apenas «fatos», «puros fatos», frente aos quais nenhum «dever-ser» ou intencionalidade de validade axiológico-prático-normativa podem ser fundados racionalmente, restando por isso relegados ao subjetivismo irracional, ao decisionismo de uma qualquer *voluntas*.

o qual, assim como estes, também funcionaliza o Direito a si. Todos esses «reguladores» têm em comum, entre si, a racionalidade teorético-calculadora e a intencionalidade estratégica (dentro da qual variam apenas os projetos, os interesses a alcançar, a concretizar) e o fato de todos excluírem a possibilidade de sustentação autônoma do Direito, afirmando-se, assim, como *alternativas* a ele[47].

Em suma, se o Direito não é pensado *como tal*, ou seja, «por dentro» de sua intencionalidade específica[48], acaba ele inevitavelmente funcionalizado a outro projeto qualquer (político, econômico, tecnológico etc.). Uma vez funcionalizado e, pois, despido de autonomia, *não há* verdadeiramente Direito. Só há verdadeiramente Direito se pensado em sua própria intencionalidade. Como só *há* Direito se lhe for assim resguardada a autonomia como tal, para que *haja* Direito é indispensável, por conseguinte, uma racionalidade apta a assumir a sua intencionalidade própria. Quando a tecnociência, através da *sua* racionalidade, toma conta do universo prático, não é mais uma exigência (crítica) de *validade axiológico-prático-normativa* que é a ele imposta, mas de *eficiência*, de controle estratégico e regulatório, a qual culmina por envolver o próprio Direito que, negado por aquela racionalidade em sua autonomia e intencionalidade específicas, acaba funcionalizado ao poder que anima essa estratégia. E este é um fenômeno ao qual parte do próprio pensamento jurídico, ao tomar como *sua* aquela racionalidade e, assim, esquecendo a intencionalidade específica do Direito, não deixa de prestar a sua colaboração.

---

[47] Adverte Castanheira Neves que, embora o funcionalismo jurídico material mantenha formalmente em comum com a concepção tradicional do Direito a ideia geral de que falar de «Direito» é referir um particular *modus* de ordenação e de organização da vida prático-social, há uma diferença essencial entre a compreensão do Direito como uma ordem normativa de validade que assimila e objetiva um *sentido* (em seu significado axiológico-cultural) e, assim, como uma intencional *entidade de sentido* (de sentido axiológico-normativo) no universo humano, e a sua compreensão como um instrumento disponível e funcionalizado de programação da prática social ao serviço de objetivos também sociais os mais diversos e em si não jurídicos, mas políticos, sociais ou econômicos, entre outros. O que será um *sentido* no primeiro caso, passa, no segundo, a ser apenas um *nome*: a designação unitária para a referência nominalística a um acervo, a um conjunto não integrado de formas institucionalizantes e prescritivas, de atos de orientação e *controle* regulatórios, de critérios de decisão — totalidade variável dos modos funcionalmente regulativos e orgânico-institucionais da vida social que procura a sua eficácia numa também institucionalizada garantia sancionatória («O funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade», 21, acrescentando que, se isso é possível, e com resultados equivalentes a modos distintos de regulação social, o que acaba por decidir acerca da identidade do «Direito» será menos o *modus* regulativo em si do que a imputação orgânico-funcional e decisória a certas instâncias tradicionalmente tidas por instituições jurídicas, daquelas formas regulativo-sociais por elas sancionadas que, por isso, ou por essa particular imputação e poder sancionatório, se afirmarão jurídicas).

[48] Castanheira Neves, «Por um outro pensamento jurídico. Comentário a "Uma tópica jurídica — Clareira para a emergência do direito", de Antônio Carlos Nedel», *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* vol. LXXXI (2005) 3 e ss.

Assim, o normativismo legalista e, com ele, os funcionalismos, em qualquer das suas modalidades, conforme o poder a definir o conteúdo da lei (com a qual identifica o Direito): o Direito pensado como uma «carta em branco», a ser preenchida pelo poder «do dia» que, *dispondo* daquela carta, toma o Direito unicamente como função destinada a realizar o projeto que nela inscreveu, relativamente ao qual, por conseguinte, escapa ao Direito toda possibilidade de fazer qualquer exigência autônoma (humana) de validade.

Uma vez submetido o universo prático humano a um tipo de racionalidade que não admite como racionalmente fundável um valor fundamentante e que, por isso, dele descura, cai o próprio humano, cai a ética que o constitui e, com ela, também o Direito *qua tale*. Restam, no seu lugar, outros «reguladores sociais» para aquele que é um problema necessário (a comunhão de um mundo único pela pluralidade humana), e para o qual o Direito é resposta apenas possível (e que, como tal, deve ser *querida* — questão de intencionalidade)[49]. «Reguladores sociais» todos eles conformes àquela racionalidade teorético-calculadora que fez ocultar o Direito e que, por isso, são *alternativas* a ele. Não há «modo alternativo» de pensar o Direito mediante uma racionalidade que não seja a sua própria. O emprego de outra racionalidade fará com que se passe, inevitavelmente, à margem de sua intencionalidade própria (de validade axiológico-prático-normativa), impedindo que se consiga assumi-lo em seu sentido autenticamente ético-jurídico, não se consiga assumi-lo *qua tale*. Aquilo que, embora designado como tal, seja pensado por essa outra razão, não é propriamente Direito. É, no máximo, uma manifestação empírica sua, nominal, que dela recebe tratamento como mero «fato».

Mas é preciso um cuidado adicional nesse resgate de uma racionalidade (prática) compatível com a intencionalidade ética indissociável do Direito *qua tale*, uma vez que, conforme alerta José Manuel Aroso Linhares, o reconhecimento de uma ética *nova*, e com o grau de universalidade que ambiciona, pode condenar o Direito, ainda reiteradamente confundido com a lei, a uma participação *instrumental*, agora para tornar compossível aquele *holismo* prático em que buscado o novo patamar de humanidade[50]. Um holismo dissolvente da juridicidade precisamente porque, deixando de reconhecer o problema do Direito *qua tale*, exige-lhe a renúncia ao seu compromisso material específico

[49] Castanheira Neves, «Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — Ou as condições da emergência do direito como direito», 839-842.

[50] José Manuel Aroso Linhares, «O *logos* da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos* — *Da convergência com a literatura* (law as literature, literature as law) à analogia com uma poiêsis-technê *de realização* (law as musical and dramatic performance)», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* vol. LXXX (2004) 134.

a fim de que possa cumprir as tarefas que lhe assinala[51]. Se, por um lado, resulta negado o Direito como tal na medida em que respondido aquele que é o *seu* problema por meio da racionalidade e das intencionalidades próprias das ordens de necessidade (poder), de finalidade (política) e de possibilidade (tecnociência), também resulta ele negado enquanto identificado com uma das suas condições constitutivas (ainda que com aquela essencial para que seja *Direito*) e, assim, diluído num problema mais geral do que o seu próprio. Em qualquer caso, é apenas a consideração *específica* deste último a garantia de sua manutenção como dimensão autônoma do universo prático humano.

Indispensável, por conseguinte, destacar a dimensão jurídica também da dimensão ética do universo prático humano, porquanto só estaremos no domínio de um problema *de direito* quando estivermos perante uma relação social constituída pela mediação do mundo e numa sua comungada repartição, na qual se suscite a dialética (a exigir uma resolução) entre uma pretensão de autonomia e uma exigência comunitária, na qual se coloque em causa a eticidade *relativa* da pessoa, seja como titular reivindicante, seja como destinatário obrigado[52]. Um problema cujo sentido estritamente jurídico é expresso pela fórmula de Cícero: *suum cuique tribuere*[53]. E se é assim, a consequência é a de que a resposta ao problema ético (relação puramente de sujeito a sujeito, com abstração do mundo) não satisfaz, *uno actum*, o problema jurídico (relação

---

[51] José Manuel Aroso Linhares, «O *logos* da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos*» 133-134, e «A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito — Breves reflexões», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* vol. 79 (2003) 211-212. Há um limite para o juridificável, sob pena de, na sua ausência, redundar em algo meramente nominal: algo que, pelo excesso visado, anula a si próprio. Algo dissolvente do Direito (e, ao final, autodissolvente), porquanto consistente numa pretensão excessiva, dirigida a um Direito que não é ele próprio Direito, pois a redução de tudo ao jurídico — na medida em que elimina outras formas de vínculos normativos sociais — traz consigo a semente da destruição do próprio jurídico quando se as procure recuperar pela via da juridificação. Instado que seja a absorver tudo o que é ético, inclusive aquilo que não seja ético-*jurídico*, vai o Direito se nominalizando, perdendo-se de si mesmo: porque pode ser qualquer coisa, já não se sabe mais o que ele mesmo é. A via da juridificação indiscriminada — a mera reação como *lex* aos apelos em causa e aos problemas que estes denunciam, ainda que anunciados como éticos — apenas alimenta uma outra via de redução do Direito: a da sua *redução ao político* e à consequente possibilidade de uma sua nova funcionalização, agora às finalidades éticas em causa. É preciso, por isso, compreender que a *resposta* do Direito a um problema necessário (problema da multiplicidade humana na unicidade do mundo) não se confunde com a convencionalidade prescritiva de uma *voluntas* política, havendo que ser reconhecida a autonomia distintiva do seu projeto (José Manuel Aroso Linhares, «A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito – Breves reflexões», 208-215).

[52] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 232.

[53] Castanheira Neves, «O problema da universalidade do direito — ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», *in* Castanheira Neves, *Digesta,* vol. 3, 113. O Direito presta-se à solução daquele que seja *o seu* problema, não outros. O que não significa, contudo, afirmar espaços nos quais o Direito jamais intervirá, pois é sempre relativamente a uma certa situação, tendo em conta as suas particulares circunstâncias e o seu contexto específico, assim como o tipo e o modo das relações que nela se manifestem, que se poderá saber se se está ou não perante um caso jurídico a exigir, como tal, uma judiciativa decisão jurídica (Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 234).

de sujeito a sujeito em mediatizada referência ao mundo)[54], de modo que, para solucionar um problema de Direito, e sem perder de vista a dimensão ética como essencial condição constitutiva sua, há que ir *para além* da ética, sob pena de restar o problema do Direito, senão simplesmente omitido, secundarizado numa sua consideração apenas funcionalmente consequencial e segundo o mero e acrítico prescritivismo positivista[55]. Ou seja: nem o Direito se identifica com a ética, nem os vínculos normativos sociais se reduzem ao jurídico, de modo que se possa, *sem mais* e através unicamente de uma *linguagem nominalista de direitos*, fazer com que o Direito supra, via mera positivação — que tornaria cogentes e, assim, em nome de uma pretendida eficiência pragmática[56] sancionatória —, deficiências éticas profundas que assolam a nossa época. A mera *declaração* de algo como Direito, ainda que veiculada por *instrumento* jurídico, não faz com que esse algo lhe adquira a

[54] Castanheira Neves, «A imagem do homem no universo prático», 318. Não podemos, por isso, ver satisfeita a resposta ao problema do Direito no *continuum* ético-prático de responsabilidade infinita que nos oferece, por exemplo, Emmanuel Lévinas (*Totalidade e Infinito*, 1.ª ed., Lisboa: Edições 70, 2000), porquanto nele ainda inconsiderado o problema do Direito em si, somente dirimível tendo em referência um *tertium comparationis*, no caso, o terceiro que se interpõe na inter-relação «eu»/«tu» para solucionar a doutra forma incomparabilidade entre dois «outros» incomparáveis na unicidade com que se apresentam na relação puramente ética (ver, ainda, Emmanuel Lévinas, «Filosofia, justiça e amor» e «O outro, utopia e justiça», ambos *in* Emmanuel Lévinas, *Entre Nós — Ensaios sobre a alteridade*, 1.ª ed., Petrópolis: Vozes, 2004, 144 e 293, respectivamente, e José Manuel Aroso Linhares, «O *dito* do direito e o *dizer* da justiça — Diálogos com Levinas e Derrida», *in* J. J. Gomes Canotilho / Lenio Luiz Streck,, coords., *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 221). Somente estaremos perante um caso a pôr um problema jurídico se nele estiver em causa uma relação humana de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objetivo-social em que releve explicitamente a tensão dialética entre a autonomia ou liberdade pessoal e a vinculação ou integração comunitária e que convoque a afirmação ética da pessoa num *distanciador confronto*, seja de reconhecimento (a exigir uma garantia), seja de responsabilidade (a impor uma obrigação normativa) (Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 233).

[55] Castanheira Neves, «Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade», in Augusto Silva Dias, org., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra, Almedina, 2009, 5.

[56] José Manuel Aroso Linhares, «A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito — Breves reflexões», 209. Esclarece Castanheira Neves («O problema da universalidade do direito — ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», 102-117) que a concepção vulgar do Direito como tão-só um acervo de regras sociais (um qualquer ordenamento social, que um poder imponha e sancione) não compreende que nem todos os reguladores sociais instituídos e sancionados são, só por isso, Direito. Um nominalismo assim simplista é inadmissível, porquanto o Direito é uma dimensão cultural civilizacionalmente constituída no esforço de dar possibilidade e sentido, um certo e bem diferenciado sentido, ao encontro humano num determinado espaço cultural-civilizacionalmente demarcado, e que apenas aí tem e pode ser assumido com esse sentido, residindo as diferenças entre as civilizações na compreensão que, nas correspondentes culturas, o homem tem de si próprio. Por isso, é preciso negar que o Direito seja tão-só o resultado normativo de uma *voluntas* simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais, *restaurando um pressuposto comunitário-comunicativo de referências integrantes*. Pressuposto, este, sem o qual o Direito não é possível, uma vez que sua quebra exclui o discurso de validade e a própria possibilidade de convocação de razões fundamentantes inteligíveis e assumíveis em geral. Pressuposto sem o qual restaria lugar apenas para a força impositiva sem validade ou de não reconhecida legitimidade, já que a validade ainda invocada por uns seria tida simplesmente como violência pelos outros.

natureza. Vemo-nos postos, assim, perante o problema — central — da *autonomia do Direito*, autonomia que, para sê-lo, deve-se afirmar perante *todas* as outras dimensões do universo prático humano, inclusive, pois, perante sua dimensão ética. Autonomia cuja recuperação passa exatamente pela revisão da identificação do Direito com a lei. Identificação Direito-lei coincidente com a eliminação dos vínculos normativos éticos que, uma vez superada, não mais autoriza uma qualquer solução que deixe de considerar o Direito na especificidade de sua própria voz.

Uma solução, portanto, que apenas se oferecerá autenticamente como *de direito* se assumido este na sua autonomia e problematicidade específicas e, pois, mediante também uma *certa* concepção da juridicidade. Uma conceção da juridicidade que se abra a um pensamento integralmente prático e à subjetividade intencional que o sustenta, bem como às representações da controvérsia ou do juízo que o tornam possível, no qual a lei ou o regulamento são *apenas um dos eixos* de inteligibilidade a ter em conta[57]. Assoma o jurisprudencialismo, assim, como terceira via à superação do normativismo positivista-legalista pelos diversos funcionalismos que, assimilando os projetos daquelas ordens alternativas ao Direito, competem entre si tomando o Direito como se fora um regulatório qualquer.

5. Como tornar o jurisprudencialismo prática cumprida do Direito?

Até aqui delineamos os pressupostos e a manifestação do jurisprudencialismo como concepção da juridicidade. Mas é preciso ir além, avançando sobre o modo como tal concepção se poderá fazer prática, prática cumprida na realidade social[58]. Se o interesse pela intenção material do Direito e, pois,

[57] José Manuel Aroso Linhares, «O *homo hvmanvs* do direito e o projecto *inacabado* da modernidade», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* vol. LXXXVI (2010) 560.

[58] Observa Castanheira Neves (*O Direito hoje e com Que Sentido? O problema atual da autonomia do direito*, 1.ª ed., Lisboa: Instituto Piaget, 2002, 74) que um regulativo prático só o será verdadeiramente se lograr a sua assimilação pela prática vivida: não basta que uma prática seja intencionalmente pensada, é necessário que seja realmente prática ou prática cumprida. E aponta (74-75) como duas as condições necessárias para tanto. A primeira (condição existencialmente cultural), correlata à condição (ética) indispensável para a emergência do Direito como Direito, «que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas *comprometido* com ele — o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade

por pensar um autêntico sentido de validade axiológico-prático-normativa e, assim, obter um critério para a realização do Direito, evitando com isso remetê-la para o decisionismo[59], limitar-se ao *Direito positivo,* entendido como o sistema normativo abstrato prescrito pelo legislador, não se chegará a ultrapassar a problemática tradicional do jusnaturalismo, pois só se estará cuidando do fundamento, da validade ou dos limites de validade do Direito positivo legislado[60]. Adverte-nos Castanheira Neves que, hoje, o problema da relação entre o Direito e a realidade se põe para além desse plano e muito mais profundamente: põe-se antes e decisivamente em ordem à *realização concreta do Direito*, pois na medida em que o Direito vá necessariamente referido à realidade histórica ao ter de vigorar para ela e nela, é aí, na sua realização concreta, que a exigência da sua *validade* e *adequação materiais* se terão de cumprir[61]. Quando se pensa que, uma vez «legitimados» o Direito positivo e a sua elaboração dogmática, daí em diante tudo se continuaria a passar em termos da aplicação tradicional, em termos de subsunção, resulta impensado o problema da validade normativa do Direito concretamente tomada[62], tal como impensado permanece na concretização tática, pelo decisor, da estratégia positivada pelo legislador. O foco conserva-se, em qualquer dos casos – não importando para este efeito a relevância atribuída ou não ao seu fundamento —, no sistema, que se mantém intencionalmente estático, impedindo a compreensão do caráter *problemático-dialético* da realização *praxística* do Direito[63].

Não basta, por isso, simplesmente atribuir um qualquer fundamento (ainda que ético) ao Direito para constituí-lo *como tal*, na medida em que isto não ocorrerá salvo se também o *modo* de pensá-lo e de realizá-lo concretamente for congruente com a sua natureza *prática* e, pois, deixar de se referir unicamente ao Direito legislado, numa assim sobrevalorização (teorética)

---

apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido». A segunda (condição institucional), correlata da autonomia de que apenas em seu sentido próprio o Direito pode assumir e que incumbe a tal condição proclamar e realizar, *tribunais* que, titulares verdadeiramente também da soberania, assumam-se responsáveis nucleares pela realização do Estado de Direito, no seu sentido autêntico de Estado que intencione o Direito, na autonomia que lhe ficou reconhecida, como sua dimensão essencial, e *faculdades de Direito* que não se reduzam a uma didática profissionalizante alheia à sua vocação ético-comunitária, mas se voltem ao exercício de sua missão reflexivamente explicitante e crítica do mesmo Direito.

59 Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)», 160.

60 Castanheira Neves, *Questão-de-fato — Questão-de-direito*, 759.

61 Castanheira Neves, *Questão-de-fato — Questão-de-direito*, 759 e 760.

62 Castanheira Neves, *Questão-de-fato — Questão-de-direito*, 759 e 760.

63 Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)», 157.

de um sistema normativo pressuposto em detrimento da problemática histórico-concreta em que ele se cumpre e os problemas se suscitam. Somente é possível constituí-lo *como tal* quando o próprio pensamento jurídico, ao perspectivá-lo assim, adquire a sua necessária *dimensão praxística*[64]. Assim assumida a juridicidade, verifica-se que a realização do Direito, na sua índole prático-social e histórico-concreta, manifesta a dialética entre uma *intenção sistemática*, exigida pelo postulado de ordem na convivente existência humana que lhe é ínsito[65], e uma *experiência problemática*, imposta pelas exigências normativas da realidade social, com seu dinamismo histórico. Dialética que, estabelecendo a relação entre «sistema» (pressuposto) e «problema», é o núcleo metodológico da realização normativa[66]. O *prius* metodológico, em consequência, deixa de ser a norma-prescrição fechada na sua significação e subsistente na sua idealidade para aplicação lógico-subsuntiva aos fatos, e passa a ser compreendido como o *caso concreto decidendo*, na sua autônoma e específica problematicidade jurídica, pré-síntese que é de um interrogativo sentido concreto de intenção jurídica que conjuga uma intenção normativa geral ou de validade com uma situação concreta, ao fundamentar naquela intenção a pergunta que dirige a essa situação[67]. Com isso, a aplicabilidade

---

[64] Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)», 173. Dimensão, esta, tributária do fato de que o Direito, por adquirir a sua autêntica existência e vir à sua autêntica realidade apenas na sua realização, *antes* desta não o é: o Direito não é (não é Direito) sem se manifestar na prática e como uma prática. Não há Direito tão-só porque pensada a essência jurídica ou a juridicidade, ou porque construído um sistema de normatividade jurídica. Só o cumprimento histórico-concreto, que lhe permite afirmar-se como efetiva dimensão da prática humano-social, transforma a juridicidade em Direito (Castanheira Neves, *Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 117).

[65] A referência, aqui, é à ordem da justiça que, fundada pela presença do terceiro, pressupõe a comparação daqueles de outra forma incomparáveis, numa intenção por isso sistemática. Ver Emmanuel Lévinas, «Filosofia, justiça e amor», 144-145.

[66] Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)», 168. Com o quê, o problema jurídico-normativo da interpretação deixa de ser o de determinar a significação, ainda que jurídica, que exprimam as normas jurídicas, para tornar-se o de obter dessas normas um *critério prático normativo adequado* de decisão dos casos concretos, de modo que «uma "boa" interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutico-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto» (Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 84). Controvérsia de realização do direito cuja solução-decisão não se traduzirá — ponto este de capital importância — na prescrição de uma alternativa solução programática em vista do futuro e sim na afirmação de um juízo de validade normativa que há de ser assimilada por aquela situação e no seu presente histórico-social (Castanheira Neves, «Da "jurisdição" no actual Estado-de-Direito", *in* Antunes VARELA, org., *Ab Uno Ad Omnes — 75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 199-200).

[67] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 129 e 162. A consideração do caso jurídico como *prius* metodológico significa, pois, tomá-lo não apenas como o «objeto» da decisão judicial, mas como o *problema jurídico* numa certa *situação* histórico-social que é e, pois, verdadeiramente como a *perspectiva problemático-intencional* que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido. O problema que para tanto importa é aquela pergunta, dirigida às situações

da norma vem a ser decidida não por mera dedução conceitual ou referência lógico-normativa (de coincidência ou não coincidência) do seu sentido hipotético abstrato às circunstâncias da situação concreta, mas com fundamento numa *prévia e autônoma ponderação jurídico-normativa do caso*, porquanto apenas tal ponderação nos permite saber se o critério jurídico da norma é ou não adequado, *materialmente adequado* (para além da simples *coerência normativa* garantida pela possibilidade dedutiva), ao concreto sentido jurídico do caso decidendo[68].

Hoje, porém, vivemos num contexto no qual o Direito vem mobilizado como mero regulador estratégico de interesses, como «horizontal expressão homologadora de acordos e concertações, sempre contingentes, precários e substituíveis, de interesses que serão os únicos critérios de si próprios»[69]. *Indiferenciação* — quando não mesmo neutralização recíproca de possibilidades — como se o problema fosse simplesmente o de uma «incerteza

e relações em que se localiza e em que se traduz o convívio social, que, fundada e orientada pela pressuposição de uma particular exigência de sentido a realizar, ou intentando-se ver cumprida nessas situações e relações, é sempre a expressão de um obstáculo, de uma perplexidade, de uma dúvida nascida na relação entre uma intencional pressuposição, com as suas exigências específicas de cumprimento, e uma situação real que resiste ou é opaca a esse cumprimento (*idem*, 142-160).

[68] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 172, acrescentando (*Teoria do Direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, 105-108) que uma tal conclusão exige a superação do *dualismo* característico do normativismo jurídico que, em seu alheamento perante a realidade, ao considerar apenas a conceitualização que dela fazem as normas, pensa o Direito como um *sistema autônomo* perante a realidade histórico-social da sua eventual realização e, a esse *prius* da subsistência do Direito nas normas do sistema jurídico, e nela única e totalmente conhecido, faz seguir o *posterius* da sua aplicação, num dualismo de entidades, de momentos e de atos, em que a realidade histórico-social da aplicação do Direito (embora não se ofereça fenomenologicamente como um conjunto aleatório de «fatos» discretos, mas em unidades de acontecimentos histórico-socialmente estruturados, em especificados casos prático-sociais nos quais se polariza a interação) vai concebida como uma realidade analisável em termos de *fatos* (como «meros fatos»), como um conjunto de fatos autônomos entre si e correlativos à racional abstração das normas.

Segundo Castanheira Neves («Matéria de facto — matéria de direito», *Revista de Legislação e de Jurisprudência* vol. 129, n.º 3867 (1996) 162), a decisão jurídica judicativa concreta não pode considerar «o direito» e «os fatos» dualisticamente separados e independentes entre si, na medida em que o seu ponto de partida e o seu objeto decisório são dados pelo *caso jurídico*, ou seja, pela situação e o acontecimento histórico-sociais juridicamente relevantes objetivados pela intencionalidade problemático-jurídica que justamente como «caso jurídico» os constitui e, portanto, *numa constituinte unidade de realidade e juridicidade* de que tudo depende: a normatividade jurídica é interrogada (selecionada e determinada ou reconstituída), enquanto fundamento e critério judicativamente decisórios, em função pragmática do problema jurídico concreto do caso decidendo; a realidade a objetivar e a comprovar é a realidade desse caso e, assim, numa objetivação e comprovação orientadas pela perspectiva prático-jurídica da problematicidade também jurídica que o constitui; a decisão judicativa concreta, a seu turno, não se limita a articular de qualquer *modus* lógico os elementos «de fato» e «de direito» discretos e independentes, mas sim realiza uma mediação também normativo-juridicamente constitutiva em que o problema jurídico do caso recebe a solução que a sua concreta e real problematicidade solicita, em termos de a unidade da real juridicidade do caso, no ponto de partida, dar lugar à unidade da dialética judicativo-decisória, no ponto de chegada. Ver também *Metodologia Jurídica,* 142 e ss.

[69] Castanheira Neves, «Uma reflexão filosófica sobre o direito — "O deserto está a crescer…" ou a recuperação da filosofia do direito?», *in* Castanheira Neves, *Digesta*, vol. 3, 76.

competitiva» entre finalidades e/ou resultados diversos, descobrindo-se a única distinção possível na mitigação da rígida equivalência de fins, mediante a introdução de algumas hierarquias[70], nem por isso necessariamente menos arbitrárias. Assiste-se, atualmente, à transmutação do Direito como *validade* em Direito como simples *regulador funcional* de uma sociedade individualista e fragmentária, voltada para a busca de reivindicantes liberdades e limites garantísticos. Processo no qual o Direito acaba por ser compreendido como mero instrumento regulativo-tecnológico de uma estratégia social pragmático-planificadora e programática[71]. Sociedade cujo pluralismo radical — que, no seu relativismo absoluto, desconhece a compreensão do outro, quando mesmo não o nega pela reivindicação ilimitada da diferença — não só provoca uma desintegrada indeterminação, como faz com que *todas as referências valham tanto como as suas contrárias e umas às outras se anulem*[72]. No seu pragmatismo, tudo se converte em mero objeto e, por isso, em última instância, numa só e mesma coisa: um elemento numa cadeia de meios e de efeitos[73]. Impõe-se, por isso, perguntar como será possível atuar uma compreensão jurisprudencialista do Direito num tempo em que domina a sua funcionalização material, não apenas identificando-o com a lei, tal como o normativismo, mas nela positivando programas sociais voltados à satisfação finalística dos mais variados interesses? Como será possível atuá-la num tempo em que se espera que a jurisdição colabore na consecução de finalidades dos mais diversos matizes, mediante arbitragens permanentes entre interesses que concorrem entre si?

Estaremos condenados à obrigatória adoção de um correlato esquema tático-estratégico na concretização judicial do Direito, perpetuando, assim, também neste plano, sua completa perda de sentido? Como evitar, em tal cenário, que o Magistrado — assim como o membro do Ministério Público — degenere em mero agente tático, cuja técnica de decisão é mais pragmática do que racional, restrita a comparar taticamente os objetivos alternativos em vista dos respetivos resultados e dos interesses que lhes são subjacentes,

---

[70] José Manuel Aroso Linhares, «Jurisdição, diferendo e "Área aberta": a caminho de uma "teoria" do direito como moldura?», *in* Manuel da Costa ANDRADE, org., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, vol. IV, 470, e «Imaginação literária e "justiça *poética"* — Um discurso da "área aberta"?» <https://woc.uc.pt/fduc/getFile.do?tipo=2&id=4986>, *27, referindo-se à «ética das virtudes» e à* radicalização da diferença que a anima, a exigir atenção incondicional a todas as diferenças e às vozes que as reivindicam.

[71] Castanheira Neves, «Uma reflexão filosófica sobre o direito», 75.

[72] Castanheira Neves, «Uma reflexão filosófica sobre o direito», 75-76.

[73] Castanheira Neves, «O funcionalismo jurídico», 27.

e tudo ao preço do mínimo de modificações?[74] Advirta-se, à partida, com Castanheira Neves, que, uma vez convertido o pensamento jurídico em «engenharia social», voltar-se-á, sempre que possível, a eliminar fricções e evitar desgastes, satisfazendo necessidades numa básica preferência pela utilidade pragmática (e sua eficiência racional) relativamente à justiça axiológica (e sua apelativa normatividade), pela *performance* relativamente à validade, pelos fins relativamente aos valores e pelos efeitos empíricos relativamente aos fundamentos normativos[75]. E o jurisprudencialismo, será ele — pelo exato oposto — absolutamente indiferente aos fins visados pela programação social?

Não, pois é certo que o Direito não pode renunciar a uma teleologia material. O decisivo, porém, assinala Castanheira Neves, está em saber de que teleologia material se trata[76]. Como visto, pode-se pensar na teleologia de um finalismo ou pragmática social, segundo a qual o Direito seria tão-só um instrumento normativo a serviço de fins socialmente heterônomos a se imporem como critérios aos juízos jurídicos e exigir que estes sejam pronunciados em função da realização desses fins. Hipótese em que será boa ou correta a decisão jurídica que enseje a consecução dos efeitos pretendidos por tais fins[77]. Para além da problemática ínsita à hipótese em que a avaliação dos efeitos não demonstra que o cumprimento da norma resultou na realização das finalidades pré-definidas[78], e que nos remeteria à *contingência* da solução oferecida pelo funcionalismo jurídico *sistémico*, pode-se, contudo, pensar, pelo contrário, na teleologia de uma normatividade axiológico-comunitária que o Direito deverá explicitar, assumindo uma intenção de validade axiológica fundamentante e com vistas ao seu cumprimento histórico-social em termos concretamente normativos[79]. Enquanto no primeiro caso o juízo jurisdicional integra-se numa programada tecnologia social e os *efeitos* por ela visados serão o seu critério, no segundo assimila a autonomia de uma intencionalidade axiológica e os seus critérios serão os *fundamentos* normativos em que essa intencionalidade manifesta o seu sentido de validade[80].

---

[74] François Ost, «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèle de justica», *in* GÉRARD/ KERCHOVE / OST, dir., *Fonction de jugar et pouvoir judiciaire — Transformations et déplacements*, Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983, 59-60.

[75] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 55-56.

[76] Castanheira Neves, «Da "jurisdição" no actual Estado-de-Direito», 203.

[77] Castanheira Neves, «Da "jurisdição" no actual Estado-de-Direito», 204.

[78] Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, 388.

[79] Castanheira Neves, «Da "jurisdição" no actual Estado-de-Direito», 204.

[80] Castanheira Neves, «Da "jurisdição" no actual Estado-de-Direito», 204, acrescentando que o juízo que tem por critério um fundamento de validade submete-se a um «absoluto» — a validade não o seria sem a pressuposição de sua incondicionalidade — ao contrário do juízo em que o critério são

Trata-se, pois, de assimilar que o critério normativo do juízo jurisdicional não se determina normativamente em função dos *efeitos* que possa provocar ou que seja suscetível de impor, e sim pelo cumprimento de um *fundamento* de validade normativa[81], numa distinção entre a validade e a finalidade, entre a justificação (fundamentação) e a explicação. *Versus* este que não impõe uma radical exclusão, mas apenas uma prioridade, uma *dialética de prioridade*, pela qual o «fundamento» não se subordine ao «efeito» e o «prático» não seja confundido com o «pragmático»[82]. Com o que, o fim-efeito visado haverá sempre de responder à pergunta sobre a sua validade fundamentante, no seu próprio cumprimento, sendo submetê-lo a esse questionamento a verdadeira e específica *função crítica* que compete ao Direito[83], exatamente para assegurar que resulte *humana* a concretização desse fim-efeito na realidade social. Não se trata, pois, de excluir a consideração, também pela jurisdição, dos efeitos exigidos pela intenção social, mas sim se sustentar-se a prioridade daquela outra intenção perante esta e em termos desta segunda só operar a sua relevância no quadro de possibilidades que lhe admita aquela primeira[84], o que equivale a *subordinar* a estratégia à validade. Será, por conseguinte, a *justiça* da solução concreta o critério de «desempate» entre os diversos interesses que teleologicamente se debatem nas fronteiras do sistema jurídico, o critério de superação do de outra forma incontornável *indiferentismo*[85] em que opera o «instrumentalismo dinâmico» próprio do juízo tático, o qual, na ausência de um critério axiológico fundamentante, somente será superável pelo poder

os efeitos, o qual se orienta por um «relativo» e segundo uma contingência de oportunidade (de cálculo e conveniência). Distinção entre fundamentos e efeitos que remete a intenções, planos e racionalidades diferentes, distinções todas elas que diferenciam a intenção axiológica da intenção tecnológica, o plano da compreensão dos sentidos do plano dos esquemas ou modelos operatórios. Distinção que não é apenas categorial e culturalmente justificada, mas também político-comunitariamente indispensável, pois o sistema político próprio do Estado de Direito não é simplesmente um sistema diferenciado institucional-funcionalmente e em termos de essa diferenciação levar superada em geral a intencionalidade material (especificamente a intencionalidade axiológico-material e socialmente significante de validade), porquanto esse sistema é também diferenciado *intencionalmente*, de modo que a mesma intenção e a mesma racionalidade não lhe presidem em todos os seus campos de ação e em todas as suas atividades e juízos (*idem*, 206).

81 Castanheira Neves, «Da "jurisdição" no actual Estado-de-Direito», 203.

82 Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)», 136.

83 Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen)», 140.

84 Castanheira Neves, «Da "jurisdição" no actual Estado-de-Direito», 211-212.

85 Indiferentismo no qual degenera um relativismo assim postulado em termos absolutos. Ver Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, 1.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 443.

de barganha de cada qual: só recebe quem tem algo a dar[86] ou o grupo que maior força social reivindicante e eficaz consegue mobilizar[87].

Assim, ainda que nominalizado e funcionalizado o Direito em sua positivação, nem por isso restará o Magistrado adstrito ao modelo de juridicidade que a iluminou, seja ele normativista ou funcionalista, pois pode quebrar esse círculo assumindo a juridicidade *por dentro* de sua intencionalidade própria, para interrogar a normatividade que, ainda assim, subsiste no sistema jurídico, especialmente nos valores e princípios especificamente jurídicos, irrenunciáveis por quem se pretenda manter no *jurídico*, fazendo-o à luz da problematicidade que lhe oferece o caso concreto (*prius* metodológico no jurisprudencialismo) e, assim, orientado por um critério de validade prático-axiológico, construir o juízo normativo por meio do qual o decidirá.

6. Conclusão

É exatamente ao oferecer meios para a compreensão do caráter específico da realização do Direito que o jurisprudencialismo presta sua contribuição decisiva não apenas para a renovação do pensamento jurídico, mas, sobretudo, para o resgate do Direito como a «alternativa humana» ao problema prático fundamental da coexistência da pluralidade humana num mundo único. E o resgate do Direito como a única alternativa passível de assegurar a humanidade da resposta a esse problema.

Pressuposta a condição ética como essencial, mas de ocorrência não necessária, à constituição do direito *como tal,* como seu critério e fundamento, assoma o Direito como limite à *voluntas* do poder e, assim, como a resposta humana à crise engendrada pelas outras ordens que, alternativas a ele, enunciam também elas respostas para aquele problema, necessário e universal.

Frente aos outros modelos de compreensão da juridicidade, o jurisprudencialismo assoma como terceira via à superação do normativismo positivista-legalista pelos diversos funcionalismos que, assimilando, em suas vertentes materiais, os projetos daquelas ordens alternativas ao Direito, competem entre si, tomando-o como se fora um regulatório qualquer, desprovido de

[86] Alasdair MacIntyre, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, 1.ª ed., São Paulo: Loyola, 1991, 362.

[87] Castanheira Neves, «A imagem do homem no universo prático», 334.

sentido próprio. Terceira via assente na autonomia do Direito, assegurada pela exigência de um critério axiologicamente fundado imposta às outras ordens do universo prático humano e seus projetos. Uma via que, somente assim compreendida, à luz de uma racionalidade e intencionalidade próprias, iluminadoras de um desenvolvimento metodológico com ela coerente, pode assumir um sentido fundamentante e, por isso, capaz de vencer o decisionismo e, assim, de exercer uma crítica de sentido axiológico ao poder, limitando-o e, com isso, oferecer uma resposta axiologicamente fundada à de outra forma invencível (salvo por meio da força) equivalência de interesses positivados pelos diversos funcionalismos.

Assoma assim o Direito, em sua compreensão jurisprudencialista, como possivelmente o único foco de resistência *humana* às formas de compreensão da juridicidade que a funcionalizam a projetos de poder que competem entre si. O Direito como limite humano à *voluntas* do poder, por ter na ética o seu critério e fundamento de decisão, e, pois, como resposta crítica à crise engendrada pelas outras ordens, alternativas, que enunciam também elas soluções para aquele problema universal e necessário, para o qual o Direito, embora seja apenas uma das soluções possíveis, é a única passível de assegurar a humanidade de seus resultados.

Ao nos alertar para o fato de que esta é, efetivamente, «apenas» uma *opção*, confronta-nos Castanheira Neves com nossa inalienável condição ética de pessoas, autônomas, como tal, para adotá-la ou não, e correlatamente responsáveis por fazê-lo. Uma tarefa diuturna, que incumbe a cada um de nós querer assumir *por dentro*.

Referências bibliográficas

Alexy, Robert — *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004. ISBN: 9788497840286

Barroso, Luís Roberto — Ano do STF: Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Consultor Jurídico* [Acedido a 15 de out. de 2020]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?imprimir=1

Hirschman, Albert — *As Paixões e os Interesses. Argumentos políticos para o capitalismo antes do seu triunfo*. Lisboa: Bizâncio, 1997. ISBN: 9789725300022

Kaufmann, Arthur — *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. ISBN: 9789723110630

Lévinas, Emmanuel — *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000. ISBN: 9789724413747

Filosofia, justiça e amor. *In* Emmanuel Lévinas, *Entre Nós — Ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2004. ISBN: 9788532616128

O outro, utopia e justiça. *In* Emmanuel Lévinas, *Entre Nós – Ensaios sobre a alteridade*. Petrópolis: Vozes, 2004. ISBN: 9788532616128

Linhares, José Manuel Aroso — A ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito — Breves reflexões. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN: 0303-9773. Vol. 79 (2003).

Imaginação literária e "justiça poética". Um discurso da "área aberta"? In André Karam Trindade, Roberta Magalhães Gubert e Alfredo Copetti Neto (org.), *Direito & Literatura: Discurso, Imaginário e Normatividade,* Porto Alegre, Núria Fabris Editora, 2010, também no *Boletim da Faculdade de Direito,* vol. 85 (2009)

O *logos* da juridicidade sob o fogo cruzado do *ethos* e do *pathos — Da convergência com a literatura* (law as literature, literature as law) à analogia com uma poiêsis-technê *de realização* (law as musical and dramatic performance). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN: 0303-9773. Vol. LXXX (2004).

O *dito* do direito e o *dizer* da justiça — Diálogos com Lévinas e Derrida. *In* J. J. Gomes CANOTILHO / Lenio Luiz Streck, coords., *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN: 9789723214611

Jurisdição, diferendo e «Área aberta»: a caminho de uma «teoria» do direito como moldura?. *In* Manuel da Costa ANDRADE, org., *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, vol. IV. ISBN: 9789723217940

O *homo hvmanvs* do direito e o projecto *inacabado* da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN: 0303-9773. Vol. LXXXVI (2010).

Luhmann, Niklas — *Comunicazione Ecologica — Può la società moderna adattarsi alle minacce ecologiche?* Milano: Franco Angeli, 1989. ISBN: 9788820432300

Le droit comme système social. *Droit et Société*. N.º 11-12 (1989).

A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista AJURIS*. Porto Alegre, Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. ISSN: **2**358-2480. Vol. 49, (jul. 1990).

El Derecho de la Sociedad. Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005. ISBN: 9789685807104

MacIntyre, Alasdair — *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991. ISBN: 9788515004317

Neves, António Castanheira — *Questão-de-fato—Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN: 9789723206302

A imagem do homem no universo prático. *in* Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Vol. 1. ISBN: 9789723206753

A redução política do pensamento metodológico-jurídico (Breves notas críticas sobre o seu sentido). *In* Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Vol. 2. ISBN: 9789723206951

A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (Diálogo com Kelsen). *In* Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Vol. 2. ISBN: 9789723206951

O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. *In* Castanheira NEVES. *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra, Coimbra Editora, 1995. Vol. 1. ISBN: 9789723206753

Matéria de facto — matéria de direito. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. ISSN: 0870-8487. Vol. 129, n.º 3867 (1996).

Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1998.

Da «jurisdição» no actual Estado-de-Direito. *In* Antunes VARELA, org., *Ab Uno Ad Omnes — 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. ISBN: 9789723208078

Entre o «Legislador», a «Sociedade» e o «Juiz» ou entre «Sistema», «Função» e «Problema» — Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN: 0303-9773. Vol. LXXIV (1998).

Teoria do direito — Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1998.

O problema da autonomia do direito no actual problema da juridicidade. *In* J. A. Pinto RIBEIRO, coord., *O Homem e o Tempo* — Liber Amicorum *para Miguel Baptista Pereira*. Porto: Fundação Eng.º António de Almeida, 1999. ISBN: 9728386265

Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito — Ou as condições da emergência do direito como direito. *In Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Vol. 2. ISBN: 9789724018140

O Direito hoje e com Que Sentido? O problema atual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. ISBN: 9789896591076

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. ISBN: 9789723211566

Por um outro pensamento jurídico. Comentário a «Uma tópica jurídica — Clareira para a emergência do direito», de Antônio Carlos Nedel. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN: 0303-9773. vol. LXXXI (2005).

O funcionalismo jurídico — Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. ISSN: 0870-8487. Vol. 136, n.º 3940 (2006).

O problema da universalidade do direito — ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. *In* Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. 3. ISBN: 9789723215861

Uma reflexão filosófica sobre o direito — «O deserto está a crescer…» ou a recuperação da filosofia do direito? *In* Castanheira NEVES. *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. 3. ISBN: 9789723215861

Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. *In* Augusto Silva DIAS, org., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina. 2009. ISBN: 9789724039510

Neves, Marcelo — Abuso de princípios no Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*. [Acedido a 15 de out. de 2020]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal

Os Estados no centro e os Estados na periferia — Alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. *Revista de Informação Legislativa*. ISSN: 2596-0466. N.º 206 (abr-jun 2015).

Ost, François — Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice. *In* GÉRARD / KERCHOVE / OST, dir., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire — Transformations et déplacements*. Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1983. ISBN: 9782802800316

Romano, Bruno — Filosofia del diritto e questione dello spirito. *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*. ISSN: 0035-6727. Vol. LXXXIV, Nº 1 (jan-mar 2007).

Rottleuthner, Hubert — A purified sociology of law: Niklas Luhmann on the autonomy of the legal system. *Law and Society Review*. ISSN: 1540-5893. Vol. 23, n.º 5 (1989).

Teubner, Gunther — Juridificação — Noções, Características, Limites, Soluções. *Revista de Direito e Economia*. ISSN: 0870-8835. Vol. XIV (1988).

(Página deixada propositadamente em branco)

6. O modelo metodológico-jurídico do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves como proposta de superação de funcionalismos: o exemplo do *neoconstitucionalismo*

António Castanheira Neves's jurisprudentialism and its methodological model as a proposal to overcome functionalisms: the example of neoconstitutionalism

Ivan Cláudio Pereira Borges
Gama, BRASÍLIA-DF, Centro Universitário do Planalto Central Apparecido dos Santos – UNICEPLAC
https://orcid.org/0000-0003-0255-929X

Abstract: The article aims to emphasize the legal-methodological importance of António Castanheira Neves's jurisprudentialism confronted with the different voices of *new constitutionalism*. At the beginning, it presents a synthesis of the current management problems of the Brazilian constitutional realization, then overflows on the hermeneutic foundations of *neo-constitutuionalism*, highlighting its main points and, finally, seeks to bring to light the coherence and consistency of *jurisprudentialism*. It

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_6

concludes by emphasizing the unique characteristic of the latter as an adequate instrument for the realization of law in times of great challenges in the constitutional experience.

Keywords: Jurisprudentialism — Practical Reason — Legal Education

Homenagear o Senhor Professor Doutor António Castanheira Neves é celebrar inseparavelmente sua Obra e seu percurso de vida. São duas expressões como os lados de uma raríssima moeda do que ele representa para cada um de nós. Na Obra vemos o fulgor de sua genialidade. Na vida experimentamos o convívio de um ser humano afável e generoso, um luminar ao alcance dos olhos e dos ouvidos atentos, um intelectual das letras jurídicas acessível a toda a gente que lhe buscou o saber.

Para tanto, é mister um pouco de história acadêmica pessoal, para a qual peço ao leitor sua permissão. Chegamos a Coimbra, para o mestrado em Direito, em setembro de 2003. Ao se iniciarem as aulas, fomos acolhidos num primeiro momento pelo professor Doutor Rui de Figueiredo Marcos, com as suas explicações sobre História do Direito. Que clareza de ideias! Que facilidade comunicativa e que profundidade de saber! Saímos embevecidos e plenamente satisfeitos! Nas aulas seguintes, o mesmo fascínio tomou conta a partir das exposições sempre precisas do Doutor Mário Reis Marques, com o desenvolvimento do Pensamento Jurídico, e profundas e desafiadoras do Doutor José Manuel Aroso Linhares, em que o prazer de os ouvir quase se tornou uma idolatria, pela exposição apurada, intensa e perspicaz!

Algo, entretanto, nos inquietava positivamente nas lições conduzidas pelo Doutor Aroso Linhares em suas aulas sobre Filosofia do Direito: a menção a Castanheira Neves e a sua proposta teórica do Direito denominada *jurisprudencialismo*. Uma novidade, tanto no que se referia à pessoa do ilustre catedrático como por suas revolucionárias ideias teóricas do Direito. O assombro em face daquela concatenação de pensamentos dera lugar ao encanto pela profundidade descritiva e analítica dos problemas e dos limites da Teoria Geral do Direito. O *jurisprudencialismo* revelava-se como um sistema teórico robusto, sem deixar flancos desguarnecidos, e inovador, apontando critérios e métodos sem igual no quadro geral das ideias jurídicas.

Para fazer frente ao caudaloso número de teorias gerais sobre o Direito, embrenhou-se Castanheira Neves a desvendar uma linha comum de intencionalidades pós-positivistas, chegando, com isto, à identificação do que chamou de *funcionalismo jurídico*. No retorno ao Brasil, qual não foi nosso espanto ao notar a intencionalidade *funcionalista jurídica* como escopo do atual judiciário brasileiro após a Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), o que deu ensejo à pesquisa de doutoramento[88].

Aliado, ainda que distante por um oceano, de minhas pesquisas, o senhor Doutor Castanheira Neves facultou-me, inúmeras vezes, consultá-lo por comunicação eletrônica. Nas duas únicas oportunidades que tive de vê-lo no seu gabinete, recebeu-me como um príncipe e também me instruindo como um de seus privilegiados orientandos.

Posto isto, não faríamos justiça ao legado filosófico-jurídico de nosso Mestre se não procurássemos demonstrar a importância do *jurisprudencialismo* e sua proeminência no cenário das ideias jurídicas contemporâneas, dentre as quais hoje se destaca a do *neoconstitucionalismo*. Importância que se tentará atestar na presente análise comparativa das propostas metodológicas do Direito, especificamente no que concerne à realização do Direito, da função judicial e da racionalidade decisória judicial.

Espera-se ficar nítido para o leitor que a metódica jurídica de realização do Direito contemplada no *jurisprudencialismo* oferece um alicerce teórico e prático mais consentâneo com o viés jurídico que a apresentada pelo *neoconstitucionalismo*, com a vantagem adicional de evitar o imanente teleologismo interpretativo e hermenêutico das vertentes funcionalistas jurídicas existentes na atualidade. Funcionalismo jurídico este que faz do Direito mero instrumento de outros tantos propósitos pretensamente jurídicos, mas que escondem finalidades alienantes ao jurídico.

O *funcionalismo jurídico* tornou-se, assim, um dos mais importantes instrumentais teóricos utilizados pelo *jurisprudencialismo* para análise das demais vertentes da teoria geral do Direito, a permitir um diagnóstico das incongruências que se deve evitar na formulação de superação ao *normativismo jurídico*. Mas não é tudo: o *jurisprudencialismo* propõe um caminho metodológico jurídico robusto, na medida em que tenta superar a célebre tensão *jusnaturalismos-juspositivismos* sem escapar para o *tertium genus* do pós-positivismo, que é o que tentaremos expor ao final.

---

[88] Ivan Cláudio Pereira Borges, *O Funcionalismo Jurídico no Judiciário Brasileiro. Esboço de uma teoria da funcionalização da razão prática judicial*. Mauritius, Beau Bassin: Novas Edições Acadêmicas, 2018.

Paralelamente às demais críticas que se faz ao *neoconstitucionalismo*, e que abaixo alistamos algumas, acreditamos que sua intencionalidade pós-positivista incorre nos problemas de pressupostos, objetivos e de metodologia assumida pelo *funcionalismo jurídico*, tal como descrito pelo Mestre Castanheira Neves.

Apresentado como uma alternativa à realização do Direito Constitucional do *normativismo* ou do *positivismo jurídico*, o *neoconstitucionalismo* reconhece que, após os grandes conflitos mundiais do século vinte, deu-se maior importância à expansão da jurisdição constitucional, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, tornando-se necessária assumir uma nova metodologia de interpretação constitucional.

Tais pressupostos ganharam maior relevo no cenário jurídico brasileiro após a proclamação da atual Constituição Federal de 1988, pois em seu texto a competência do Poder Judiciário foi alargada, ao mesmo tempo em que o constituinte trouxe à lume uma plêiade de direitos individuais e coletivos, antes renegados. Uma das consequências foi a limitação, com maior frequência, do exercício do poder pelas demais entidades da República, obrigando-os a cumprir com a proteção e a garantia dos direitos constitucionais. O sistema de freios e contrapesos, na prática, incomodou os governantes que se haviam acostumado ao autoritarismo do período de exceção, aumentando a incidência de recursos em larga escala e em várias instâncias judiciais, sufragando enxurradas às portas do Supremo Tribunal Federal.

Não sem razão, o controle de constitucionalidade concentrado e *in abstrato* no Supremo Tribunal Federal diante da avalanche de lides, provocou o surgimento de mecanismos processuais de repercussão judicial ampla, de sorte a aplacar a subida recorrente de níveis de instância. Mas esta provocação constante ao colegiado do STF passou, também, a gerar decisões polêmicas, tanto de apelo político como popular. A reboque, vieram as alegações de judicialização e de ativismo judicial, não somente contra a Corte Suprema, mas contra o Poder Judiciário como um todo.

No contexto deste quadro de embates, a Administração da Justiça brasileira revelou, por outros ângulos de observação, o caráter perverso do sistema processual, que adia, por exemplo, quase infinitamente o cumprimento de sentenças penais e, entre tantas outras contradições, facilita a subida de um número assombroso de processos para análise e decisão da Suprema Corte do Brasil, desvalorizando, na prática, sua função de última *ratio* judicial.

Mesmo assim, os problemas de maior repercussão social, econômica e política estão a requerer do Colegiado Supremo a escolha de uma racionalidade

jurídica no campo interpretativo e hermenêutico que componha os princípios basilares da democracia, como o da dignidade da pessoa humana, frente aos interesses de particulares e da sociedade, isto é, uma perspectiva de Hércules, na sugestiva aplicação mitológica da função judicial proposta por Ronald Dworkin.

É natural, portanto, que, no andar desta tentativa de definição de uma racionalidade jurídica, as reações às decisões judiciais acusem «deficiências» da função judicial, apontando como impróprias a *judicialização* e o *ativismo judicial*. Porém, ambas são tidas como legítimas formas de atuação do Judiciário pelo *neoconstitucionalismo* brasileiro, desde que obedecidos a certos requisitos. De qualquer forma, cresceu nestes últimos tempos o protagonismo judicial frente às demandas a respeito de temas que alteraram valores morais e jurídicos tradicionais, o que deu ensejo, ainda mais no campo constitucional, a adotar-se métodos de realização do Direito, a exemplo do oferecido pelo *neoconstitucionalismo*.

Os novos tempos por que passa a contemporaneidade, rompendo com valores conservadores e tentando impor seus contrários, aliados à rapidez da transmissão das informações, faz com que cresçam as expectativas imediatistas de solução judicial. Soluções hermenêuticas e procedimentais neste ambiente geram esquemas *funcionalistas*, com uma teleologia que ultrapassa, em muitos casos, liturgias e burocracias necessárias. O *funcionalismo social* e *jurídico* de nossos dias passou a exigir celeridade, quase a todo o custo.

Para além da justa reclamação por uma justiça mais efetiva e célere, soluções metodológicas como a embutida na *Economic Analysis of Law*, e que já lançou os seus tentáculos na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, submetem o Direito a *finalidades que não são estritamente jurídicas*. Como os demais *funcionalismo jurídicos* atendem a *fins* ora econômicos, ora políticos, ora ideológicos, ora meramente sistêmicos e comprometem a autonomia do Direito.

O texto que se segue, portanto, arrisca-se a catalogar o *neoconstitucionalismo* como uma ramificação do *funcionalismo jurídico*, mesmo porque autointitulando-se pós-positivista a hipótese de incorrer na instrumentalização do Direito como objetivo é, pelo menos, suspeita. A sua metodologia jurídica estaria, assim, comprometida com finalidades para além das bordas do contexto estritamente jurídico. Para contrapô-la, tentaremos expor as características metodológico-jurídicas do *jurisprudencialismo*, apontando-o como superlativo teórico e técnico frente ao *neoconstitucionalismo*.

O *design* metodológico-jurídico do *neoconstitucionalismo*

O vocábulo «neoconstitucionalismo» emergiu no cenário da teoria jurídica constitucional de forma problemática e até mesmo contraditória. Os progenitores da nova tendência teórica de interpretação constitucional rejeitaram a designação dada inicialmente por Susanna Pozzolo[89] e, mesmo assim, quando este se firmou pelos admiradores de sua índole crítica ao método interpretativo e de aplicação da norma constitucional pelo positivismo jurídico, seus cultores não aceitaram a designação como representação de suas intenções teóricas[90].

O caminho novo propôs a rejeição do projeto hermenêutico do positivismo jurídico para o «constitucionalismo». Fundamento dos primórdios da Teoria Geral da Constituição, José Gomes Canotilho explica que o «constitucionalismo» foi, inicialmente, uma «técnica específica de limitação do poder»[91], originada nos eventos revolucionários norte-americano e francês. Trata-se, pois, da consagração do texto constitucional, da sua supremacia e rigidez normativa.

O problema levantado pelo *neoconstitucionalismo* não é, portanto, contra o «constitucionalismo», mas enfrenta o modelo de interpretação e aplicação da Constituição defendido pelo positivismo jurídico, que impediria a efetiva normatividade do texto constitucional e, via de consequência, a supremacia da Carta Política.

Tendo o modelo constitucionalista estabelecido a supremacia constitucional, isto é, a Constituição como lei fundamental, hierarquicamente superior às demais normas, o controle de constitucionalidade far-se-ia por um ente judiciário constitucional. Tal gestão evitaria o uso abusivo do poder.

Este objetivo da primeira geração constitucionalista, contudo, não seria mais o mesmo para o constitucionalismo do século XX. O dilema enfrentado desde o início do século passado era o de saber como o constitucionalismo poderia ser eficiente ao ponto de promover a distribuição da riqueza e a diminuição da miséria no mundo constitucionalista. Os sucessivos avanços na

89 Susanna Pozzolo, «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», *Doxa* 21 (1998) II, 339. A autora apresentou sua tese no Congresso de 1997, em Buenos Aires.

90 Mauro Barberis, «Esiste il neoconstituzionalismo?», *in Analisi e diritto*, 17. <www2.udg.edu>

91 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, 51.

ordem e alcance dos direitos individuais e coletivos no mundo ampliaram novos limites aos objetivos de uma constituição.

Na seara jurídica, o conservadorismo político mantinha-se aliado à metodologia do positivismo jurídico, que interpretava e aplicava o Direito positivado quase que totalmente alheio aos dilemas sociais, econômicos e políticos vividos pela maior parte da população. Neste contexto, a vertente neoconstitucionalista surge em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em Buenos Aires, advogando a conexão necessária entre Direito e moral, a aplicação do Direito pela ponderação, e a diferenciação qualitativa entre regras e princípios.

É de Paolo Comanducci o estudo que sistematiza com rara clareza o *design* metodológico jurídico da interpretação e aplicação constitucional pugnada pelo chamado *neoconstitucionalismo*.[92] Segundo ele, o *neoconstitucionalismo* revelou-se em três frentes: a teórica, a ideológica e a metodológica teórica. Seria *ideológica* porque a garantia de concretização jurídica destes direitos deveria ser o objetivo principal do Direito, merecendo expurgo qualquer norma constitucional que limite ou impeça a realização destes. Seria *metodológica* porque convocaria a Moral, ou as dimensões que se posicionam fora do sistema jurídico, para solucionar as questões jurídicas. Seria *metodológica teórica* porque as regras e os princípios a serem utilizados seriam extraídos dos direitos fundamentais contidos no texto constitucional.

No Brasil, a ilustre figura do jurista e atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso passou, desde os tempos de sua advocacia, a explorar o novo caminho teórico como balizador de suas defesas e, agora, de suas decisões judiciais na Suprema Corte[93].

No pensamento de Barroso, o que estimula a metodologia jurídica do *neoconstitucionalismo* é sua concepção substancial da Constituição, sua perspectiva teórica e sua intencionalidade ideológica. Primeiramente, seria composta pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, pela onipresença em seu texto tanto de princípios como de regras, e por uma peculiaridade de interpretação e aplicação das regras constitucionais.

De mais a mais, o objeto de investigação neoconstitucional vê o texto constitucional sob duas perspectivas: ou é um texto descritivo ou valorativo

---

92 Paolo Comanducci. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *in Isonomia* 16 (abr. 2002). <www.scielo.org.mx>

93 Écio Otto / Susanna Pozzolo, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico,* 3.ª ed., São Paulo: Inovação Distribuidora de Livros. 2013; Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. <www.luisrobertobarroso.com.br>

no sentido axiológico, e não sistêmico (o valor se mostraria na sua função ocupada num sistema). Em segundo lugar, a intencionalidade ideológica não seria mais a limitação estatal frente ao indivíduo, mas a promoção de instrumentos estatais que tutelariam os direitos fundamentais.

A metodologia jurídica do *neoconstitucionalismo*, que se pode depreender da exposição de Comanducci, seria aquela vinculada ao reconhecimento prioritário dos direitos fundamentais no texto constitucional. São valores e, como tais, não estão limitados ao rol exemplificativo fixado na Constituição. Esse seria um primeiro ponto conclusivo. O segundo surge, certamente, do *neoconstitucionalismo metodológico*, que se diz contrário à metodologia do positivismo jurídico, segundo o qual o Direito emerge de fontes sociais e nenhuma conexão deste haveria com a moral, isto é, com fontes fora do sistema normativo positivado. O método *neoconstitucionalista* seguiria um procedimento metaético não cognoscível. Haveria, portanto, uma conexão necessária, identificada e ou justificada, entre o Direito e a moral.

A principal crítica que cerca o *neoconstitucionalismo metodológico* é sua indefinição acerca da natureza da *Moral*, indecifrável que fonte *Moral* ou Ética pretendem relacionar ao Direito. Outro ponto crítico importante é sobre a indefinição de quais critérios se deveriam utilizar para identificar o conteúdo moral ou o padrão moral, bem como a forma de aplicação ao caso concreto. Sobre estes dilemas Comanducci apresenta críticas desafiadoras.

O *neoconstitucionalismo* ou o que se possa denominar como tal, segundo Luís Roberto Barroso, deve ser desenvolvido e aplicado no controle de constitucionalidade brasileiro motivado por dois fatores de ordem estrutural. O primeiro está fundamentado no modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado pela Constituição de 1988. E o segundo, em função do atual sistema de controle de constitucionalidade vigente, que permite o acesso amplo à jurisdição do Supremo Tribunal Federal por meio de ações judiciais constitucionais diversas[94].

As realidades que se passaram a viver no ambiente do controle de constitucionalidade brasileiro, quer este seja difuso ou concentrado, foram a da *judicialização*, em que questões relevantes de ordem política, econômica e social passaram a ser decididas em caráter final pelo Poder Judiciário, e a do *ativismo judicial*, que se consubstanciou numa atitude, numa escolha de um

[94] Luís Roberto Barroso, *A Judicialização da Vida. E o papel do Supremo Tribunal Federal*, Belo Horizonte: Fórum, 2018, 46-47. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva Educação, 1267-1268.

modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance[95].

Em que pesem severas críticas ao *ativismo judicial*, o *neoconstitucionalismo* abraçou a possibilidade do *ativismo judicial* desde que «legitimamente exercido», ou seja, procurando extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos, como princípios ou conceitos jurídicos indeterminados.

Luís Roberto Barroso especifica a dinâmica da metodologia do Direito *neoconstitucionalista* ao dizer que «o constitucionalismo moderno promove […] uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e direito». E mais, «esses valores […] materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente». Tais princípios encravados na Constituição do país, diz ele, «espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins». «Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas.»[96]

Afirma Barroso, em termos mais específicos, que tais princípios servem de guia para o intérprete do Direito e o método seria inicialmente «a identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie»[97]

Para garantir a equivalência de validade dos princípios perante as regras, Barroso afirma: «A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral, e as normas constitucionais em particular, enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.» As regras, por terem relato mais objetivo, seriam aplicadas às situações específicas para as quais regem, enquanto que os princípios, por serem mais abstratos, teriam uma aplicação mais destacada no sistema. Não haveria um critério hierárquico na opção entre as duas categorias, senão apenas de função a que estão destinadas.

Para que a realização do Direito nestes moldes do constitucionalismo moderno ocorra é preciso que a Constituição passe a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos que estejam acima do que está previsto no Direito positivo, em que as ideias de

---

95 Luís Roberto Barroso, *A Judicialização da Vida*, 44-49.

96 Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo*. <www.emerj.jrj.jus.br>

97 Luís Roberto Barroso, *Fundamentos teóricos*. <www.emerj.jrj.jus.br>

justiça e de efetivação dos direitos fundamentais possam desempenhar um papel fundamental. O problema é que numa ordem pluralista há princípios e valores ou fundamentos diversos, até mesmo contrapostos. Para o caso da colisão de princípios a metódica jurídica de realização do Direito neste sentido é a de *ponderação* (Alexy), de aquilatar o maior peso de uns frente aos outros num dado caso concreto.

Os critérios desta *ponderação* foram fornecidos ao *neoconstitucionalismo* pela teoria da argumentação de Robert Alexy, para quem os limites da otimização dos princípios seriam regras que excecionam a aplicação de certo princípio em algum ponto e a existência de outros princípios da mesma estatura e que sejam opostos.

A metodologia jurídica adotada, portanto, leva em consideração, ao mesmo tempo, o sistema jurídico e os valores embutidos no caso concreto. A identificação dos princípios dar-se-ia no curso histórico do desenvolvimento jurídico-cultural, à medida que se fossem incorporando ao acervo de uma nação e da Humanidade como um todo. Tal abertura seria necessária em função da constante tensão existente entre as regras historicamente fixadas e a evolução das relações sociais e dos valores que as disciplinam.

O *neoconstitucionalismo* propõe uma alternativa à realização do Direito, que busca atender às expectativas contrafáticas do mundo pós-guerra mediante a efetivação da justiça, tida como um valor para além do sistema jurídico. Como se sabe, o Direito realiza-se a partir de um método e o neoconstitucionalismo ou o que se entende por isto possui um[98].

Esta alternativa foi apresentada ao mundo por meio de um conjunto de textos constitucionais europeus surgidos após a Segunda Guerra Mundial, com a intenção de facilitar uma ordem jurídica mais atenta à dignidade da pessoa humana. Para tanto, passaram a ir além do estabelecimento de competências, da estruturação dos poderes públicos. Procuraram definir mais claramente direitos individuais e previram as chamadas «normas programáticas», condicionando a atuação do Estado por meio da fixação de finalidades públicas.

Além disto, muitos artigos de tais constituições eram deliberadamente elaborados como cláusulas abertas ou conceitos indeterminados, a permitir, tanto quanto possível, a possibilidade de se construir novos *topoi* hermenêuticos. Os juízes, por sua vez, passaram a considerar em maior medida os

[98] Castanheira Neves, *«O Funcionalismo Jurídico. Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto* actual do sentido da juridicidade», *in* Castanheira Neves, *Digesta*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, Volume 3º, 199-318.

princípios constitucionais como valores encrustados abstratamente no texto constitucional para a aplicação do Direito[99].

A proposta teórica do neoconstitucionalismo, na verdade, não é recente e os seus pés estão firmados já na crítica de Ihering ao formalismo jurídico alemão, em fins do século XIX, passando por Kantorowicz com seu chamado a um Direito Livre. Formalismo este que retornaria com força e em outros moldes por meio do normativismo lógico de Kelsen e, novamente, sofreria forte repulsa por meio do neokantismo jurídico de Stammler, Lask e Radbruch, entre outros.

Críticas à pretensa inovação metódico-jurídica do *neoconstitucionalismo*

Às pretensões e pressuposições dos neoconstitucionalistas levantaram-se várias objeções, iniciando-se pela nomenclatura assumida como uma nova forma de interpretar e aplicar a Constituição, seguindo por uma análise do contexto de seu surgimento, e até dos problemas atinentes a um protagonismo judicial. Mas, como veremos, é Castanheira Neves que, desde antes da emergência desta proposta, é quem melhor estabelece os contornos da fragilidade do neoconstitucionalismo a partir de seus fundamentos teóricos.

Inicialmente, é preciso lembrar com Lenio Streck que o que se entende por *neoconstitucionalismo* nada mais é que uma revisitação aos movimentos das escolas do Direito Livre, da jurisprudência dos interesses e da jurisprudência dos valores, no campo teórico-interpretativo que rejeita o formalismo e lança suas esperanças no protagonismo judicial[100].

Um dos primeiros problemas que se levanta a esta atrativa mensagem de abertura hermenêutica é a da possibilidade de uma crescente corrupção do texto constitucional. Para Lenio Streck, por exemplo, as bandeiras da efetividade e de um rol de valores a nortear as decisões judiciais como pugna o *neoconstitucionalismo* provocam a emergência de condições patológicas[101].

---

99 Miguel Carbonell, *Teoría del Neoconstitucionalismo. El neoconstitucionalismo em su laberinto*. Madrid: Trotta, 2007, 9-11.

100 Lenio Luiz Streck, «Por que a ponderação e a subsunção são inconsistentes», *in Revista Consultor Jurídico*, (abr. 2014). <www.conjur.com.br>

101 Lenio Luiz Streck, «Eis porque abandonei o "neoconstitucionalismo"», in *Revista Consultor Jurídico*, (mar. 2014). <www.conjur.com.br>

Isto é, o *pathos*, à subjetividade da jurisdição se destinaria a exclusiva função de determinar os «verdadeiros valores» que definiriam o que é justo.

O segundo problema, decorrente do protagonismo judicial, e apontado também por Streck, é referente ao paradigma da questão da filosofia da consciência no processo decisório judicial. Em termos mais objetivos, se é que interpretamos adequadamente Streck, os valores pinçados pelo julgador como capazes de solucionar uma questão não existiriam por si só, mas seriam projeções de uma antecipada ou preconceituosa valoração.

Em outro patamar de críticas, Dimitri Dimoulis assinala que os três pontos que melhor identificariam o *neoconstitucionalismo*, segundo Luís Roberto Barroso, na verdade, não são novidade no ambiente metodológico jurídico[102]. Se para Barroso o *reconhecimento da força normativa da Constituição* passou a ocorrer no Judiciário das nações democráticas após a Segunda Guerra Mundial, para Dimoulis, no entanto, a soberania normativa das constituições foi reconhecida desde o século XIX. E isto não se trataria de mera retórica, diz Dimoulis, pois como demonstrou, existem várias situações, como a conhecida decisão no caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte norte-americana, em que isto foi reafirmado historicamente.

Em outro ponto, se para Barroso houve a *expansão da jurisdição constitucional*, com a criação de Cortes Internacionais em vários países europeus para dar a tutela jurisdicional devida aos direitos fundamentais, para Dimoulis, por outro lado, e socorrendo-se da prática jurisdicional norte-americana, sempre houve a aplicação *erga omnes* em razão do sistema dos precedentes vinculantes, com citações frequentes de doutrinadores daquele país às decisões da Suprema Corte.

Para Dimoulis, portanto, não seria novidade a proposta kelseniana de controle concentrado, exaltada por Barroso como parâmetro de inauguração desta expansão. Assim sendo, não se justificaria a alegação de que houve uma ruptura na realização do controle de constitucionalidade, senão uma reafirmação histórica. Como última característica, Barroso assinala que o processo metódico de interpretação e aplicação do Direito privilegiaria os elementos normativos abstratos, como os princípios e as cláusulas gerais, como já vimos anteriormente.

Mas Dimoulis, no mesmo artigo, refuta Barroso, dizendo que as atuais tendências por esta preferência metódico-jurídica, inclusive no Brasil, não

[102] Dimitri Dimoulis, «Anotações sobre o "neoconstitucionalismo"», *in Artigos GV, working papers*, vol. 17, (mar. 2008). <bibliotecadigital.fgv.br>

podem ser consideradas como inauguração de um novo momento, haja vista a prática reiterada dos magistrados pretorianos nas priscas eras da prática formulária do Direito Romano e, mais recentemente, no campo do Direito Constitucional, a insistência pela interpretação aberta e principiológica de Oskar von Bülow, na Alemanha, de François Geny, na França, e de Eugen Erlich, na Áustria.

Ao nosso sentir, a retórica de Dimitri Dimoulis consegue opor-se à proposta *neoconstitucionalista* tão-somente por constatar a ausência de uma novidade teórica, que não faria jus à tamanha propaganda de um suposto novo tempo na interpretação e aplicação do direito constitucional. Ao contrário, como se verá mais à frente, é Castanheira Neves, nas suas profundas lições sobre a Metodologia Jurídica *Jurisprudencialista*, quem melhor consegue identificar as fragilidades dos pressupostos metodológicos jurídicos do neoconstitucionalismo.

Temos, ainda, entre os críticos desta nova proposta de metodologia jurídica da realização do Direito Constitucional, os professores Christian Eduard Cyril Linch e José Vicente Santos de Mendonça, ambos da UERJ, num artigo por ambos publicado em 2017, na *Revista Direito e Práxis*, sob o título: «Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade.»

A proposta dos dois eminentes professores foi a de análise crítica das argumentações contidas nas teorias de base neoconstitucionalista da efetividade no Brasil a partir do ponto de vista histórico. Para eles, o atual ministro Luís Roberto Barroso não é, efetivamente, um representante do neoconstitucionalismo, senão o «defensor de uma doutrina brasileira da efetividade», que teve vários momentos de afirmação. O fundamento que sustenta estas várias instâncias teóricas em território brasileiro foram inicialmente, segundo eles, a *Força Normativa da Constituição*, de Konrad Hesse, em 1959, e *A Essência da Constituição*, de Ferdinand Lassalle, em conferência, no século XIX. Depois, em solo pátrio, as obras de Raimundo Faoro, a começar pelo *Os Donos do Poder*, de 1974.

A argumentação fundante de Hesse iniciou-se na sua visão crítica da efetividade do texto constitucional alemão, que, segundo ele, estaria maculada pelos fins políticos, os «fatores reais de poder», como historicismo hegemônico na hermenêutica constitucional alemã. Para tanto, contrapôs com uma engenhosa tese, a da «força normativa da constituição», que não passava de uma ficção necessária para o constitucionalista aplicador do Direito, de que o Direito dominaria a vida do Estado.

Neste mesmo sentido imaginário, os autores afirmam que Faoro não tinha a intenção de analisar nem de sugerir um método jurídico de efetividade, mas suas análises históricas, marcadamente entre 1922 e 1970, no Brasil, focalizaram duas tradições antagonistas no quadro ideológico político, o que, em última análise no campo jurídico, justificaria, num certo sentido, a forma metodológico-jurídica da efetividade da Constituição brasileira.

Termina o estudo com uma crítica em três estágios sobre as alegações dos neoconstitucionalistas da inefetividade da Constituição no Brasil. Primeiramente, os argumentos de que tenha havido uma tradição da inefetividade no constitucionalismo brasileiro não se sustentam. Também não se sustentam as teses de que as ordens constitucionais anteriores à de 1988 tenham se mostrado inefetivas. E, por fim, a tese da chamada «insinceridade normativa» das elites no cumprimento das promessas constitucionais não se mostra empiricamente comprovável.

De qualquer modo, neste momento, o que a história da efetividade das constituições brasileiras nos tem a dizer é que a *finalidade* da *efetividade* não pode dominar o caminho da realização do Direito. É sair de um domínio dogmático normativístico para outro, sob viés sociológico.

Desvelando a fragilidade do *neoconstitucionalismo* pela ótica jurisprudencialista de Castanheira Neves

Há um contexto, por certo, em que surge o *neoconstitucionalismo*, o da reconstrução jurídica pós-guerra, cujos esforços pós-positivistas alimentaram o movimento que passou a invocar a ética na interpretação e aplicação do Direito. Na maioria das vezes, estima-se que o momento para um novo paradigma sempre emerge de uma crise[103]. Neste caso, uma crise teórica do

[103] Thomas S. Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas,* 6.ª ed., trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 2001, 95. «A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas e técnicas da ciência normal. Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras.» Apesar das críticas que Kuhn recebeu, por exemplo, de S. Fuller, *Thomas Kuhn: a philosophical history for our time*, Chicago: The University of Chicago Press, 2000, B. Larvor, «Why did Kuhn's SSR cause a fuss?», in *Studies in the History and Philosophy of Science* 34, 2 (2003) 369-390, a noção de «paradigma» parece ter sido amplamente aceite, por conter o ato do consenso científico sobre determinado padrão em um certo momento.

Direito, que não foi capaz de acolher e dar forma à aspiração do valor justiça[104]. O cenário de quebra de paradigmas por onde veio à tona o *neoconstitucionalismo* foi também o mesmo para os vários campos da ciência. As tentativas de superação do formalismo ocorreram em muitas direções, mas também nas Ciências Sociais, na Filosofia e no Direito, chegando com força ao século XX com o esforço de ultrapassagem, na esfera jurídica, da tensão jusnaturalismo-positivismo[105].

Com o mundo político, social e econômico em forçada transformação após o drama incomensurável das duas grandes guerras mundiais e os problemas sociais, econômicos e geopolíticos, que se sucederam a estes dois trágicos eventos, tornou-se imperiosa a mudança na metodologia adotada para a realização do Direito até então praticada porque o mundo necessitava de outra ordem racional, vez que a que vigia até aquele momento conduzira àquele estado vil e brutal, desmerecendo o valor da pessoa humana.

Como parte de uma racionalidade que gerencia e interpreta o mundo das relações humanas incumbia também à jurídica, especificamente a decisória judicial, porque soluciona problemas jurídicos concretos, refletir criticamente sobre sua metodologia. Não havia mais espaço a *normativismos* dependentes de dogmatismos isolados na contemplação interpretativa de um platonismo de regras, aplicado de forma direta a proposição jurídica ao caso *sub judice*. A pretensa previsibilidade e segurança jurídicas deveriam dar espaço também para uma realização do direito que se valesse do imponderável, de um processo dialético mais consentâneo com, pelo menos, duas realidades jurídicas, o *sistema* e o *problema*. A questão é que se passou a optar por teleologismos de cariz sociológicos e, depois, tecnológico-sociais, políticos e sistêmicos.

Conquanto um novo rumo metodológico-jurídico fosse urgente, as soluções pós-positivistas não poderiam descambar para outra margem já explorada, revisitando os ambientes jusnaturalistas superados, como o grego, o romano-eclesiástico, e o racionalista iluminista. Nem mesmo poderia ceder à atração quase irresistível da perspectiva crítico-marxista, com sua metodologia sociológico-econômica, de base materialista histórica de Marx somada ao materialismo dialético de Engels, na frustrada tentativa de Paschukanis. E ainda se veria mais distante da metodologia jurídica socialista de Wyschinsky,

---

104 Eric Hobsbawn, *Era dos Extremos. O breve século XX. 1914-1991,* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

105 Castanheira Neves, «A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação», *in STVDIA IVRIDICA* 72, Coimbra: Coimbra Editora, 16-22.

que postulou forçada interpretação e aplicação do direito para atender ao «idealismo soviético» do que chamou de «vontade dominante».

Encontrou-se, portanto, um caminho, negando o estritamente jurídico por um teleológico, finalístico, a começar em Philipe Heck, com inspiração de Ihering, na esteira do *movimento do direito livre*, «substituindo o primado da lógica pelo primado da investigação da vida»[106], sem que, contudo, abandonasse totalmente o tradicional esquema hermenêutico. A opção pela interpretação teleológica encampava, ainda encampa, «um pensamento jurídico-causal, em que o teleológico tende a confundir-se com a determinação sociológica, radicalizando-se num funcional pragmatismo sociológico através do entendimento do direito já como uma *social engineering*, como uma tecnologia político-social em que o critério decisivo são os efeitos»[107]. Nesse mesmo rumo de um projeto metodológico jurídico alternativo não nos esqueçamos de que no palco dessas ideias também se apresentou o *realismo jurídico*, o norte-americano e o escandinavo. Àquela altura dos acontecimentos mundiais parece que se perdera a crença no direito e em seu papel efetivo de garantir direitos. O *realismo jurídico* negava todo fundamento absoluto ao idealismo do direito e pleiteava um direito efetivamente existente, conformado aos fatos sociais e históricos que lhe deram origem.

Mas daí estabeleceu-se uma nova tensão, qual seja, a de um radical teleologismo que sacrifica por inteiro a dimensão dogmática da juridicidade, exigida pela intenção de unidade do sistema jurídico, como de ordem e de segurança normativas, e na outra ponta, em sentido diverso, a de um radical dogmatismo que insiste em sacrificar as exigências teleologicamente materiais da justiça. Os esforços por novos caminhos se fez sentir com tendências teóricas no sentido de garantir a justeza problemático-concreta das soluções jurídicas, como a postulada por Theodor Viehweg, com sua *Tópica e Jurisprudência* e por Caïm Perelman, com sua *nova retórica*, e mais perto de nosso momento de transição do século vinte para o vinte e um, o *integralismo jurídico* de Ronald Dworkin e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Justamente dois dos mais festejados teóricos do *neoconstitucionalismo*.

O problema à essa altura da evolução metodológico-jurídica, como adverte Castanheira Neves, é que as exigências do sistema e dos pressupostos fundamentos dogmáticos parecem tender para a auto-suficiência, a implicar

106 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 122.

107 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 122.

também a auto-subsistência de uma hermenêutica unicamente explicitante.[108] O que não se pode perder de vista, segundo ele, é que a metodologia jurídica desses novos tempos exige sempre a abertura para uma composição de vários parâmetros, entre esses, a intencionalidade materialmente normativa orientada pelas mediações dogmáticas e a problemática, sendo que juntos se sujeitem sempre ao cadinho da purificação, submetidos a problematizações e reconstituições pela experimentação concretizadora. Nesse processo mental da jurisdição não deverão faltar à racionalidade aquilo que Castanheira Neves chamou de «as duas grandes coordenadas da racionalidade jurídica, o *sistema* e o *problema*.»

Na sua análise sobre a metodologia jurídica, e mais especificamente sobre a realização do Direito, a função judicial e a identidade da decisão judicial, todas estas ligadas umbilicalmente ao tema geral da metodologia jurídica, Castanheira Neves afirma que a razão decisória judicial é do tipo *prático*, isto é, aquela que soluciona *problemas jurídicos*, que dá efetividade para que as expetativas contrafáticas se satisfaçam. No entanto, a questão primordial para ele é *como* ocorre a realização do Direito, quais os instrumentos teóricos de uma racionalidade jurídica, quais os critérios interpretativos que impedem o retorno a uma hermenêutica formalista, do tipo juspositivista, mas que não desborde para um teleologismo sociológico, que se esquiva radicalmente de qualquer substância.

Para Castanheira Neves, o método é a referência nuclear e a determinação decisiva da inteligibilidade no contexto cultural do século XX e, talvez também, do século XXI em que estamos.[109] Neste cenário, ainda segundo o Mestre, o fenômeno apresentou-se pela substituição da clássica e tradicional intenção material – o substancialismo e o cognitivismo material — pela intenção procedimental — o subjetivismo e o relativismo metodológicos.[110] Em termos gerais, e não somente em relação ao Direito, mas também ao pensamento teorético, à ciência mais especificamente, a significação dos seres passou a ser determinada pela função; ou, nos termos de Castanheira Neves, «o *quid* é função do *quidmodo*, se *o que* provém do *como* ou se o conteúdo é um constituído da *forma*»[111].

---

[108] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 123.

[109] Castanheira Neves, «O sentido actual da metodologia jurídica», *Digesta*, vol. 3, 2008, 382.

[110] Castanheira Neves, «O sentido actual», 384-386.

[111] Castanheira Neves, «O sentido actual», 386.

Com observação semelhante, sob o ponto de vista estritamente filosófico-epistemológico, Horkheïmer apresentou, lá pelos idos anos trinta do século passado, na sua tomada de posse como diretor do Instituto de Pesquisas Sociais (Escola de Frankfurt), o que chamou de «razão instrumental». «Tendo cedido em sua autonomia, a razão tornou-se um instrumento. No aspecto formalista da razão subjetiva, sublinhado pelo Positivismo, enfatiza-se a sua não referência a um conteúdo objetivo; em seu aspecto instrumental, sublinhado pelo pragmatismo, enfatiza-se a sua submissão a conteúdos heterônomos.»[112] Nessa leva caudalosa de instrumentalidade racional a metodologia jurídica embarcou e tomou novas formas, como a do *neoconstitucionalismo*.

Não menos problemática é a questão da interpretação e aplicação do Direito posto no ordenamento jurídico e fundamentado nos muitos princípios que o envolvem. Não se está apenas a considerar a mera aplicação de normas pressupostas porque hoje, como se sabe, tal realização é um momento de verdadeira *criação* ou mesmo de *constituição* do Direito posto e imposto pelo Estado, evidenciadas no crescente protagonismo do direito jurisprudencial, tão convocado como hoje está no contexto decisório, inclusive, da jurisdição brasileira[113].

Desde meados do século XX que tal realidade jurisprudencial se vem entrincheirando no tradicional normativismo jurídico, naquela sua perspectiva funcional de que quem cria o Direito é o legislador e quem o aplica é o juiz. Ao mesmo tempo, coloca em evidência a crescente mata cerrada das legislações, por sua abundância e complexidade, igualmente com seus variados direitos e menos deveres, registradas na chamada Constituição (brasileira) cidadã, porém, multitarefas, de 1988.

Stricto sensu, por outro lado, o problema metodológico jurídico da atualidade não está apenas com o julgador porque ao legislador também se reserva a função de um *constituendo*, haja vista que em toda formulação de preceitos normativos tem-se um *a priori* cognoscível de situações hipotéticas extraídos de uma frequência de situações realizadas no mundo concreto do universo prático das relações humanas.

Como asseverou Castanheira Neves ao analisar o problema metodológico-jurídico do século XX[114], «a metodologia jurídica (como qualquer outra

112 Max Horkheimer, *Eclipse da Razão*, São Paulo: Centauro, 2002, 29.

113 Que o diga o Superior Tribunal de Justiça brasileiro — STJ —, identificado agora como Corte de Precedentes, e última instância do Judiciário brasileiro, competente para preservar a unidade do *direito federal ordinário*, em causas julgadas pelos tribunais federais comuns e tribunais estaduais. Artigos 937 e 1036, § 1º, do novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei n.º 13 105, de 16 de março de 2015.

114 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais,* 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 23.

metodologia) refere-se a um metaproblema» que, no caso, é o da solução de problemas jurídicos concretos. Tal problemática, como lembrou bem nosso homenageado, «exige, para que emirja como tal, uma certa situação de *crise*: quando surgem as aporias»[115].

Em termos globais, a crise jurídica surgiu perante a ruína do sistematismo dogmático-conceitual do normativismo moderno, reavivado pelas elucubrações preferentes do Direito estático e nem tanto do dinâmico feito pelo normativismo lógico de Hans Kelsen, na sua primeira fase. E o próprio Kelsen teria de rever, como o fez quase no final da sua vida[116], analisando de forma mais estreita a relação imprescindível entre o estático e o dinâmico. Mesmo assim, no capítulo VIII da sua Teoria Pura, haveria de tentar sustentar seu projeto inicial com a diferença metodológica da interpretação normativa entre a hermenêutica do jurista ou cientista jurídico e a do juiz[117].

O que se concluiu durante o século XX com respeito ao *stress* do normativismo jurídico foi o inescapável reconhecimento de que «o direito não o é antes da sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade», como disse Castanheira Neves. E reconheceu-se também que «o direito realizando não o temos todo, nem intencionalmente, nem extensivamente, na normatividade prévia e dogmático-prescritivamente positivada», além do que, «a realização do direito não se esgota na simples aplicação das prévias e positivas normas jurídicas»[118].

A terceira via, com sua proposta de superação, trouxe para o ambiente jurídico não somente o valor "dignidade da pessoa humana". Consigo veio à reboque uma tendência inescrupulosa de manipulação externa, tal qual um controle heterônomo, por fora do sistema jurídico, sobre a racionalidade do julgador, e é o que constituiria, segundo Castanheira Neves, o problema metodológico-jurídico do século XX, isto é, a *funcionalização do Direito*.

O *neoconstitucionalismo* deu as mãos para o *funcionalismo jurídico* sem, talvez, o perceber. A convocação da ética no processo racional da decisão judicial, o reconhecimento da normatividade dos princípios, que consagram determinados valores ou fins públicos, a definição de cláusulas abertas, como dignidade da pessoa humana, e a abertura por uma maior discricionariedade

---

115 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica.* 1993, 23.

116 Hans Kelsen, *Teoria Geral das Normas,* Porto Alegre: Fabris, 1986.

117 «Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.» Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. 6.ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1999, 388.

118 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 25-26.

ao julgador permitem, da forma como está, numa funcionalização, atendendo a fins, muitas vezes não jurídicos.

Mas para que tenhamos uma visão mais acertada desse conluio entre o *neoconstitucionalismo* e o *funcionalismo* jurídico será preciso especificar que percurso metódico nos está a oferecer. Compactuaria este com as tendências funcionalistas jurídicas? Imporia também ao Direito a compreensão externa, fundada em elementos estranhos ao sistema jurídico?

O *neoconstitucionalismo* e sua relação com o *funcionalismo jurídico*

Conquanto o *neoconstitucionalismo* se reporte a tais contextos, é certo, contudo, que a sua especial atenção está dirigida à realização do Direito Constitucional, partindo da aproximação do Direito à Ética, num apelo sempre constante aos princípios que informam as normas constitucionais. Rejeita com veemência qualquer aproximação à metodologia do positivismo jurídico. Mas como questiona Lenio Luiz Streck, contra qual positivismo jurídico o *neoconstitucionalismo* se dirige?[119]

O erro cometido por esta mais recente tentativa de superação do dilema jusnaturalismo e positivismo jurídico é que, como ensina Castanheira Neves, se preocupa com o contexto da investigação, ignorando o problema e o contexto da fundamentação, substituindo a fundamentação normativa pela atraente explicação empírica.[120] Em outras palavras, o julgador permite que a sua racionalidade tenha pressupostos e métodos externos e não internos ao seu sistema[121].

Assim, na compreensão de Luís Roberto Barroso, «a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo», mas a resposta judicial viria «dos fatos relevantes, analisados topicamente»[122]. O juiz, neste caso, participaria como criador do Direito juntamente

---

119 Lênio Luiz Streck, « Eis porque abandonei o 'neoconstitucionalismo'» <conjur.com.br>

120 Ao *realismo jurídico* dirigiu Castanheira Neves essa análise, mas julgamos que do *neoconstitucionalismo* também pode ser aplicado.

121 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica,* 53.

122 Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo.* <www.luisrobertobarroso.com.br>

com o legislador, fazendo valorações de sentido para as cláusulas abertas e escolhendo soluções possíveis.

Ao tentar evitar o positivismo hermenêutico, centrado exclusivamente na norma e esquecido do relevo problematicamente autônomo do caso (Castanheira Neves), o *neoconstitucionalismo* pressupõe que a decisão judicial se orientará apenas pela perspectiva problemática do caso que a norma é interrogada. Aqui temos, sem sombra de dúvida, a convocação de todo o pensamento tópico-argumentativo centrado no problema concreto, exigindo a recuperação da razão prática para o pensamento jurídico, atraindo novamente a ética para o Direito.

Por ser uma expressão de teorias mais modernas como a da integridade de Dworkin e da argumentação jurídica de Alexy, insiste em condicionar o problema metodológico ao campo hermenêutico[123]. Realização do Direito não está circunscrita tão-somente ao exercício hermenêutico, como asseverou Castanheira Neves. «Uma "boa" interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutico-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma, é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto.»[124]

Sendo o *neoconstitucionalismo*, portanto, como verdadeiramente é, uma replicação das teleologias do *movimento do Direito Livre* e da *jurisprudência dos interesses*, no mínimo, é de se pensar, com Castanheira Neves, que tais tendências não abandonam por completo o pensamento hermenêutico tradicional do positivismo jurídico, fincada na pretensa autonomia do texto jurídico[125]. Citando Philip Heck, Castanheira Neves assevera que o tradicional esquema hermenêutico normativista continua a ser preservado na *Escola do Movimento do Direito Livre*, pois considera nas próprias normas legais o preceito prescritivo enquanto tal — *Gebotseite* — como o seu conteúdo prático-normativo e teleologicamente relevante — *Interessenseite*.

Esta como aquelas atraem o operador do Direito contemporâneo desavisado pela aparente possibilidade de superação do objetivismo pelo subjetivismo. E o que não se percebe, assevera Castanheira Neves sobre Philip Heck, é que se está verdadeiramente na viragem da interpretação dogmática para a interpretação teleológica, aquela que dá prioridade aos *fins*.

Castanheira Neves esclarece que este sentido prático-teleológico suscita um pensamento jurídico-causal, confundindo o teleológico com o sociológico,

---

123 Castanheira Neves, «Dworkin e a Interpretação Jurídica — ou a Interpretação Jurídica, a Hermenêutica e a Narratividade», *in Digesta*, vol. 3, 413-495.

124 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 84.

125 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 121.

radicalizando-se num funcional pragmatismo sociológico, do mesmo tipo de racionalidade da *social engineering* de Roscoe Pound, cuja racionalidade tecnológico-social tem por critério decisivo os *efeitos*. E neste mesmo sentido está a opção pragmático-econômica da *Law and Economics*, hoje mais conhecida por *Economic Analysis of Law*, cujo critério é a da *eficiência econômica*, isto é, uma teleologia econômica. Ora, a realização do Direito nestes moldes estaria atrelada a um dogmático programa condicional em que as decisões jurídicas se desonerariam apenas por meio do atendimento de tais efeitos, diz Castanheira Neves.

Ora, tal opção pela finalidade alienígena do escopo jurídico, seja econômica, seja pragmático-social, seja política, ou mesmo sistêmica, *afasta* a percepção jurídica do caso concreto, substituindo-lhe por outro não jurídico. Tal opção, portanto, não garante uma solução essencialmente jurídica, mas uma solução cujo sentido é dado pelos *fins* a que se pretende alcançar.

Para que se possa perceber os *fins* a que se destina o esforço da corrente *neoconstitucionalista*, parece que a sua metodologia se restringe ao objetivo de concretizar a normatividade da Constituição, tirando-a do seu caráter meramente político, segundo o modelo que vigorou na Europa até o século XIX e destinando-a à aplicabilidade direta e imediata. Para fazer do Judiciário o poder com o papel relevante na realização material da Constituição, a nova metodologia constitucional deveria solucionar a colisão de princípios constitucionais e os possíveis casos difíceis (*hard cases*), que seriam aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável.

Fica explicado os motivos que fizeram com que o *neoconstitucionalismo* tenha adotado como fundamento metodológico tendências teóricas variadas sob a cobertura ampla do movimento pós-positivista.

O Direito tratado *como funcionalista* materializa-se no momento em que é convocado «para certas funções que se pretende que ele realize» e não quando «lhe reconhecem funções ou se quer vê-lo a cumprir a sua "função"».[126] O *neoconstitucionalismo* convocou o Direito Constitucional a realizar uma função de reconhecimento específico dos direitos fundamentais. Isto é uma tentativa de redução do que o Direito Constitucional realmente é. Tal especificidade aponta para a utilização do Direito apenas como *instrumento* destinado a cumprir um objetivo, aparentemente constitucional, *moral*, mas que, na verdade, o engessa em critérios que devem ser considerados de forma mais ampla.

Em conclusão, o *neoconstitucionalismo* tem como alvo, num primeiro momento, a superação da concepção metodológico-jurídica do positivismo

[126] Castanheira Neves, *«O funcionalismo jurídico»*, 219.

jurídico no ambiente constitucional, e num segundo momento, na convocação da ética para a interpretação dos problemas jurídicos constitucionais, sobretudo aqueles em que houver colisão de princípios e *hard cases*.

A proposta de Castanheira Neves

Até aqui procuramos esboçar os contornos metodológicos jurídicos do *neoconstitucionalismo* e das críticas que vem sendo alvo. Estimamos que deva ter ficado claro que, quanto ao método jurídico por este empregado, o *neoconstitucionalismo* defende uma relação necessária entre *Direito* e *moral* ou entre *Direito* e ética (Barroso). A *moral* aqui é entendida como um rol de *valores* que está inscrito no texto constitucional e que se revela por meio dos *princípios*, os quais devem nortear a interpretação e a aplicação do Direito ao caso concreto.

Vimos ainda que esta invocação da *moral* é remansosa desde a *jurisprudência dos interesses* entre outras correntes teóricas do século XIX. Também fizemos ver que se trata de um problema hermenêutico; que, ao procurar superar a interpretação jurídica do positivismo jurídico, este problema precipita-se no finalismo de várias tendências pós-positivistas; e que, não importando quais sejam as tendências, para Castanheira Neves, a partir de sua noção de um *funcionalismo jurídico*, esvazia-se o sentido e promove-se a insubsistência de sua autonomia.

A partir deste ponto, ficará em evidência a metodologia jurídica do *jurisprudencialismo* e a direcionaremos num confronto direto com os fundamentos metodológicos do *neoconstitucionalismo*. Inicialmente, é preciso saber o *a priori* metodológico, ou a que racionalidade a metodologia jurídica está fundada.

Concordando que as racionalidades tanto puramente lógica como teorética foram insuficientes para determinar que tipo de racionalidade seria a jurídica, assim como a finalístico-tecnológica, chegamos, com Castanheira Neves, à conclusão de que a racionalidade jurídica é a da espécie *racionalidade prática*[127]. Isto é, aquela posição que compreende o Direito como *validade* (axiológico-normativa) de realização problemática e em que o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos numa atitude *prático-jurisprudencial*[128].

[127] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica,* 71.

[128] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica,* 71.

A índole de tal racionalidade prática não poderia ser somente mais aquela de fundamento material, uma vez que a decisão judicial solicita ampla autonomia constitutiva da mediação problemático-decisória, tanto em relação aos critérios como às possibilidades judicativas, constatando-se, portanto, que a decisão jurídica é sempre o resultado de uma opção. Tal conclusão, por mais atraente que pareça, não nos levaria a uma contradição?

Esta *opção*, que também encontramos no *constitucionalismo*, e é uma continuidade ou pelo menos caminham de mãos dadas com as alternativas de realização do Direito fundamentadas na percepção de uma dependência estritamente decisória, tais como a *tópica-retórica* de Viehweg, ou ainda a perspectiva *argumentativa*, seja a de Perelman ou mesmo a discursiva, da teoria do discurso prático, em especial de Habermas, ou da filosofia linguística de sentido pragmático de Wittgestein, todas elas, como nos ensina Castanheira Neves, «acabam por convergir […] não apenas no *consensus* que ambas intencionalmente visam, como último critério de validade, mas ainda na circunstância de a tópica implicar uma argumentação no actuar da sua dialéctica e a argumentação uma tópica na procura dos seus argumentos»[129].

Tal tipo de racionalidade, como também a racionalidade jurídica por meio dela, se caracterizaria por ser fundamentalmente processual ou procedimental, como resultado de um determinado proceder do discurso racional, e o decidir jurídico por sua vez, diz Castanheira Neves, pressupõe e encontra fundamento numa *a priori* validade normativamente vinculante, por meio da qual o denominado *consensus* encontra sentido e critério à própria comunicação juridicamente participativa.

Se nos é inescapável considerar uma validade normativa pressupondo-a vinculante e materialmente referida no ato decisório judicial, seria, talvez, a racionalidade hermenêutica aquela que poderia resolver o impasse, como a que Dworkin propôs?

Também este tipo de racionalidade, diz Castanheira Neves, não retrata adequadamente o método empregado pela racionalidade decisória[130].

Segundo Dworkin, a colocação de um novo fundamento da juridicidade deveria pautar-se pela observância do *ideal de integridade*, isto é, interpretação e aplicação do Direito segundo *princípios* e não um modelo de regras como no normativismo e nem mesmo segundo a «*rule of recognition*» de Hart. Antes, como já dito, por meio de um *sistema de princípios*, a exigir neste processo a

129 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 72.

130 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 76.

capacidade de um *juiz Hércules* e cuja validade normativo-jurídica dependeria de sua inserção consistente e coerente no sistema normativo do Direito.

Como já dissemos, e concordamos plenamente com o nosso Mestre, que mesmo assim ainda não estamos perante a decisiva caracterização da racionalidade jurídica, porque Dworkin e todos aqueles que o invocam metodologicamente na realização do Direito neoconstitucionalista se referem mais aos fundamentos a invocar pela razão jurídica do que propriamente a definem.

De forma mais específica, as razões para esta recusa são-nos dadas por Castanheira Neves com os seguintes argumentos. O pensamento jurídico-decisório do juiz não seria simplesmente significativo-compreensivo porque é, antes de tudo, *praxístico-decisório*, isto é, prático. É menos uma compreensão correta e mais um justo decidir, baseado numa validade-justiça.

Além disto, a compreensão dos fundamentos ou dos critérios objetivados numa pressuposição normativa não bastam para decidir sob a perspectiva jurisdicional, haja vista a própria *mediação judicativa* e sua específica dimensão problemática e particular autonomia constitutiva. Há ainda uma intencionalidade normativa da decisão judicativa com que tem de lidar o modo meramente hermenêutico de solução de conflitos jurídicos. E, por fim, nos ensina Castanheira Neves, o que fundamentalmente está em causa não é simplesmente conhecer o sentido de uma significação cultural numa concreta situação de compreensão e em referência a esta, mas de justeza decisória, *o que não pode ser somente um ato hermenêutico, como na interpretação da cadeia de fatos em um romance.*

Noutro sentido, não há por parte de Castanheira Neves qualquer recusa ou negação do contributo hermenêutico, mas que no universo da racionalidade decisório judicial o que importa é obter das leis ou normas um critério prático normativo adequado de decisão nos casos concretos, uma perspectiva prático-normativa que utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto. Para ser mais exato com o pensamento do Mestre, a simples utilização da hermenêutica não é suficiente para produzir soluções jurídicas, mas a interpretação que suscita um problema normativo[131].

E Castanheira Neves justifica esta sutil e particular utilização da hermenêutica no campo jurídico ao dizer que não se está, com isto, a desprezar os contributos de toda a evolução dos estudos hermenêuticos, mas que em nenhum destes momentos evolutivos informa sobre a índole e a intencionalidade específicas da metodológica interpretação jurídica e nem esta dimensão define os critérios de validade ou justeza dessa mesma interpretação.

[131] Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica,* 84. Castanheira Neves, «O sentido actual», 399.

Vencido o dilema de que a racionalidade jurídica é tanto material como procedimental, e não apenas hermenêutica, mas também praxística e concretamente decisória, não nos remeteria agora a *praxis decisória* no campo do finalismo? Também Castanheira Neves esclarece que não. «A decisão concreta não pode aceitar-se agora tão-só como *meio técnico* para lograr quaisquer fins pretendidos.»[132] Este finalismo que, desde Ihering, e porque não com Bentham também, busca impor sua teleologia, teria de demonstrar um conteúdo e não apenas um fim. Não é por acaso, portanto, que vivemos no modismo dos fins, de funcionalismos que reputam ser justos, mas que na verdade vendem tão-somente resultados sem valores.

O que tentamos até agora demonstrar nestas poucas linhas é que os fundamentos interpretativos e aplicativos do Direito em moldes neoconstitucionalistas já foram antecipados e criticados em profundidade por Castanheira Neves que, mesmo não se tendo referido a eles expressamente, em razão da emergência recente destas ideias, tratou do *tema* a partir dos seus referenciais teóricos mais proeminentes.

Ultrapassados estes esclarecimentos que julgamos necessário à boa compreensão do problema desta pesquisa, procuraremos agora confrontar a metodologia *neoconstitucionalista* com a metodologia jurídica do *jurisprudencialismo*.

Primeiramente, resumiremos o confronto e, depois, adentraremos nas especificidades da metodologia jurídica do *jurisprudencialismo*.

A decisão judicial que soluciona casos jurídicos concretos no âmbito constitucional para o *jurisprudencialismo* utiliza-se da mesma racionalidade jurídica e dos mesmos instrumentos para os casos que demandam análise a partir das leis infraconstitucionais. Isto significa que não há no *jurisprudencialismo* um método jurídico específico para questões constitucionais. Esta característica já corrobora no sentido de se concluir que se trata de um verdadeiro caminho metodológico com a robustez para suportar casos constitucionais e infraconstitucionais.

Além disto, para o *jurisprudencialismo*, a análise do caso *sub judice* pressupõe muito mais que simplesmente identificar um valor *moral* implícito no texto constitucional para que este seja aplicado àquele caso. Embora a Constituição de um país seja o ápice do sistema normativo, o *jurisprudencialismo*, para os fins metodológicos jurídicos de realização do Direito, a considera como parte da formalização de um *sistema normativo*. Este é muito mais que o conteúdo do texto constitucional. O *sistema normativo* tem como parâmetro o *diálogo jurídico permanente* entre *princípios, normas, jurisprudência* e a *dogmática*. Isto

132 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 77.

tudo traz *unidade de totalização normativa* porque os denominados *valores* a que se reporta o *neoconstitucionalismo* têm de ser identificados pelo diálogo jurídico, conforme a perspectiva *jurisprudencialista*.

O *sistema* é, portanto, uma *unidade de totalização normativa* que se sustenta por meio de quatro elementos que são: *os princípios*, sejam positivados ou não, ou até mesmo aqueles que estejam fora do sistema normativo positivo; *as normas jurídicas*, originadas dos processos da *legitimidade* e da *autoridade político-jurídicas*; o terceiro elemento é a *jurisprudência*, como expressão de certa objetivação e estabilização originárias de uma sedimentada experimentação na realização problemático-concreta do Direito, sempre na busca por um caminho mais justo de solução dos casos concretos; e o quarto elemento é a *dogmática* ou *doutrina jurídica*, sustentada numa racionalidade fundamentada, supondo ele que, apesar da ausência de uma legitimação como as demais anteriores, a sua base são sempre as normas e a jurisprudência, o que lhe garantiria um espaço no universo do diálogo jurídico.[133]

Como se pode perceber desde já, o *jurisprudencialismo* considera o *valor moral* implícito no *sistema* e não somente no texto constitucional, justamente porque é neste que há maiores possibilidades da sua identificação em razão do *diálogo jurídico*. A *jurisprudência* e a *dogmática* são os fóruns constantes de depuração do *valor moral jurídico* a ser aplicado. Temos aqui maior critério na definição deste *valor moral* do que simplesmente eleger um valor de forma discricionária, como diria Dworkin, e apenas a partir do texto constitucional, como faz o *neoconstitucionalismo*. Isto, aparentemente, eliminaria boa parte da crítica de Paolo Comanducci à pretensa relação entre Direito e Moral, segundo a qual o *valor moral* é um critério ambíguo na metodologia jurídica do *neoconstitucionalismo*[134].

Na compreensão *jurisprudencialista*, não é apenas o *sistema* que define este *valor*. Também é o *problema* por meio de uma relação *dialética* entre este

---

[133] «O sistema deixa de referir-se directa e exclusivamente às normas jurídicas, para se reportar antes às opções axiológicas, aos postulados normativos, e princípios jurídicos constituintes do sistema como seus fundamentos. Opções, postulados e princípios, perante os quais as normas não serão mais do que suas expressões objectivamente particulares e em função dos quais estas, assim como todas as outras manifestações da realização do direito (juízos, decisões e actos concretos), se hão-de mostrar jurídico-normativamente fundadas, directa ou indirectamente. Pelo que também a sua unidade o é de uma intencionalidade normativo-material — não já unidade de identidade (lógica) ou unidade de redução (formal ou sistémica) — em que os valores, princípios e critérios normativos, não sendo embora um só ou redutíveis a um só, se conjugam numa relação de compatibilidade de realização concreta, ou encontram nesta realização uma qualquer compossibilidade.» Castanheira Neves, *Teoria do Direito (ou Apontamentos de Teoria do Direito). Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, 88-89. Trata-se de uma «sebenta», nome dado a transcrições de aulas feitas por alunos ou assistentes do Doutor Castanheira Neves, hábito secular numa universidade medieval.

[134] Paolo Comanducci, «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía* 16 (2002) 106-112.

e o *sistema*. A racionalidade jurídica empregada pelo jurisprudencialismo possui dois pilares de sustentação em duas dimensões capitais — o *sistema* e o *problema*, operando-se por meio de uma particular dialética que dinamiza e integra essas dimensões estruturais. São, como Castanheira Neves as chama, de «as duas grandes coordenadas da racionalidade jurídica»[135]. A racionalidade jurídica deve levar em consideração estes dois aspectos da dinâmica racional jurídica por meio de um exercício *dialético* entre uma e outra.

O *problema* é a intencionalidade problematicamente jurídica a exigir uma solução jurídica com base em juízos decisórios que invocarão a normatividade do sistema, isto é, todos os quatro elementos da *unidade de totalização normativa*, os *princípios*, as *normas jurídicas*, a *jurisprudência* e a *doutrina*, estes já mencionados acima. Problema é uma pergunta que ainda não encontrou resposta. Ou, como disse Castanheira Neves: «Uma experiência aporética que não foi ainda absorvida por uma intencionalidade dogmática acabadamente fundamentante.»[136] Por isso, os casos submetidos à prestação jurisdicional serão sempre novos, porque os problemas são sempre únicos.

O que o *jurisprudencialismo* propõe como método na realização do Direito vai muito mais além de simplesmente identificar um valor moral intrínseco como princípio nas regras constitucionais ou mesmo nas infraconstitucionais. Trata-se de uma ampla visão sobre as variantes existentes no mundo jurídico prático, que são o *sistema* e o *problema*. Isto significa que não se pode delegar apenas ao texto constitucional o poder definidor do registro de um valor estabelecido democraticamente pela sociedade no processo constituinte. O Direito é sempre um *constituendo*, como afirmou Castanheira Neves. É um processo vivo de delimitação de valores que se estabelece na história. O magistrado precisa de conhecer este conjunto histórico de estabelecimento de valores de justiça.

As exigências do *sistema* e os *pressupostos fundamentos dogmáticos* devem estar sempre abertos a uma intencionalidade materialmente normativa, o que significa que não são autossuficientes, pelo contrário, se nutrem de novos valores incorporados, orientados pela dogmática. Quando se processa a decisão judicial, a orientação se faz por ambos, que não deixam de ser constantemente problematizados, reconstituindo o seu sentido no instante da concretização.[137]

---

135 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 123.

136 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 158.

137 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 123.

Neste processo metodológico jurídico em que o raciocínio jurídico se processa num pêndulo entre o *sistema* e o *problema* há um terceiro elemento que viabiliza a comparação entre ambos, que é *a dialética*.

O *jurisprudencialismo* de Castanheira Neves utiliza-se de uma dialética, que se manifesta a partir do pressuposto de que deve haver uma «relação de reciprocidade» entre o *sistema* e o *problema*, porque tanto o *sistema* «influencia a constituição do direito» como também, no sentido inverso, «a plena formação do sistema só se verifica no processo da constituição do direito»[138].

O *método jurisprudencialista* inicia-se com a *identificação do caso jurídico* objeto do problema. O *caso jurídico* é o *prius* metodológico no trajeto interpretativo. Esta *identificação* localiza-se no *sentido concreto e específico do problema* como manifestação de relações sociais. Para se saber o *sentido*, diz-nos Castanheira Neves, é preciso *fazer perguntas* sobre o seu *contexto histórico-social*. O que foi *pressuposto* e *cumprido* e o que, em face disto, foi *resistido*. As *perguntas* permitem saber também as históricas soluções jurídicas dadas para casos semelhantes, o que não invalida a autonomia do problema a ser decidido, mas enriquece a compreensão do seu contexto de formação. O problema nunca deixará de ser um novo. A «atitude metodológica será sempre a mesma», disse Castanheira, e «sempre se traduzirá numa *autónoma posição* problemática»[139].

Além do *problema*, originado de um perguntar sobre as situações e relações situadas, traduzidas pelo convívio social entre os seres humanos, Castanheira chama a atenção para o *sentido problemático jurídico*. A pergunta que é feita ao *caso* não é mais sobre o seu significado histórico-social, mas o que deste *caso* pode ser tido como *jurídico*, por meio da *pressuposição de juridicidade*.

Pressupõe-se a *juridicidade* existente com fundamento na compreensão do «projecto axiológico-normativo que se constitui na vida histórica de uma determinada comunidade»[140]. Isto é, toda sociedade possui uma «consciência jurídica geral de uma certa época». O que é jurídico? É tudo aquilo que uma comunidade entende, defende e exige como valor jurídico, a implicar justiça, equidade, isonomia, entre outros.

Este projeto axiológico-normativo é percebido por meio de três dimensões da relação socialmente objetiva: a dimensão *mundano-social*, a dimensão *antropológico-existencial comunitária* e a dimensão ética. Por outras palavras, «a consciência jurídica geral de uma certa época»[141] há de ser compreendida

138 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 159.

139 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 160.

140 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 161.

141 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 161.

na perspectiva da «pluralidade humana na unicidade do mundo», isto é, valores sobreviventes da tensão complexa da vida humana. Esta é a *mundano-social*. Também na perspectiva da dimensão *antropológico-existencial* ou *condição humano-existencial* o problema deve ser mensurado na «dialéctica de personalidade e de comunidade, de autonomia pessoal e convergência comunitária»[142]. O ser humano pertence, ao mesmo tempo, a si e à comunidade. É um indivíduo, reconhecido como tal, com sua axiologia em meio a uma axiologia comunitária. Dialética que novamente se deve ter em conta na análise de tamanha complexidade individual e social. E, por fim, uma *dimensão ética*, nascida do reconhecimento de que cada ser humano possui dignidade de pessoa, de *sujeito titular de direitos e de deveres* perante outros.

Definido o *problema* e, bem assim, *o problema jurídico* propriamente dito, é necessário que o raciocínio procure entender a existência de uma possível relação entre o *problema jurídico* e o *caso concreto*. O *caso* existe em função de um *problema*, um dilema entre o fato e o Direito; é *concreto* porque real, situacional; é *jurídico* porque deste emerge um *sentido jurídico*.

E se a *metodologia* a ser utilizada não é mais com base nas *pré-compreensões*, sobretudo as do normativismo, como é que ela se caracteriza?

Diz Castanheira Neves que a *metodologia é também uma analítica* e *um caminho para a solução*. Analítica sobre um *discurso*, *análise do caso jurídico*, sem mergulhá-lo apenas no sentido hermenêutico tradicional[143], mas adentrando na *questão-de-facto* e na *questão-de-direito*.

Na *questão-de-facto* há dois momentos de reflexão. O primeiro, em que se reflete sobre a *relevância jurídica daquela situação histórico-concreta do caso*. Isto é, a partir daí obteremos o pressuposto objetivo do sentido jurídico do problema, ou o *sentido normativo-problemático* que emerge deste exercício de ponderação. A intenção é, portanto, delimitar e determinar *o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática*. O segundo momento de reflexão na *questão-de-facto* traduz-se na *comprovação* desse âmbito de relevância. Fundamental aqui é o problema da *prova*. Mas não será uma *prova de fatos puros* e nem *teorético-jurídica*. É aquela específica *comprovação da verdade prática*, dos objetivos práticos que o Direito se propõe na consideração e resolução dos seus problemas normativos.

Já na *questão-de-direito* quem decide deve olhar para dois lados de uma mesma moeda: *questão-de-direito in abstrato* e *questão-de-direito in concreto*.

142 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 232.

143 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 163.

In abstrato tem-se a considerar os critérios de aplicação da norma do sistema. Mas não será, por certo, uma simples e dedutiva aplicação, nos moldes do positivismo jurídico que Castanheira já os ab-rogou. A dedução é a partir do caso e não a partir da norma. Como ele mesmo diz: «A norma aplicável há de mostrar, pela sua própria aplicabilidade, que o caso concreto (e sua solução jurídica) é assimilável pelo sistema jurídico.»[144] Implica dizer que há uma valoração prévia da própria norma pelo julgador, por meio do problema, e não, simplesmente, um exercício de adequação do caso concreto a um pressuposto normativo de sentido acrítico.

Nas suas palavras: temos «de reconhecer que a aplicabilidade de uma norma terá de pressupor um *juízo autónomo de juridicidade sobre o caso decidendo*, insusceptível, como tal, de fundamentar-se na norma que se considere aplicável, se alguma o for»[145]. Ressalta, pelos dizeres de Ekelöf, que «o sentido de uma norma e o seu domínio de aplicação nem sempre coincidem»[146]. E acrescenta Castanheira, «uma proposição jurídica nunca será uma definição axiomaticamente conclusa, mas sempre uma proposição com aquela intencionalidade aberta (indeterminada)»[147].

Se a regra jurídica é, portanto, de sentido aberto, como então estabelecer uma correspondência entre o caso concreto e o sistema? Como se seleciona e se determina o sentido normativo da norma aplicável?

Informa-nos Castanheira Neves que a seleção da norma aplicável não deve dirigir-se para o conteúdo do texto e sim para o problema jurídico típico-abstrato nela pressuposto, pondo-o problematicamente em confronto com aquele problema jurídico do caso concreto[148]. O que há é um *confronto entre problemas*, o problema do caso concreto e o problema da norma. Ou seja, para que haja solução, a índole embutida no problema normativo deve estar no problema do caso concreto. Não é simplesmente uma *subsunção* do caso ao preceito normativo. Não são elementos estáticos em que se procura adaptação de um ao outro. É uma *subsunção de elementos dinâmicos*.

Agora, na *questão-de-direito* in concreto avalia-se a *mediação da norma*, ou *experimentação* normativo-judicativa concreta, que se manifesta numa dialética totalizante. Isto dá-se por meio de um *juízo de confrontação* entre as relevâncias da norma-critério e do caso decidendo. Em certo momento

144 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 167.

145 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 170.

146 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 171.

147 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 173.

148 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 174.

desta *experimentação* poderá ocorrer uma «direta assimilação do caso pela norma», uma assimilação por concretização, uma relação entre a relevância material da norma e a relevância material do caso. Mas pode também não ser diretamente assimilada. Neste segundo aspecto a relevância material do caso será mais ampla do que a da norma, ainda que análogo ou assimilável.

Não se trata aqui, e é sumamente importante acentuar este ponto, por conta da diferença que fazemos entre o método de realização jurídica do *neoconstitucionalismo* e o do *jurisprudencialismo*, que estes modos de adaptação não correspondam ao sentido tradicional dado à *interpretação extensiva ou restritiva* ou ainda da *declarativa ou enunciativa*. Como disse Castanheira, «não é qualquer relação lógico-hermenêutica, e situada exclusivamente no plano da norma […] entre a *letra* e o *pensamento* legislativos», mas o confronto metodológico-jurídico é «o juízo juridicamente analógico entre a relevância material hipotética e a relevância material do *caso jurídico concreto*».

Do que até aqui foi exposto, com sofrível síntese da rica estrutura metodológica do *jurisprudencialismo* de António Castanheira Neves, é que o olhar metodológico de realização do Direito do *neoconstitucionalismo*, além de ser restrito ao texto constitucional, deixa em aberto vários flancos de indefinição sobre os critérios identificadores do *valor moral* como *princípios* a serem observados na prestação jurisdicional.

O *jurisprudencialismo* honra da melhor forma a dimensão complexa de fontes que envolve o processo de realização do Direito, ao considerar a *unidade normativa totalizante* e não apenas o texto constitucional, a definição do *valor jurídico* por meio do *sistema* e do *problema* com base num raciocínio *dialético*, evitando com isto adentrar em pré-compreensões normativas do positivismo jurídico.

Referências Bibliográficas

Barberis, Mauro «Esiste il neoconstituzionalismo?», *in Analisi e diritto*, 17. <www2.udg.edu>

Barroso, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo.* <www.luisrobertobarroso.com.br>.

A Judicialização da Vida. E o papel do Supremo Tribunal Federal, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). <www.luisrobertobarroso.com.br>

Borges, Ivan Cláudio Pereira. *O funcionalismo jurídico no Judiciário Brasileiro. Esboço de uma teoria da funcionalização da razão prática judicial.* Mauritius: Novas Edições Acadêmicas, 2018. ISBN: 978-620-2-17762-7.

Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição,* 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

Carbonell, Miguel. *Teoría del Neoconstitucionalismo. El neoconstitucionalismo em su laberinto*. Madrid: Trotta, 2007

Comanducci, Paolo. «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía* 16 (2002) 106-112.

Dimoulis, Dimitris. «Anotações sobre o "neoconstitucionalismo"», *in Artigos GV*, *working papers*, vol. 17, (mar. 2008). <bibliotecadigital.fgv.br>

Horkheimer, Max. *Eclipse da Razão*, São Paulo: Centauro, 2002, 29. ISBN: 85-88208-27-X.

Hobsbawn, Eric. *Era dos Extremos. O breve século XX. 1914-1991,* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas,* Porto Alegre: Fabris, 1986.

Kuhn, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas,* 6.ª ed., trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, São Paulo: Perspectiva, 2001. ISBN: 85-273-011-3.

Neves, António Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais.* Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN: 972-32-0630-7.

DIGESTA. Escritos acerca do Direito. Do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN: 978-972-32-1586-1 (vol. 3º).

«A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação», *in STVDIA IVRIDICA* 72, Coimbra: Coimbra Editora.

Teoria do Direito (ou Apontamentos de Teoria do Direito). Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

Mendes, Gilmar e Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva Educação. ISBN: 978-85-53602-87-2.

Otto, Écio /Pozzolo, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico,* 3.ª ed., São Paulo: Inovação Distribuidora de Livros. 2013.

Pozzolo, Susanna. «Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional», *Doxa* 21 (1998) II.

Streck, Lênio Luiz. « Eis porque abandonei o 'neoconstitucionalismo'» <conjur.com.br>.

«Por que a ponderação e a subsunção são inconsistentes», *in Revista Consultor Jurídico*, (abr. 2014). <www.conjur.com.br>

(Página deixada propositadamente em branco)

7. Os direitos humanos na perspectiva do jurisprudencialismo: o fundamento e o sentido do Direito[149]

Human Rights from the perspective of Jurisprudentialism: the fundament and meaning of Law

Ian Pimentel Gameiro
Universidade da Amazônia, Instituto de Ciências Jurídicas
Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico

Abstract: This article aims to answer the question of how jurisprudentialism understands human rights, a question that leads to another and which is whether the fundament and meaning of law will be in human rights. To answer this question, we divided the article into three sections. In the first, we identify and characterize the cultural environment in which human rights have arisen. In the second, we endeavor to characterize jurisprudentialism. In the third section, finally, we seek to answer the two proposed questions characterizing human rights.

Keywords: Jurisprudentialism — Human Rights — Foundation of law — Sense of law

[149] Este ensaio corresponde, no fundamental, ao relatório apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do doutoramento em Ciências Jurídico-Filosóficas, como requisito para a obtenção de classificação no seminário específico *Direitos Humanos e Globalização* sob a regência do Senhor Professor Doutor Mário Reis Marques.

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_7

Introdução

Iniciámos estas conferências com um retrato fidedigno e muito bem pintado pelas palavras do Senhor Professor Doutor Rui de Figueiredo Marcos acerca da vida, da personalidade, do percurso académico e do pensamento do nosso homenageado. De entre as múltiplas dimensões deste retrato que logrou reconstituir, pôde referir e recuperar o sentimento de assombro intelectual que sentiu no culminar das primeiras lições recebidas do Senhor Professor Doutor António Castanheira Neves quando ainda nos momentos iniciais da sua licenciatura em Direito.

De fato, o Senhor Doutor Castanheira Neves surge-nos assim: com um pensamento culturalmente rico, estruturalmente complexo e consistentemente concludente, e de todo delineado em textos fortes, sólidos e que põem certas resistências aos que, como eu, têm pouca densidade cultural e ainda menor experimentação filosófica.

Estar com o Doutor António Castanheira Neves é, e tem sido, assim, um desafio intelectual constante, e se bem compreendi a ideia deste encontro em sua homenagem, não poderei deixar de reconhecer que a proposta consiste, no fundo, em render homenagem ao nosso Mestre, pensando sobre o problema radical da autonomia do Direito e sobre a sua aposta incondicional na resposta jurisprudencialista.

O tema que proponho, de certa forma, convoca implicitamente este problema e insiste explicitamente na resposta possível que nos oferece a proposta de António Castanheira Neves. Isto é, com o título «Os direitos humanos na perspectiva do jurisprudencialismo: o fundamento e o sentido do Direito», procuro saber junto com o nosso Mestre, no fundo, se haverá de estar nos direitos do Homem o fundamento e o sentido possível do Direito.

Problema este que, assim colocado, não poderá deixar de ser considerado em três etapas essenciais. Uma brevíssima referência ao quadro cultural em que surgiram estes direitos humanos com a sua indelével intenção de universalidade constitui a primeira etapa. Aqui veremos, basicamente, que uma compreensão adequada dos direitos humanos não pode deixar de enxergar, nestes mesmos direitos, as suas referências culturais, pelo que só aí poderão ser considerados nas suas valências e nas suas limitações — no fundo, correspondem a uma dimensão da cultura jurídica de uma certa civilização, de um específico momento histórico.

A consideração do jurisprudencialismo enquanto proposta que assume e enfrenta o problema do sentido do Direito, do seu fundamento e da sua autonomia — problema este que se põe relativamente aos direitos humanos — constituirá uma segunda etapa. Neste ponto, e numa intenção essencialmente descritiva, caracterizaremos a proposta jurisprudencialista de António Castanheira Neves referindo o seu contexto de surgimento, seus pressupostos, objetivos, categorias de inteligibilidade e racionalidade.

O momento derradeiro, como não poderá deixar de ser, cuidará do problema que ora suscitamos, e o objetivo consistirá então em oferecer para ele uma resposta adequada. Importa acentuar.

1. Os direitos humanos no contexto da modernidade

Com efeito, os direitos humanos, já muito antes se disse, constituem um autêntico produto do que foi o século XVIII[150], ou melhor, constituem um resultado inequívoco de tudo aquilo que esteve em gestação entre os séculos XV e XVIII, e que veio a ser designado muito tempo depois de época moderna[151].

A modernidade representa, por antinomia do que havia sido a cultura teológica e metafísica do período medieval, um novo momento da cultura do homem ocidental, e foi no âmbito desta nova época cultural e como produto daquele pensamento que lhe corresponde, o pensamento moderno-iluminista, que os direitos humanos foram forjados — são eles, os direitos humanos, uma das suas dimensões jurídico-culturais constitutivas.

Isto é, essa nova época da cultura ocidental constitui o produto da concorrência de um conjunto de fatores humanamente relevantes[152], e representa,

---

150 Versão original: Lynn HUNT, *Inventing human rights*. *A history*, Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2007. Citado na versão traduzida: Lynn HUNT, *A invenção dos direitos humanos*. Uma história, trad. de Rosaura Eichberg, São Paulo: Companhia das Letras, 2009, 18. No mesmo sentido, citado na versão traduzida, cfr.: Norberto BOBBIO, *A era dos direitos*, 8.ª ed, trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, 18; Castanheira NEVES, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», *in* António José Avelãs NUNES / Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, coord., *O direito e o futuro*. *O futuro do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, 09-82.

151 Mário Reis MARQUES, *Introdução ao direito*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, 205.

152 Fernando BRONZE, ao tratar do surgimento do positivismo jurídico, aponta os diversos fatores culturais que o tornaram possível. Só que são esses fatores, todos eles, em nosso sentir, os traços característicos da própria época moderna, pelo que, neste tópico, os consideraremos como as suas características marcantes. Fernando José BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª ed. (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 306-351.

nas suas características principais, uma viragem radical em relação a tudo o que havia sido a civilização clássica e medieval[153].

Ora, sem embargo, a primeira mudança, e, quiçá, a que possibilitou todas as demais até atingir-se à total transformação de paradigma cultural foi certamente a operada no plano ou domínio antropológico: o Homem propôs-se a si um novo sentido, um novo modo de compreender-se diferente do que o caracterizava nas épocas anteriores.

Com efeito, sabe-se que no contexto cultural da época pré-moderna, o Homem se concebia a si mesmo como «um ser de extraponência, pois [só] encontrava o seu sentido fora de si»[154], isto é, «só se reconhecia um sentido [diz-nos Fernando Bronze] por mediação da transcendência de uma ordem naturalmente constituída ou teleologicamente referida»[155].

Enquanto na civilização greco-romana clássica, o Homem via-se a si próprio como uma «entidade cósmica», pelo que então «havia de compreender-se "contemplativamente" (teoreticamente) pela sua inserção no ser pré-ordenado que, como tal, era o Cosmos»[156] — e «o cosmos para a *praxis*»[157] era a *polis*, na Grécia, e a *civitas*, em Roma[158] —, na civilização medieval via-se ele como a criação divina, pelo que só em referência a esta transcendente divindade haveria de compreender o seu sentido[159].

A modernidade, entretanto, e assim nos aponta Fernando Bronze, veio alterar todo este quadro, pois que, rompendo com toda e qualquer transcendência, haveria agora o Homem de ser compreendido e de se compreender como um ser autônomo e radicalmente livre, e isto não já pela mediação de uma ordem eterna perfeitamente acabada, mas pela mediação da razão, que o libertara — e daí que fosse o seu o projeto de construir para si uma ordem racional que partisse exclusivamente de si[160].

Isto é, o Homem moderno já não mais se compreendia a si mesmo como a entidade cósmica do período clássico, e tão-pouco como apenas a criação divina da época medieval, mas, verdadeiramente, como um ser de liberdade originária.

---

153 Mário Reis MARQUES, *O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, 23.

154 Fernando José BRONZE, *Lições,* 319.

155 Fernando José BRONZE, *Lições,* 319.

156 Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros,* (reimpresso), Coimbra: Coimbra Editora, 2010, vol. I 320.

157 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. I, 320.

158 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 321.

159 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 322.

160 Fernando José BRONZE, *Lições,* 320. No mesmo sentido, cfr.: Mário Reis MARQUES, *Introdução,* 122.

Ora, a consequência desta mudança também se sabe qual foi. É que, ao romper com tudo aquilo que se encontrava fora de si, pôde o Homem moderno afirmar a sua total, radical e originária autonomia, e foi precisamente nesta afirmação e neste consequente rompimento com a transcendência que esteve na base do individualismo[161], a cultura do eu como muito bem a definiu Gilles Lipovetsky[162].

Vale dizer, o Homem moderno passou a constituir um autônomo solitário e desvinculado de «quaisquer contextos socialmente integrantes, culturais e institucionais, em perspectiva prático-política», e foi nestes termos — como aponta Castanheira Neves — que «o individualismo acabou por ser a expressão político-social da liberdade moderno-iluminista»[163].

Liberdade assim afirmada que encontrava o seu fundamento na razão, na razão moderna libertadora[164]. Isto é, ao romper com toda ordem transcendente e preexistente — ao romper com a ordem do ser que os clássicos intencionavam conhecer hermenêutico-ontologicamente e com a ordem de Deus que os medievais intencionavam interpretar hermenêutico-teologicamente —, o Homem afirmou a razão como a «última instância» do seu agir, a significar isto que «a razão moderna era a "legisladora" da sua própria ordem [...], deduzindo o seu próprio sistema a partir de certas evidências que postulava»[165].

É dizer, sustentava-se que só pela mediação da razão — *hoc sensu*, só pela mediação de um sistema de proposições racionais logicamente conectadas e de universalidade explicativa — teria o Homem condições de aceder à verdade e ao valor, e foi precisamente assim, diz-nos Fernando Bronze, que se pretendeu «construir, dedutivamente, sistemas acabados para todos os domínios do saber», tal como «também se julgou poder elaborar sistemas completos de direito»[166] — não é o jusracionalismo moderno isto mesmo?[167]

---

161 António Manuel HESPANHA, *A cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra: Almedina, 2012, 314-315.

162 Versão original: Gilles LIPOVETSKY, *L'ère du vidu. Essais sur l'individualisme contemporain*, Paris: Éditions Gallimard, 1983. Citado na versão traduzida: Gilles LIPOVETSKY, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporâneo*, trad. de Joan Vinyoli y Michèle Pendanx, Barcelona: Editorial Anagrama, 1986, 83. Também do mesmo autor, citado na versão traduzida, cfr.: Gilles LIPOVETSKY, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tempos democráticos*, trad. de Juana Bignozzi, Barcelona: Editorial Anagrama, 1994, 22-24 e *passim*.

163 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 325.

164 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 325.

165 Fernando José BRONZE, *Lições,* 323.

166 Fernando José BRONZE, *Lições,* 323.

167 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 327.

Numa palavra, portanto: foi nesta razão de índole sistemática-axiomática, lógico-dedutiva no seu proceder, e estruturada em termos de sujeito/objeto que esteve a raiz do racionalismo moderno, e foi com ele que surgiu o cartesiano homem-sujeito[168].

Pois bem, só que ao romper com a transcendência, afirmando a sua radical e originária liberdade pela mediação da razão, «o homem distanciou-se, decerto, de Deus», e distanciou-se para afirmar, agora, os «valores do tempo, da história, do *saeculum*»[169].

A secularização constitui, pois, uma terceira marca da modernidade, e veio a traduzir a ideia de que, sendo o Homem radicalmente autônomo, é ele projeto de si próprio e responsabilidade de si próprio — aquilo que «é e faz nesse mundo [...] [é] imediatamente imputável à sua liberdade e compreendido como sua responsabilidade»[170]. Não sem razão, Michel Villey definiu a religião do Ocidente moderno como a «religião do Homem sem Deus», a religião que promoveu a «transferência para o Homem da adoração conferida anteriormente a Deus»[171].

Só que, como é típico do pensamento moderno, [são palavras de Fernando Bronze] [...], a secularização também teve a sua patologia: e essa sua expressão descaracterizadamente hipertrofiada oferece-no-la o secularismo, que operou a ruptura com a transcendência e veio sustentar que o Homem nada tinha a ver com Deus, podendo dispor livremente da sua prática [...][172].

E foi exatamente isso que ocorreu: o Homem afirmou, também, um novo sentido para a sua prática. Como vimos, durante a época pré-moderna o Homem somente lograva encontrar o seu sentido se se extrapusesse, isto é, se o procurasse fora de si e numa transcendência. Nesta transcendência, todavia, não só encontrava o seu verdadeiro sentido como nela também estava, e enquanto materializava-se numa ordem, o sentido último da sua prática, da sua (inter)ação válida.

Para a civilização ocidental clássica e medieval, «era essa ordem [pressuposta e natural] [...] que os homens deviam conhecer para que, respeitando-a [através do cumprimento dos seus deveres], pudessem actuar segundo o bem

168 António Manuel HESPANHA, *A cultura*, 308-309.

169 Fernando José BRONZE, *Lições,* 321.

170 Fernando José BRONZE, *Lições,* 325.

171 Versão original: Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris: PUF, 1983. Citado na versão traduzida: Michel VILLEY, *O direito e os direitos humanos*, trad. de Maria Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2007, 138.

172 Fernando José BRONZE, *Lições,* 321.

e a justiça»[173]. Isto é, o Homem vivia em comunidade e nela integrado por valores, e «assumia a vinculação normativamente definida pelas instituições que realizavam essa integração»[174].

Mais uma vez com a modernidade tudo se alterou. Isto porque, libertado das imposições de ordens pressupostas e transcendentais, e reassumido na sua subjetividade, passa o Homem agora a «se reconhecer tão-só como sujeito de assumida liberdade, [...] sujeito de poderes e de interesses elevados à categoria de direitos»[175].

Sim, foram os interesses, sobretudo os de cunho econômico, que foram emancipados com a libertação racional do Homem moderno-iluminista, e esta é a razão pela qual também acabou por se erigir ao lado do homem-indivíduo e do homem-sujeito o *homo oeconomicus* da economia[176] — aliás, o capitalismo só se tornou possível a partir daí, como também foi daí que se passou a entender o conceito de direitos subjetivos como os poderes da vontade garantidos pelo Direito[177].

Ora, isto tudo levou que deixasse a *praxis* humana de ser vista em referência àquela ordem transcendental, para então passar a ser compreendida em referência à vontade e aos interesses — não foi por outra razão, e assim demonstra António Hespanha, que se abandonou as palavras *communitas* e *respublica* para passar-se a empregar *societas* (associação) como o termo designativo do mundo da intersubjetividade humana[178].

Por outras palavras: enquanto a interação do Homem na pré-modernidade se dava em conformidade com uma material axiologia pressuposta e que na comunidade se explicitava, a interação do Homem na modernidade passa a ser compreendida enquanto uma compossibilitação racional de vontades autônomas e interesses subjetivos[179] — e daí, mais uma vez, que fosse seu o projeto de construir «a juridicidade como uma normatividade sistematicamente explicitante de um auto-projecto humano — projecto em que o homem

---

173 António Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 322.

174 António Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 323.

175 António Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. I, 324.

176 «Efetivamente, quando se libertou das ordens pressupostas, dizendo-se o seu criador e pensando apenas em si mesmo, é natural que tenha emancipado os seus interesses — pois o homem passou a ver o limite da sua atividade definido pelas suas próprias pulsões e apetências, obviamente articuladas com as dos outros. [...] Anteriormente isso não aconteceu porque o homem estava integrado numa ordem que o transcendia e que absorvia todos os "sinais" das diversas "linguagens" tradutoras das "ex-centricidade" que ineliminavelmente o caracteriza». Fernando José BRONZE, *Lições,* 329.

177 Fernando José BRONZE, *Lições,* 321.

178 Fernando José BRONZE, *Lições,* 341.

179 Michel VILLEY, *O direito*, 149.

moderno (de autonomia e racionalidade) racionalmente intenciona a sua prática numa elaboração sistemático-dedutiva de normas»[180].

Pois bem, mas faltava, ainda, que esse Homem de interesses individualisticamente livres pela mediação da razão encontrasse um fundamento que, de acordo com esta recompreensão da *praxis*, desse sentido ao seu projeto de dedução lógico-sistemática de normas. Qual foi este fundamento? O contrato social![181]

Sim, imaginou-se que num estado originário fictício teriam todos os homens estabelecido, livre e racionalmente, os direitos e deveres que a cada um caberia cumprir para assim se realizarem e para permitir que outros também se realizassem[182]. E foi deste modo, segundo Kaufmann, que se pensou poder «fundamentar uma ordem jurídica que assentasse sobre o consenso geral [...] e que teria, tal como a inalterável razão humana, carácter universal [...]»[183] — aliás, não por acaso é neste momento que se inicia o movimento de codificação[184] e que surgem as primeiras declarações de direitos humanos[185].

Com efeito, a isto tudo acresceu-se, ainda, um catalisador de índole ideológica. Ou melhor, dois catalisadores: as ideologias democrática e liberal incidentes sobre dois valores que se tornaram autênticas aquisições axiológicas de índole jurídico-política no universo ocidental — a liberdade e a igualdade.

Sem embargo, enquanto o liberalismo privilegia mais a liberdade à igualdade, na democracia prepondera este último valor em detrimento daquele primeiro, e certamente é por isso que há muito se afirma serem estas duas ideologias concorrentes[186], embora, na modernidade, se tenham combinado de forma peculiar para viabilizar o fato político concretizador, na prática, desta nova cosmovisão.

E foram precisamente estas duas ideologias que permitiram leituras distintas da *societas* e do Direito que lhe correspondia. Isto é, pela via da leitura democrática, era o contrato social um produto apenas da vontade livre de homem iguais em estatuto, pelo que o Direito aí fundado não haveria

---

180 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. III, 114. No mesmo sentido, citado na versão traduzida: Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito*, trad. de António Ulisses Cortês, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004, 37.

181 Arthur KAUFMANN, *Filosofia*, 37. No mesmo sentido, entre outros: Michel VILLEY, *O direito,* 148.

182 António Manuel HESPANHA, *A cultura*, 327.

183 António Manuel HESPANHA, *A cultura*, 327.

184 Mário Reis MARQUES, *História do direito português medieval e moderno*, Coimbra: Almedina, 2002, 170 e ss. No mesmo sentido: 337 e ss.

185 Michel VILLEY, *O direito,* 03.

186 António Manuel HESPANHA, *A cultura*, 343 e ss.

de sujeitar-se a nenhum limite anterior ou superior[187]. Já pela leitura liberal, e fazendo nossas as palavras de António Hespanha:

> o contrato social não pode[ria] contrariar nem a natureza de quem contratou, nem as finalidades para que se contratou. Se a natureza humana ou os objetivos naturais que se pretenderam atingir com a consociação forem afetados pelos termos estabelecidos no contrato, este nem poderá valer nesses termos. Por isso, tanto a Constituição como as leis terão de estar limitadas por dados relativos à natureza do homem (direitos naturais), natureza esta que é prévia e superior ao direito proveniente do pacto. Esta interpretação da natureza da sociedade política e do contrato social leva ao reconhecimento de que o direito voluntário (direito positivo) está subordinado ao direito natural, como direito correspondente à natureza do homem e das sociedades humanas.[188]

No plano abstrato, portanto, já estava tudo pensado. E foram as revoluções norte-americana e francesa, temperadas pelas concorrentes ideologias do liberalismo e da democracia, o epílogo de natureza política que viabilizou a efetivação prática de tudo isto — aliás, passou a ser outro o panorama político a partir de então, pois tais revoluções, assim confirma Lynn Hunt, tiveram o préstimo de operar uma «transferência de soberania» de monarquias absolutas para duas novas repúblicas, embora não fosse o rompimento total um objetivo inicial do movimento revolucionário norte-americano[189].

Pois bem, as causas que a elas levaram, sobretudo as de cunho político e econômico, também se sabe. No contexto norte-americano, sem dúvida o principal combustível para a irrupção revolucionária foi o incremento da exploração monárquica incidente sobre as colônias, com vista à recuperação de uma economia desgastada durante o decurso da Guerra dos Sete Anos, embora outros atritos de cunho comercial também a tenham motivado. No contexto francês, por sua vez, a forte desigualdade política e social que assim experimentava o chamado Terceiro Estado, cumulada com uma grave crise econômica do Estado foram os elementos necessários para a deposição do monarca e consequente instauração de uma nova república[190].

---

187 António Manuel HESPANHA, *A cultura*, 343 e ss.

188 António Manuel HESPANHA, *A cultura*, 343 e ss.

189 Lynn HUNT, *A invenção*, 113-114.

190 Jonathan I. ISRAEL, *Democratic enlightment. Philosophy, Revolution and Human Rights 1750-1790*,

Em síntese, portanto, foram as revoluções demoliberais ocorridas nos Estados Unidos e em França o fator político que colocou em prática tudo aquilo que antes já se havia pensado... e planejado.

E foi precisamente daí que derivaram as primeiras declarações de direitos humanos. Isto é, seriam esses direitos enunciados na *Virginia Declaration of Rights* (1776) e na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), um conjunto de direitos inerentes ao Homem e oriundos da sua natural humanidade[191], aos quais nem o Direito fundado no contrato social (Direito Positivo), nem o Estado contratualisticamente pensado, nem a sociedade poderiam contrariar.

Vale dizer: consubstanciavam estes — e assim declararam todas estas... Declarações — «os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem»[192] cuja preservação deveria ser garantida por «toda associação política»[193], e «sempre que qualquer Forma de Governo se [tornasse] destrutiva desses fins»[194], seria «Direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir novo Governo, assentando a sua fundação nesses princípios e organizando os seus poderes da forma que lhe [parecesse] mais conveniente para a realização da sua Segurança e Felicidade»[195].

Ora, se eram direitos derivados de uma indiscutível e sempre reafirmada condição de humanidade, era natural que então valessem para todos os homens (universalidade), que escapassem da ação do tempo (imprescritibilidade) e que fossem pensados como insujeitos à renúncia (irrenunciabilidade) e à transferência de titularidade (inalienabilidade).

Oxford: Oxford University Press, 2011, 897 e ss.

191 Jacques MARITAIN, *Los derechos del hombre*, Madrid: Biblioteca Palabra, 2001, 69.

192 *Preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789.

193 Artigo 2.° da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789.

194 *Declaração da Independência*, 1776.

195 *Declaração da Independência*, 1776.

2. O jurisprudencialismo

Caracterizado encontra-se, portanto, o ambiente cultural de surgimento dos direitos humanos. Falta, ainda, referir às «lentes» com que será ele analisado. Com efeito, o jurisprudencialismo que agora passamos a considerar nos seus pressupostos, objetivos, categorias de inteligibilidade e racionalidade é aquele que se encontra retratado principalmente nos *Digesta*[196] de António Castanheira Neves, mas que encontra a sua fundação em *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*[197] também do mesmo autor.

Esta corrente surge na segunda metade da década de 1960, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e se insere, diríamos assim, no conjunto de propostas também elas muito diversas que objetivaram «abrir as portas a um discurso [jurídico] finalista (teleológico)». Mas abrir-se a qual dos finalismos? Bem, para aquele que procura atender a valores e não exclusivamente a fins-interesses, e que se aproxima muito daquele conjunto de propostas a que se convencionou chamar, no âmbito do pensamento jurídico e como aponta Aroso Linhares, de jurisprudência da valoração[198].

Seu *caput scholae* é, sem dúvida, António Castanheira Neves, mas também se tem dedicado ao seu enriquecimento e aprofundamento, principalmente, *scholars* como Fernando Bronze, José Manuel Aroso Linhares, Mário Reis Marques e, como que numa mais recente geração, Ana Margarida Gaudêncio.

Distintamente de outras propostas de crítica compreensão do sentido da juridicidade, o jurisprudencialismo não se encontra filiado a nenhuma diferenciável corrente de pensamento, como também, e sobretudo, não procura projetar ao nível do pensamento jurídico os quadros ou linhas de força de uma qualquer filosofia em geral — essa é a razão pela qual consideramos equivocadas todas as tentativas de apontar-lhe uma influência como tendo sido determinante[199].

---

196 Castanheira NEVES, *Digesta*. vols. I a III.

197 Cfr.: Castanheira NEVES, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade. (ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra: Almedina, 1967.

198 José Manuel Aroso LINHARES, *Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo. Sumários desenvolvidos*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2011, 59.

199 Aliás, o próprio autor em entrevista concedida aponta para tal fato logo na primeira pergunta que lhe é dirigida. Veja-se a entrevista completa em: <http://www.pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-dr-antonio-castanheira-neves/>

Mas isto não significa que se configure essa uma proposta filosófica ou «cientificamente» sincrética. Não. O que se tem, na verdade, são diálogos com múltiplos autores e assimilações seletivas de diversos contributos culturais e dos mais variados planos que vão e foram alimentando crítica e reflexivamente a proposta, e certamente os seus protagonistas, nos seus mais diversos aspectos, níveis e preocupações[200].

Com efeito, o problema inicial da proposta jurisprudencialista de António Castanheira Neves — aquele sobre o qual refletiu em sua tese de doutoramento intitulada *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade* (1967) — era o da metodológica concretização prática do Direito, e o objetivo consistia em propor uma revisão e recompreensão do pensamento jurídico que o tornasse apto a assumir aquela judicativa realização na sua intencionalidade e no seu sentido.

Todavia, e pelo que este problema inicial consequentemente pressupunha, as preocupações de investigação logo ampliaram-se de modo a abranger o próprio problema do Direito, isto é, o problema da crítica compreensão do seu sentido. Daí que se possa dizer que o objetivo mais geral do jurisprudencialismo seja mesmo, mediante a problemática interpelação que dirige ao próprio jurídico, o de oferecer uma recompreensão do sentido normativamente material que o constitui como Direito[201].

Sem embargo, a mundividência jurisprudencialista, tal como a compreende seus protagonistas, e como especialmente a caracteriza António Castanheira Neves [202], assenta em três pressupostos básicos.

Uma recompreensão do Homem (ou uma antropologia filosófica[203]) é o que caracteriza o primeiro deles, verdadeiro pressuposto filosófico-antropológico[204]. Trata-se, aqui, de pressupor o homem-pessoa, aquele que, por

---

200 Ideia extraída, ainda, da resposta à primeira pergunta da entrevista referida. Cfr.: <http://www.pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-dr-antonio-castanheira-neves/>

201 Não significa isso que seja esse, hoje, o único problema do qual se ocupa a proposta jurisprudencialista. É o mais geral, como dissemos. Os problemas da sua judicativa realização, das fontes, do sentido, intencionalidade e índole do pensamento jurídico, da sua autonomia, dentre muitos outros, continuam a ter grande relevância problemática no contexto da proposta.

202 Seguiremos aqui a linha de caracterização que propõe o próprio autor em dois textos distintos. São eles: António Castanheira NEVES, *Teoria do Direito. Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos)*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, [s/d]; e António Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», *in* Nuno M. M. Santos COELHO / Antônio Sá da SILVA, org., *Teoria do direito: direito interrogado hoje — o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, 9-79.

203 Castanheira NEVES, *Teoria*, 40.

204 Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 60.

um lado, nem se reduz à comunidade, tal como ocorria com o Homem pré-moderno, nem se compreende desvinculado de qualquer referente fora de si, tal como ocorria com o Homem da modernidade, e que tão-pouco se vê instrumentalizado como o *homo oeconomicus* da economia; mas o Homem que se reconhece simultaneamente num eu pessoal de autonomia e num eu comunitário de responsabilidade[205] — vê-lo-emos mais adiante.

Uma também recompreensão da *praxis* será o seu segundo pressuposto[206]. Ora, a compreensão da prática em que assenta o jurisprudencialismo não é nem aquela primeira, típica da pré-modernidade, nem esta última correspondente à modernidade. Isto porque, aqui, a *praxis* (ou a interação humana válida) volta a ser compreendida (ou recompreendida) segundo a sua conformidade com referentes valorativos comunitários — e assim não apenas segundo interesses e vontades contingenciais, embora não os elimine! —, mas não ignora que são esses valores produto da própria subjetividade humana que tanto os cria na sua autonomia como por eles se responsabiliza em comunidade[207].

Isto é, ao fim e ao cabo o Homem compreende que a sua interação com os demais no mundo e a propósito do mundo só pode ser válida (justa ou injusta, aceitável ou inaceitável, devida ou indevida) se estiver fundamentada em valores comunitários, não em valores que são dados por uma ordem transcendental, mas que são criados histórico-culturalmente pelo próprio Homem, e lá, nos valores, estarão os limites da sua ação, e não mais nos interesses alheios como postulava o Homem da modernidade.

Com efeito, um terceiro e último pressuposto dessa proposta de crítica compreensão do sentido do Direito dir-se-á o da perspectiva que o interroga[208]. Como refere Castanheira Neves, trata-se aqui de confrontar duas perspectivas de interrogação do Direito distintas, para uma delas, e porque obstrui o acesso ao sentido do jurídico, rejeitar. As perspectivas em questão são, por um lado, a perspectiva da sociedade, e, por outro, a perspeciva do Homem[209].

---

[205] Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 60.

[206] Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 43.

[207] José Manuel Aroso LINHARES, *O direito como mundo prático autônomo: «equívocos» 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: Universidade de Coimbra, policopiado, 2013, 145.

[208] Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 46-47.

[209] Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 46-47.

Pela primeira perspectiva, interpela-se o Direito macroscópica e constitutivamente a partir da sociedade, com vista de a saber-se dos objetivos sociais que deverá ele assimilar e projetar, enquanto remete para uma normatividade (para um dever-ser) na realidade social. É dizer: trata-se, no fundo, de o questionar a partir da sociedade, «na intencionalidade global da sociedade»[210] e visando os objetivos da sociedade, pelo que se verá assim reduzido a «um programa, [...] um instrumento de organização e mesmo de transformação, etc., da sociedade, e a significar assim que concorreria com a política, com a economia, com a administração [...], nos mesmos ou análogos objectivos sociais [...]»[211].

Pela segunda perspectiva, aquela que pressuporá o jurisprudencialismo, interpela-se o Direito já não mais do ângulo macroscópico da sociedade, senão, antes, da microscópica ótica «dos homens-pessoas na sua histórico-situada coexistência e convivência»[212]. E isto, também, não mais para saber dos objetivos sociais que deverá o jurídico assimilar e socialmente realizar, senão, antes, para saber da solução normativamente válida que deverá proporcionar, pela mediação de um juízo prático-normativo, para o problema da intersubjetiva fruição do mundo em que afinal se veem envolvidos homens-pessoa[213].

Ora, são esses os pressupostos do jurisprudencialismo e a pergunta fulcral que lhe corresponderá, tendo em vista o seu objetivo mais amplo de oferecer uma crítica recompreensão do sentido da juridicidade, será precisamente esta — nas palavras do seu protagonista: «Que axiologia e sentido normativamente material constitui o direito como direito, ou [...] que sentido axiológico-normativo se haverá de reconhecer no direito para que o possamos compreender como direito?»[214]

Como se vê, trata-se de interpelar o próprio Direito enquanto problema questionado pelo constitutivo, no conjunto das suas condições de possibilidade, que o faz emergir com o sentido normativamente material que o constitui como Direito[215].

---

210 Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 46-47.

211 Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 46-47.

212 Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 63.

213 Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 63.

214 Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 63.

215 Castanheira NEVES, *Relatório: com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de «Introdução ao estudo do direito»*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1976, 11.

Com efeito, no âmbito da mundividência jurisprudencialista, e o que a respeito dela ajuíza António Castanheira Neves, também são três as condições de possibilidade do Direito — uma condição mundanal, uma condição antropológico-existencial e uma derradeira, mas também eventual, condição ética. Sintetizemo-las considerando o seguinte.

É a condição mundanal a primeira delas e a expressão irrecusável de uma perplexidade factual com que, afinal, todos nós nos defrontamos: «O mundo é um e os homens nele são muitos.»[216] Pelo que, coabitando pluralmente a unicidade do mundo[217], impõe-se-nos que tanto nele convivamos quanto, e principalmente, partilhemo-lo — somos todos *socii* (sócios) no mundo.

Essa escassez[218] de mundo, todavia, não nos determina um qualquer modo de habitação e partilha; antes, impõe um certo modo de coabitação e comunhão em que tanto nos vemos numa conjugação de esforços para coletivamente aceder à fruição do mundo, quanto, e também, numa obstrução mútua para fruí-lo de forma individual.

Isto significa que «a existência humana no mesmo mundo é elementarmente uma existência de inter-subjectividade. [...] Inter-subjectividade [que] refere a reciprocidade entre ambos, de tal modo que a situação ou o comportamento de um condiciona a situação e o comportamento de outro»[219].

Ora, enquanto esta condição mundanal antecipa, na especificação dessa nossa vocação para a intersubjetividade, a nota inconfundível da jurídica bilateralidade atributiva[220] — e bem assim da índole marcadamente social do Direito[221] —, a condição antropológico-existencial (a segunda das condições de possibilidade do jurídico) nos aparecerá para confirmar uma imagem do Homem enquanto ser não apenas indeterminado como, igualmente, aberto ao mundo.

---

216 Castanheira NEVES, *Relatório,* 13.

217 «Ao nosso propósito é suficiente que o tenhamos fenomenológica e descritivamente presente, enquanto *meio* em que decorre existência humana, nos seus redutíveis elementos formativos: a *natureza* que o homem assimila e transforma pelo trabalho, numa intenção vital; os *artefactos*, as *técnicas* e as *obras* que o homem produz, numa intenção instrumental; e os *sentidos culturais* que o homem constitui numa interação simbólica para manifestação de si na interacção comunicante». Castanheira NEVES, *Relatório,* 13.

218 Hebert HART, *The concept of Law*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, 196-197.

219 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. III, 13.

220 Miguel REALE, *Filosofia do direito*, 19.ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, 691-692.

221 E isto porquanto as pretensões subjetivas de cada sujeito só podem emergir no âmbito de relações sociais, e no âmbito destas, sempre na pressuposição de uma mediação pelo mundo. Luís António Meneses Malheiros VALE, *Metodologia do direito*, *Guião das aulas práticas*, Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2011, 85.

Com efeito, a característica da indeterminação intencional traduz o fato de inexistir «uma acabada determinação ou codificação do comportamento humano de adaptação ao meio, [...] e que parecendo assim manifestar uma carência biológica»[222], já por isso força-o a construir uma espécie de segundo *habitat* — precisamente o *habitat* da cultura (das referências simbólicas comuns) e, nela, do mundo prático (dos referentes normativos partilhados) — para terminar a sua determinação comportamental.

A nota da abertura ao mundo, por sua vez, radica na ideia de que, sendo o Homem intencionalmente inespecializado, e, portanto, ao fim e ao cabo livre, está ele em condições de poder superar-se a si mesmo (de transcender; é ser de transcensão) — e isto em virtude da «possibilidade [que possui] de objectivar a sua experiência e de a superar num plano ideal, de a escrutinar racionalmente e de a compreender em termos espirituais» — intencionando (projetando para o futuro), assim, ser algo distinto daquilo que é[223].

Ora, esta intenção a outro nível de ser mais não é que uma intenção à plenitude, pelo que, enquanto apelo ou expressão da dialética finitude/transfinitude, há de converter-se verdadeiramente num dever-de-ser, ou num valor[224].

Ocorre, entretanto, que essa plenitude de ser só pode o Homem atingi-la no contexto de uma comunidade, e esta enquanto concreta manifestação material do nosso modo essencial de existir[225]. Isto porque, em primeiro lugar, essa comunidade nos aparece como uma condição de existência, configurando o meio «directo da nossa actuação e comunicação, critério imediatamente disponível de orientação e compreensão e com base no qual pré-determinamos e providenciamos a nossa práxis comum»[226]; em segundo lugar, porque também constitui para nós uma condição vital, ao prover-nos dos recursos materiais que só a colaboração de todos propicia; em terceiro lugar, porquanto configura, ainda, uma nossa condição ontológica no sentido de que «só

222 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. III, 16.

223 Luís António Meneses Malheiros VALE, *Metodologia*, 87.

224 «De outro modo: o valor é expressão de sentido da dialéctica do ser que o ser do homem institui. E daí o poder dizer-se — sem qualquer ilação historicista — que a sede da revelação do valor (dos valores) não a temos na ontologia, e sim na história: os valores revelam-se os sentidos fundamentantes com que o homem compreende e assume os projectos da sua realização histórica, e enquanto são antecipações de uma plenitude a que ele se abre no seu transcender.» Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. III, 19.

225 Isto é, «forçados» a coabitar e partilhar o mundo, vemo-nos todos, afinal, existindo coexistentemente, *sendo-com-outros*, e *sendo-com-outros* enquanto modo estrutural de existir que «se manifesta materialmente (com um certo conteúdo material, histórico-espacialmente determinado) sempre em função comunitária, sempre em referência a uma concreta comunidade». Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. III, 20.

226 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. III, 21.

em comunidade é possível conjugar as potencialidades humano-espirituais, através da síntese dos contributos de cada um de nós e de todos, para a plena realização de cada pessoa»[227].

Ora, a conjugação da condição mundanal com a condição antropológico-existencial expõe-nos diante de um problema: como tornar possível a convivência e a coabitação no mesmo mundo de homens dispersos e indeterminados? Através de uma ordenação da nossa fruição intersubjetiva do mundo, responderá António Castanheira Neves. Isto é, seres indeterminados e dispersos, seres de variação, e que são assim pluralmente, só poderão conviver num único mundo através da criação de uma ordem, uma em que afinal a unidade e a integração substituam a pluralidade e a dispersão, e bem assim a indeterminação intencional se veja superada pela objetivação dogmática e a variação pela institucionalização.

Sem embargo, enquanto as duas condições anteriores são incontornáveis em virtude de identificarem «um problema constante para o homem que é o da ordenação do acesso ao mundo e das relações intersubjectivas que a sua fruição origina»[228], a terceira caracterizar-se-á apenas como uma condição eventual, e isto no sentido em que é resultado de um compromisso cultural, ou de um projeto de ser civilizacionalmente específico.

Isto é, somente havemos de ter uma ordem de Direito com o seu sentido constitutivamente axiológico-normativo quando, e enquanto, se permitam os homens reciprocamente reconhecerem-se como pessoas nas suas respectivas dignidades, como verdadeiros fins em si mesmos e não apenas coisas disponíveis — trata-se agora de uma derradeira e especificamente constitutiva condição ética. O Direito só pode existir entre homens-pessoa e para tornar viável a integrante coexistência intersubjetiva de homens-pessoa — não há Direito para coisas.

E isso porque consubstancia a pessoalidade, enquanto aquisição axiológica que é, um ideal normativo acerca do modo como nós, enquanto seres humanos, nos devemos tratar no âmbito das «nossas relações intersubjectivas a propósito do mundo»[229] — razão pela qual se justifica dizer «[...] segundo o enunciado de Hegel, que "o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas"»[230].

---

227 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. III, 22.

228 Luís António Meneses Malheiros VALE, *Metodologia*, 88.

229 Luís António Meneses Malheiros VALE, *Metodologia*, 90.

230 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 41.

Com efeito, e como mencionamos anteriormente, o reconhecer-se pessoa significa reconhecer-se a si mesmo e aos outros, e ser por eles também reconhecido, tanto como um eu pessoal de autonomia e liberdade, quanto, igualmente, como um eu comunitário de responsabilidade e dever. A pessoa do Direito só é nesta sua autonomia e nesta sua responsabilidade, nos seus direitos e igualmente nos seus deveres[231].

Deste reconhecimento da nossa pessoalidade na sua estrutura bidimensional decorrem, portanto, e desde logo, duas implicações normativas fundamentais, cada uma referente a um dos polos apontados. Em primeiro lugar, e por um lado, desponta um princípio de igualdade, a traduzir a ideia segundo a qual nenhum homem-pessoa vale mais do que outro, e todas as suas eventuais diferenciações devem se justificar «perante essa igualdade entre pessoas». Em segundo lugar, e por outro ladro, desponta também um princípio de responsabilidade, a convocar a nossa corresponsabilidade «pela totalidade de intenções e valores» para os quais comunitariamente, e na comunidade, concorremos[232].

Ora, esta derradeira condição ética, com as suas muito específicas implicações normativas, nos permite vislumbrar qual o significado (ou sentido) que o Direito tem para o Homem e com o qual deverá ele ser assumido. E dir-se-á, quanto a este sentido, que ele somente estará adequadamente compreendido se tiver em conta o Direito, verdadeiramente, enquanto uma validade.

Isto é, o Direito constitui uma validade porque, na sua intenção ao justo e não ao injusto, ao lícito e não ao ilícito, ao devido e não ao indevido, se torna para o Homem um fundamento que o vincula e lhe diz como deve (inter)agir. O que de outra forma corresponde o mesmo a dizer: se nenhuma pessoa vale mais do que a outra, e se todas são responsáveis pelo cumprimento de intenções materiais comunitárias, as pretensões e exigências que reciprocamente uns dirijam aos outros só poderão ser cumpridas por força de «um fundamento axiológico-normativo que não pretira e antes satisfaça a dignidade e a igualdade, que perante estas validamente justifique a posição ou pretensão»[233-234].

Numa só palavra, portanto: o ser validade significa, afinal, reconhecer o Direito como um fundamento para as pretensões que, enquanto pessoas,

---

231 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 37-38.

232 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 37-38.

233 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 39.

234 Fernando Bronze exemplifica elucidativamente esta ideia: «Sempre que uma pessoa se dirige a outra afirmando "paga-me *x* porque me deves essa quantia", está a invocar um transindividual que as vincula a ambas, pois é como se lhe afirmasse: "paga-me *x* porque o *direito* diz-nos (a ambos) que me deves essa quantia"» (grifos postos). Fernando José BRONZE, *Lições,* 187.

reciprocamente nos dirijamos a propósito da nossa fruição intersubjetiva do mundo.

Pois bem, este é o significado (ou sentido) geral com o qual deverá o Homem assumi-lo, mas só com isso ainda não se resolve uma questão mais profunda e que será precisamente a de saber qual será o «fundamento que sustentará essa validade»[235], ou seja, a de saber qual constituirá o fundamento do fundamento.

Ora, a resposta que caberá para essa questão será precisamente esta: o Direito só se constitui numa validade e só se torna um fundamento vinculativo para o Homem porque na sua intenção à justiça, à licitude e ao devido, assimila e assenta em certos valores e princípios que «pertencem tanto ao *ethos* fundamental como ao episteme prático de uma certa cultura numa certa época»[236], e os quais o Homem, vendo-se neles reconhecido, já «não pode dispor sem a si mesmo se negar»[237].

Vale dizer, o Direito constitui uma ordem de validade porque fundamenta-se nos valores e princípios transindividuais decorrentes do nosso compromisso axiológico-normativo último (e que será também o nosso projeto regulativo civilizacional) de nos reconhecermos e respeitarmos reciprocamente como pessoas[238] — sem embargo, é na pessoa e nos princípios nos quais esta aquisição axiológica se traduz que está o fundamento da validade do Direito, ou, se quisermos, o fundamento do fundamento.

Ainda de outra forma, e agora nas palavras de Luís Vale: «O direito há-de ser uma validade normativa que aos homens cumpre constituir, e que só existe nos seus avatares históricos, quando seja assumida vinculativamente pelos membros de uma comunidade a ponto de constituir uma dimensão culturalmente real desta»[239].

Estes são o seu sentido e o seu fundamento, mas falta ainda referir a dimensão da sua normatividade, ou melhor, e como nos diz Castanheira Neves, falta ainda determinar uma «normatividade que dê conteúdo à validade do direito»[240], isto é, uma normatividade histórico-culturalmente concreta que torne essa validade uma validade normativa vigente.

---

235 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 68.

236 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 69.

237 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 69.

238 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 69.

239 Luís António Meneses Malheiros VALE, *Metodologia*, 89.

240 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. III, 70.

Com efeito, vimos já que o Direito há de ser uma validade porque assenta, e exprime na realidade, valores e princípios transindividuais que decorrem do nosso firme compromisso axiológico de nos reconhecermos mutuamente como pessoas. Estes valores e princípios sobre os quais ele assenta e projeta na *praxis* nem são eternos, por um lado, como igualmente não são imutáveis os seus respectivos sentidos, por outro.

Isto significa que em todas as comunidades, e em todas as épocas, esses valores e princípios por meio dos quais exprime o Direito a sua validade terão uma certa materialidade normativa histórica e específica. Castanheira Neves chama de «consciência jurídica geral» a essa materialização concreta e histórico-cultural dos valores e princípios em que se exprime a validade do Direito e que consubstanciam assim o *corpus iuris* vigente num certo tempo e num certo espaço.

Isto é, constitui a «consciência jurídica geral» a «dimensão especificamente jus-axiológico-normativa do conjunto de referências de sentido que são compartilhadas pelos membros [...] [de uma] comunidade histórico-concretamente considerada»[241].

Para o jurisprudencialismo, são três os planos da consciência jurídica geral que determinam a normatividade da validade do Direito num certo contexto espaciotemporal. Com efeito, o primeiro deles, de maior contingência sociocultural e política, é constituído pelos padrões sociais e culturais que vão sendo seletivamente assimilados pelo Direito — embora de modo transformador! — e que passam assim a ter significação e a projetar efeitos jurídicos.

Isto é, trata-se do plano da consciência jurídica em que vão sendo absorvidos pelo Direito certos valores ético-sociais vigentes, numa certa comunidade, e num certo tempo, e que são exemplos o valor da boa-fé nas relações contratuais, a moralidade administrativa no trato com a coisa pública, entre outros. Fernando Bronze, pela mediação de Castanheira Neves, di-lo-á o «estrato social e político-ideológico da "consciência jurídica geral"»[242].

O segundo plano, por sua vez, de uma específica principiologia jurídica, é constituído pelos princípios jurídicos fundamentais que deverão estar presentes em «qualquer ordem jurídica para que justificadamente nos dispúnhamos a qualificá-la como autenticamente de direito»[243]. Trata-se, assim, do estrato da consciência jurídica em que estão contidos os princípios verdadeiramente

241 Luís António Meneses Malheiros VALE, *Metodologia*, 94.

242 Fernando José BRONZE, *Lições,* 476.

243 Fernando José BRONZE, *Lições,* 480.

constituintes de uma legítima ordem jurídica, tais como, por exemplo, o princípio do Estado de Direito, da legalidade criminal, do contraditório e ampla defesa, entre outros[244].

O terceiro e último plano de uma substantiva axiologia essencial, é constituído pelo valor da pessoa e pelas suas implicações normativas fundamentais — os princípios da igualdade e responsabilidade. Esta, portanto, constitui a analítica da consciência jurídica que determina a normatividade da validade do Direito em cada contexto social e em cada momento histórico.

Com efeito, até agora falamos dos protagonistas, dos objetivos e dos pressupostos do jurisprudencialismo, assim como da sua compreensão do Direito, da compreensão do seu fundamento (do Direito), da sua normatividade e da analítica que determina essa normatividade. Falta, ainda, tratarmos do tipo de racionalidade que deverá o pensamento jurídico assumir em vista desta compreensão do Direito e para a sua judicativo-decisória[245] realização.

E será ela, assim, uma racionalidade: 1. prático-material e axiológico-normativa; 2. que se estrutura em torno de dois polos — o sistema e o problema (o concreto problema jurídico) a decidir —; 3. e que opera mediante uma dialética entre esses polos. Vejamos o que significa cada um destes itens.

1. A índole da racionalidade convocada a realizar judicativo-decisoriamente o Direito será: a. prática (sujeito/sujeito, e não sujeito/objeto), porque a sua é uma intenção de racionalização da intersubjetiva interação comunicativa e argumentativa humana; b. material, porque a sua validade não reside no cumprimento de requisitos e de um itinerário argumentativo, mas antes «se acha sustentada por algo materialmente pressuposto que se entende susceptível de dar sentido positivo (fundamentante ou legitimante) à prática»[246]; c. axiológica, porque esse «algo pressuposto» que sustenta a sua validade são valores e princípios; e, d. normativa, porque esses valores e princípios são os do Direito e que, portanto, ela expressará em vista de determinar ao Homem um certo modo de agir.

---

244 Fernando José BRONZE, *Lições,* 480.

245 É *judicativa* porque o Direito realiza-se, «mediante uma *ponderação argumentativa racionalmente*» fundada de um terceiro imparcial, resolvendo controvérsias práticas; e é também *decisória* porque, embora axiologicamente fundada a *ratio* expressa pelo *juízo* do terceiro imparcial (o paradigma que ao jurisprudencialismo corresponderá), haverá ela ainda assim de manifestar e de se sustentar numa imposição autoritária, pois que a solução conseguida por meio da ponderação argumentativa racional do terceiro interveniente não exclui, à partida, outras soluções também possíveis — em uma só palavra: deverá haver uma última palavra, e, enquanto tal, essa «é a opção resolutiva que si a própria se afirma ou impõe». Castanheira NEVES, *Metodologia jurídica*. 31-33.

246 Luís António Meneses Malheiros VALE, *Metodologia*, 140.

2. A sua estrutura, por sua vez, tem de um lado o sistema jurídico e do outro o caso jurídico. Comecemos pelo primeiro.

O sistema jurídico positivado constitui a objetivação institucional e a estabilização dogmática do *corpus iuris* (ou da histórico-cultural consciência jurídica geral) vigente num certo tempo e num certo espaço — ou seja, constitui uma espécie de intermediário objetivo entre a validade do Direito e o domínio prático de onde provém os problemas.

No âmbito da mundividência jurisprudencialista, este sistema jurídico é compreendido como uma unidade de intenção normativa constituída por múltiplos elementos, todos eles congruentemente articulados uns com os outros conforme o sentido específico do Direito, ou, se quisermos, conforme a validade em que se traduz aquele sentido. Isto é, trata-se de um todo normativo composto por elementos jurídico diversos, e que se acham entre si numa coerente articulação segundo os princípios e valores normativos através dos quais a validade do Direito se traduz.

Ora, esta sua compreensão permite-nos ver, desde logo, a primeira das suas características. É que configura este, em primeiro lugar, um sistema de índole eminentemente material, e não já só formal, lógico-formal. E isto pela razão de que a conexão entre os seus distintos elementos constituintes não se dá porque uma necessidade puramente lógica a impõe, mas, sobretudo, porquanto é a sua uma articulação materialmente intencional — só se articulam congruentemente por força dos princípios e valores através dos quais traduz o Direito a sua validade, e só em virtude dessa validade é que há articulação.

Isto corresponde a dizer que este sistema, assim compreendido, manifesta um caráter material não porque o seu conteúdo encontra-se racionalizado por força de exigências lógicas, mas, em verdade, porque esta racionalização resulta e observa as exigências materiais decorrentes do nosso compromisso axiológico-normativo de nos reconhecermos e respeitarmos como pessoas.

Depois, constituirá esse um sistema «de abertura problemática e de sentido normativo regressivamente reconstrutivo *a posteriori*», e isto no sentido de que se trata de um sistema que se alimenta dos novos problemas práticos que surgem e para os quais sempre se exige uma resposta, mas que os responde a partir dos critérios — enquanto constituem soluções normativas de problemas anteriores — predisponíveis em si, pelo que vão assim e nesta lógica densificando a si mesmos e ao sistema como um todo.

Isto é, o sistema jurídico na perspectiva jurisprudencialista é um sempre aberto e constituendo — uma vez que novos problemas vão sempre exigindo-lhe novas soluções —, mas que realiza-se ou opera segundo uma dinâmica

regressiva, pois que as novas soluções que vão sendo dadas sempre partem dos critérios já existentes e vão, nessa lógica, transformando-os, reconstruindo-os e densificando-os, assim como o sistema na sua integralidade vai se alterando materialmente.

Com efeito, esse sistema jurídico tal como o concebe Castanheira Neves, terá, ainda, uma última característica: trata-se de uma «unidade de totalização normativa» pluriestratificada, ou pluridimensional, que se distribui ao longo de cinco estratos constituintes. Numa sua tentativa de síntese, caberá dizer-se o seguinte.

O primeiro estrato do sistema é composto pelos princípios normativos (positivos, transpositivos e suprapositivos) em que assenta, com uma certa objetivação histórico-institucional, a validade do Direito e através dos quais ela se exprime e se projeta na realidade prática. São três as suas notas mais relevantes a serem destacadas. Em primeiro lugar, os princípios normativos são constitutivos do próprio Direito vigente e representam o momento de validade do sistema, e isto porque consubstanciam as traduções de exigências normativas diretamente decorrentes do nosso compromisso e projeto de nos reconhecermos e respeitarmos reciprocamente como pessoas[247] — constituem «objectivações (normativamente materiais) de compromissos prático-comunitários e do horizonte de (ou da dimensão de) validade que estes compromissos traduzem ou realizam»[248]. Em segundo lugar, não só representam o momento de validade do sistema como dele também participam, pois que enquanto autêntico Direito vigente, convertem-se em fundamentos para o Homem no âmbito da sua interação com os demais. Em terceiro lugar, e como direta decorrência dos pontos anteriores, beneficiam «de uma presunção de validade» e nos vinculam enquanto validade[249].

O segundo estrato é composto pelas normas legais, enquanto consubstanciam «critérios jurídico gerais e abstractos que visam solucionar imediatamente um determinado conjunto (tipo, série...) de problemas»[250]. Constituem, assim, o produto do encontro entre o jurídico e o político, ou, se quisermos, o produto de uma constituinte positivação político-estratégica da validade do Direito levada a cabo pela autoridade político-constitucional competente para a realizar essa determinação normativa. Daí que seja a sua uma «presunção de autoridade e a [vincular-nos] enquanto autoridade (político-constitucional)»[251].

---

247 Fernando José BRONZE, *Lições,* 629.

248 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito,* 93.

249 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito,* 105.

250 Fernando José BRONZE, *Lições,* 629.

251 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito,* 109.

O terceiro é o estrato da jurisprudência judicial. Sem embargo, trata-se do plano composto pelo conjunto das soluções concreto-judicativamente construídas para problemas anteriores, mas que se projetam como «um *exemplum* (um precedente, um *praejudicium*, entenda-se, um juízo-julgamento anterior) para soluções futuras (de outros casos)»[252]. Convém referir, constitui este estrato um repositório específico de soluções concretamente experimentadas na judicativo-decisória realização do Direito, mas que servem de exemplo, pelo tipo de solução proposta, para outros casos futuros. Daí que beneficiem «de uma presunção de justeza [...] que assim só poderá ser posta em causa, por disposições diferentes ou contrárias, através de um infirmante "ónus de contra-argumentação"…»[253].

O quarto estrato desse sistema assim compreendido é composto pela jurisprudência dogmática. Junto com o anterior, formam aquilo que se designa de Direito dos juristas[254]. Com efeito, neste plano constam o conjunto de soluções doutrinais (tratados, lições, monografias, comentários...)[255] que, inspiradas por uma certa assimilação dos princípios normativos, são livre e racionalmente elaboradas pelos juristas a partir das normas legais e dos precedentes judiciais. Gozam, portanto, de uma presunção de racionalidade que nos vincula «nos limites discursivos da sua concludência ou fundamentação críticas»[256].

Finalmente, no sistema jurídico da mundividência jurisprudencialista *há espaço, ainda, para um derradeiro plano: o da realidade jurídica. Com efeito, nesta* concep*ção*, a realidade é assimilada como estrato do sistema, *não apenas pela circunstância de o* Direito existir com intenção de se realizar, mas porque, antes de mais, tanto ela o amolda nos seus mais diferentes domínios (econômico, político, cultural, especificamente jurídico...), como, ainda, nela se manifestam certos usos e costumes que traduzem «o momento de "ação histórica" da juridicidade»[257-258] — goza, por essa razão, de uma presunção de eficácia[259].

---

252 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito,* 111.

253 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, cit., 156.

254 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito*, 123.

255 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito,* 118.

256 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito,* 123.

257 Fernando José BRONZE, *Lições,* 663.

258 «E daí que, por exemplo, os tipos de contratos que vão emergindo, as cláusulas contratuais elaboradas pelas próprias partes, as normas das associações privadas, por elas mesmas criadas, as novas formas de vinculação recíproca, juridicamente relevantes, sem que possa falar-se na celebração de um negócio jurídico em sentido estrito, certas práticas empresariais ou dos serviços públicos, determinados usos do comércio internacional, etc., constituam outras tantas manifestações da mencionada circunstância de a realidade jurídica integrar o sistema de direito.» *Idem*.

259 *Ibidem*, p. 673.

Este é o sistema jurídico. No outro polo, por sua vez, encontra-se o concreto caso jurídico a resolver. São três as suas notas. Trata-se, em primeiro lugar, de um problema, uma dúvida surgida no âmbito de uma relação entre algo que já vai pressuposto pelo sujeito e que tem intenção de cumprir e uma «situação real que resiste a esse cumprimento». Trata-se, em segundo lugar, de um problema jurídico, uma dúvida jurídica, porque pergunta-se pela validade desta situação pressupondo um «sentido de Direito», isto é, pressupondo a axiologicamente fundada normatividade do Direito e que ele intenciona realizar. Trata-se, por fim, de um caso jurídico concreto porque desponta de uma situação real, para ele se coloca, e é de si que parte a resistência ao cumprimento do Direito[260].

3. Esta racionalidade assim caracterizada na sua índole e estrutura opera mediante uma dialética entre aqueles dois polos. Isto significa que o concreto problema jurídico toca o sistema, tal-qualmente este toca de maneira recíproca aquele, e, sem se reduzirem um ao outro, permitem culminar na síntese que constituirá o concreto juízo decisório proferido pelo julgador, terceiro interveniente subjetivo e imparcial.

3. *Quid Ius?*

Pois bem, com tudo isto que atrás se sublinhou, temos, agora, condições de responder às perguntas condutoras que antes formulámos, e que, todavia, ainda se encontravam em aberto. Com efeito, a primeira delas, a que apontámos como sendo o nosso problema de investigação, dissemos ser a questão de saber como são os direitos humanos perspectivados pelo jurisprudencialismo. Mas ressaltámos, entretanto, que no âmbito da mundividência jurisprudencialista, ela convertia-se numa outra questão cuja solução implicava a sua resposta. Era esta a questão de saber se haveria de estar nos direitos do Homem o fundamento e o sentido todo — e possível — do Direito, pelo que daí haveremos de começar.

Ora bem, no decurso desta investigação pudemos observar que toda concepção de Direito leva em si implicada uma certa concepção do Homem, e isto na medida em que é o Direito um produto cultural, e é a cultura o *habitat* que ao Homem

[260] Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica,* 159-162.

corresponde e no qual ele define, existindo, a sua «essência»[261]. Pois já não nos disse Sartre «que o homem primeiro existe, se encontra, surge no mundo, e que se define depois»[262], e Henry David Thoreau que «Aquilo que um homem pensa de si mesmo — é isso que determina, ou antes indica, o seu destino»[263]?

Toda a compreensão do jurídico leva em si implicada uma certa conceção do Homem porque não apenas o Direito é um produto cultural, mas, sobretudo, porque é a cultura — da qual o Direito constitutiva e inegavelmente participa — o produto da consciência reflexiva do Homem e o lócus privilegiado, onde ele se escrutina a si próprio, onde se reconhece na sua abertura ao mundo e no seu poder-ser («no seu vazio», na sua «não essência»), e onde se imputa a si mesmo o seu projeto de realização — aliás, a cultura é a consequência e o domínio onde «O homem é não apenas tal como ele se concebe, mas como ele se quer, e como ele se concebe depois da existência, como ele se quer depois desse impulso para a existência»[264].

Sem embargo, os direitos humanos pressupõem igualmente uma certa imagem do homem: a do homem-indivíduo e sujeito, como também do *homo oeconomicus*, identidades todas essas que se afirmaram na modernidade e como uma sua indelével dimensão constitutiva.

Com efeito, vimos que a imagem do homem-indivíduo foi construída como uma forma de oposição, durante a modernidade, tanto ao que havia sido o Homem clássico da Grécia e Roma antigas, como, sobretudo, ao que havia sido o Homem da Baixa e Alta Idade Média. Nestas duas épocas anteriores à modernidade, o Homem só se compreendia por referência a uma transcendente exterioridade, isto é, no primeiro caso, entendia ser uma entidade cósmica integrante do todo preordenado e preexistente que era o cosmos, e, no segundo caso, entendia ser o produto da vontade divina, a criação de Deus.

Na modernidade, o homem-sujeito cartesiano, ao escrutinar a si próprio pelo seu sentido, convertendo-se em seu objeto de reflexão, acaba por se deparar com a sua radical e originária liberdade, pelo que passa então a compreender-se como um ser livre e insujeito às determinações transcendentais veiculadas pelas instituições sociais; descobre-se, afinal, projeto de si próprio,

---

261 Jean-Paul SARTRE, *L'existentialisme est un humanism*, Paris: Nagel, 1952. Citado na versão traduzida: Jean-Paul SARTRE, «O existencialismo é um humanismo», trad. de Luiz Damon Moutinho, *in* Jairo MARÇAL, org., *Antologia de textos filosóficos*, Curitiba: SEED, 2009, 616-639.

262 *Ibidem*, p. 619.

263 Eduardo GIANNETTI, *O livro das citações*, São Paulo: Companhia das letras, 2008, 62.

264 Jean-Paul SARTRE, «O existencialismo é um humanismo», 620.

como também responsável pelas suas próprias consequências — afirmava-se nestes termos o homem-indivíduo.

O individualismo surge, pois, como uma marca da modernidade e como um modo de o Homem afirmar a sua liberdade e desvinculação do coletivo onde, afinal, estava imerso e submetido os seus predecessores clássicos e medievais. Isto é, tratava-se de uma atitude de total negação da vinculação que antes existia com as instituições sociais, sobretudo uma negação dos valores, crenças e deveres que estas instituições veiculavam, para passar-se a afirmar a determinação apenas da vontade autônoma e racional.

E nessa negação de vínculos comunitários e consequente afirmação do império da vontade, o que sempre esteve em causa foi a afirmação dos interesses, especialmente os de cunho econômico, que, agora, se poderiam realizar livremente sem quaisquer impedimentos ou constrangimentos exteriores — a propósito, do que se tratou nas revoluções norte-americana e francesa não foi da «defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável»[265]?

Ora, essa autorreflexão antropológica do Homem foi a responsável pela mudança de todo o ambiente cultural que se seguiu no hemisfério ocidental, e os direitos humanos, como parte integrante e participante dessa nova cultura que então surgia, levaram consigo e em si o resultado desta autorreflexão. Mas em que medida?

Sem embargo, na medida em que consubstanciaram interesses subjetivos traduzidos em direitos tidos como naturais, absolutos e titulados por todos os homens só por serem homens; uns direitos que nem o Direito fundado no contrato social (Direito Positivo), nem o Estado contratualisticamente pensado, e nem a sociedade poderiam contrariar — aliás, não seria «finalidade de toda associação política [...] a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem», quais sejam, «a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão»[266]?

Com efeito, os direitos humanos constituem um produto da afirmação do individualismo[267] e da racionalidade do Homem moderno. Ou melhor, foram estes individualismo e racionalidade duas condições de possibilidade para sua afirmação, e isto porque somente tornaram-se possíveis estes direitos, pelo menos naqueles termos em que foram inicialmente pensados, depois que

---

265 Fábio Konder COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 7.ª ed., rev. atual, São Paulo: Saraiva, 2010, 63-64.

266 Artigo 2.° da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789.

267 Guy HAARSCHER, *A filosofia dos direitos do homem*, trad. de Armando Pereira da Silva, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, 16.

o Homem moderno, libertado pela mediação da razão, pôde afirmar a sua desvinculação comunitária e institucional, fator que torna «compreensível a índole de direitos absolutos com que tendem a ser pensados»[268].

É nestes termos que Fábio Konder Comparato também se manifesta, considerando que «As declarações de direito norte-americanas, juntamente com a declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas»[269].

Mas será dessa imagem do Homem que se deverá partir para compreender o sentido do Direito, ou será esta a imagem do Homem que este sentido pressupora? Para o jurisprudencialismo de Castanheira Neves, a resposta é negativa.

Isso porque, como também vimos, aqui, o Homem pressuposto nem é este indivíduo isolado e desvinculado de quaisquer contextos integrantes, nem é o membro assimilado e diluído no todo comunitário do período pré-moderno, mas, antes, o homem-pessoa, que se reconhece a si mesmo e aos outros, e por eles é reconhecido, tanto como um eu pessoal dotado de autonomia e liberdade (e, portanto, de vontades e interesses), quanto, igualmente, como um eu comunitário dotado de responsabilidade e dever.

E só na pressuposição desta compressão do Homem, e quando ele a tenha, é que teremos o autêntico sentido do Direito: uma validade que, na sua intenção ao justo, ao lícito e ao devido, se torna para o Homem um fundamento que o vincula e lhe diz como deve (inter)agir validamente com as outras pessoas à propósito do mundo.

Ora, para o jurisprudencialismo, portanto, o sentido e o fundamento do Direito não poderão estar nos direitos humanos, isto pelo facto de que a imagem do Homem que estes direitos afinal pressupõem, e sobre a qual eles estão assentes, não leva em conta, ou melhor, exclui à partida a vinculação comunitária, assim como a responsabilidade implicada nesta vinculação, que o Direito *qua tale* sempre pressupõe.

E é por isso que se diz — servimo-nos das palavras de Castanheira Neves — que:

> o reconhecimento de direitos com sentido absoluto e plenamente exclusivo acaba afinal por significar o não reconhecimento do direito especificamente como tal — o reconhecimento absoluto de direitos a

[268] Castanheira NEVES, «O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», 45

[269] Fábio Konder COMPARATO, *A afirmação,* 65.

> traduzir-se no não reconhecimento do direito *qua tale*. Que o mesmo é dizer que a extrema justiça que se queira ver naquele reconhecimento de direitos de sentido absoluto e em exclusividade para o deles beneficiário se pode traduzir numa inaceitável injustiça para com o outro ou outros em que os direitos desse modo repercutam — afinal uma injustiça na invocação da justiça, verdadeiramente uma justiça injusta.[270]

Mas essa não constitui, para nós, a única razão para se considerar que não estará nos direitos do Homem o fundamento e o sentido do Direito. Há uma segunda, que tem que ver com a compreensão da *praxis* em que assentam.

Com efeito, na época pré-moderna referimos que o Homem se encontrava totalmente absorvido pela comunidade, e vivia nela integrado pelos valores que as instituições sociais normativamente definiam e manifestavam. Isto é, a sua interação com os demais só era considerada válida se tivesse por referência aqueles valores, provenientes todos eles de ordens transcendentais, mas manifestados pelas instituições sociais[271].

Na modernidade, este quadro alterou-se, pois que livre das imposições externas e assumido no seu individualismo, passa o Homem a ver-se somente como «sujeito de poderes e de interesses elevados à categoria de direitos»[272], isto é, o lugar ocupado pelos valores da ordem transcendental passou a ser ocupado pela vontade e pelos interesses — e daí que o desafio passasse a ser o de pensar numa ordem em que a vontade livre e autônoma se pudesse impor sem, todavia, prejudicar a imposição das outras vontades livres e autônomas[273].

Ora, isto tudo levou que a *praxis* humana passasse a ser compreendida, na modernidade, enquanto uma compossibilitação racional de vontades autônomas e interesses subjetivos — ou seja, só era válida a ação humana que também respeitasse a vontade dos outros traduzida na mesma linguagem de direitos e tudo isto conforme os termos estabelecidos por lei geral e abstrata. É por isso que se diz «que o homem moderno (de autonomia e racionalidade) racionalmente intenciona a sua prática numa elaboração sistemático-dedutiva de normas»[274].

Ora, faz sentido, então, perguntar: não estão os direitos do Homem a pressupor exatamente este sentido da prática humana? Isto é, não estão eles a se sustentar, afinal, numa compreensão da *praxis* como sendo esta apenas uma

---

270 Castanheira NEVES, O direito interrogado pelo tempo presente…, cit, 48-49.

271 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. 1º, 323.

272 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. 1º, 324.

273 Castanheira NEVES, O direito interrogado pelo tempo presente…, cit, 48-49.

274 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol.3º,114.

compossibilitação de vontades racionais e interesses subjetivos entendidos como deduzíveis direitos naturais de todos os homens?

Sim, estão, e é precisamente o que considera a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789) ao dispor, em seu artigo 4.º, que «A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei»[275].

Ora bem, e será essa a compreensão da prática humana sobre a qual deverá assentar o Direito? Para o jurisprudencialismo de António Castanheira Neves, a resposta é, mais uma vez, negativa.

Isto porque, como vimos na segunda etapa do nosso percurso, aqui, a compreensão da prática nem é aquela que elimina a dimensão de subjetividade dos indivíduos e hipertrofia a dimensão da sua integração e responsabilidade comunitária, nem é esta da modernidade que elimina a dimensão da integração e responsabilidade comunitárias para hipertrofiar a dimensão de subjetividade, mas, antes, aquela que equilibra delicadamente as duas dimensões, de modo a garantir uma ineliminável dimensão de subjetividade, contudo uma dimensão de subjetividade que se compreende responsável pelos valores da comunidade em que se encontra integrada.

Afinal, não constitui o Direito esta específica dialética que se opera entre o domínio da *societas* e o domínio da *communitas*?

Ora, para o jurisprudencialismo, portanto, o sentido e o fundamento do Direito também não poderão estar nos direitos humanos pelo fato de que a compreensão da *praxis* em que estes direitos assentam acentua exageradamente uma dimensão de subjetividade, com prejuízo da dimensão de integração e responsabilidade comunitária que o Direito, igual e necessariamente, sempre pressupõe.

Essa, portanto, é a primeira parte da resposta à pergunta ao nosso problema de investigação. Mas agora caberá, então, enfrentá-lo diretamente: como o jurisprudencialismo afinal perspetiva os direitos do Homem?

Com efeito, não se trata aqui de negar a bondade ou a justeza destes direitos, mesmo até da sua importância histórica, jurídica e política. O que o jurisprudencialismo recusa, e pelas razões que vimos acima, é entender que estes direitos humanos esgotem o sentido todo do Direito ou constituam o seu fundamento.

Por outras palavras: o jurisprudencialismo perspetiva os direitos do Homem não para negá-los , mas para recusar as propostas que, no âmbito

[275] Artigo 2.º da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, 1789.

do pensamento jurídico, entendem que nestes direitos estará o fundamento e o sentido do próprio Direito — e só nestes termos é que se poderá validamente responder-se a este nosso problema de investigação.

Considerações finais

Chegado ao fim do percurso traçado, encaramos estas derradeiras considerações como uma última oportunidade de poder reafirmar as respostas para as duas perguntas condutoras deste estudo e que as sabemos quais.

Ora, à questão de saber se haverá de estar nos direitos humanos o fundamento e o sentido do Direito, caberá, nos termos da mundividência jurisprudencialista, uma resposta negativa, e isto pelas duas razões que ainda há pouco apontamos: o decisivo destes direitos estará na equivocada compreensão do Homem e da *praxis* em que assentam e pressupõem.

Já para a questão de saber como o jurisprudencialismo encara e perspectiva estes direitos humanos, caberá como resposta o seguinte: reconhece a sua importância histórica, política e jurídica e não os nega enquanto dimensão essencial da juridicidade, mas recusa que o sentido e o fundamento de todo o jurídico estejam nestes direitos do Homem, e pelos motivos citados anteriormente.

A questão que, todavia, deixaremos em aberto nesta investigação será a de saber se este ainda constituirá o sentido dos direitos humanos ou se, hoje, já não será outro o seu sentido como grande parte da doutrina compreende e sustenta, qual seja, o de constituírem uma expressão fulcral e nuclear da dignidade humana.

Para Castanheira Neves, «É neste sentido de direitos que o homem titula, não apenas num seu reconhecimento axiologicamente transcomunitário, mas em ruptura individualística com a comunidade [...], que temos o verdadeiro sentido dos direitos do homem»[276]. Fica-nos a impressão, contudo, de que são mais bem compreendidos, e sustentáveis, se a sua nota decisiva a virmos na dignidade humana, com eles assim a constituírem uma sua expressão capital.

Mas seja como for, já estará na dignidade o seu fundamento decisivo, pelo que mais uma vez reiteraremos que não poderão eles esgotar nem o sentido do Direito, nem o seu respectivo fundamento.

[276] Castanheira NEVES, O direito interrogado pelo tempo presente, cit., 45.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto — *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. ISBN: 9788535215618

BRONZE, Fernando José — *Lições de introdução ao direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN: 9789723213782

COMPARATO, Fábio Konder — *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN: 9788553604098

GIANNETTI, Eduardo — *O livro das citações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. ISBN: 9788535912432

HAARSCHER, Guy — *A filosofia dos direitos do homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. ISBN: 9789728329297

HART, Hebert — *The concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994. ISBN: 9780199644704

HESPANHA, António Manuel — *A cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN: 9789724048109

HUNT, Lynn — *A invenção dos direitos humanos. Uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009 ISBN: 9788535914597

ISRAEL, Jonathan I. — *Democratic enlightment. Philosophy, Revolution and Human Rights 1750-1790*. Oxford: Oxford University Press, 2011. ISBN: 9780199668090

KAUFMANN, Arthur — *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2004. ISBN: 9789723110630

LINHARES, José Manuel Aroso — *Introdução ao direito. Sumários desenvolvidos 2008-2009*. Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2008.

Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo. Sumários desenvolvidos. Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2011.

O direito como mundo prático autônomo: "equívocos" 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: Universidade de Coimbra, policopiado, 2013.

O projectar do mundo prático do direito enquanto prática de comparação-*tribuere*. *Revista Portuguesa de Filosofia*. ISSN: 0870-5283. Vol. 70, fasc. 2-3 (2014), pp. 309-326.

LIPOVETSKY, Gilles — *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporâneo*. Barcelona: Editorial Anagrama, 1986. ISBN: 9788433967558

El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tempos democráticos. Barcelona: Editorial Anagrama, 1994. ISBN: 9788433967954

MALPAS, Simon — *Jean-François Lyotard*. New York: Routledge, 2003. ISBN: 9780415256148

MARITAIN, Jacques — *Los derechos del hombre*. Madrid: Biblioteca Palabra, 2001. ISBN: 9788482395272

MARQUES, Mário Reis — O liberalismo e a codificação do direito civil em Portugal. Subsídios para o estudo da implantação em Portugal do Direito Moderno. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. ISSN: 0303-9773 (1987).

História do direito português medieval e moderno. Coimbra: Almedina, 2002. ISBN: 9789724016863

Introdução ao direito. Coimbra: Almedina, 2007. Vol. 1. ISBN: 9789724032559

NEVES, António Castanheira — *Questão-de-fato — Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN: 9789723206302

Relatório: com a justificação do sentido e objectivo pedagógico, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de «Introdução ao estudo do direito». Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 1976

Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra, Coimbra Editora, 1995. Vol. 1. ISBN: 9789723206753

Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. Vol. 3. ISBN: 9789723215861

O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In António José Avelãs NUNES / Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, coord., *O direito e o futuro. O futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 09-82.

Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Vol. 2. ISBN: 9789723206951

O jurisprudencialismo: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In Nuno M. M. Santos COELHO / Antônio Sá da SILVA, org., *Teoria do direito: direito interrogado hoje — o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Salvador: Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012. pp. 9-79.

Teoria do direito. Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, [s/d].

REALE, Miguel — *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN: 9788502041479

SARTRE, Jean-Paul — O existencialismo é um humanismo. *In* Jairo MARÇAL, org., *Antologia de textos filosóficos*. Curitiba: SEED, 2009, pp. 616-639. ISBN: 9788585380892

VALE, Luís António Meneses Malheiros — *Metodologia do direito. Guião das aulas práticas*. Coimbra: Universidade de Coimbra, policopiado, 2011.

VILLEY, Michel — *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 9788578279912

(Página deixada propositadamente em branco)

8. «Constituição» em perspectiva histórico-cultural e os limites e o sentido do Poder Constituinte

Leitura jurisprudencialista da lição fundadora de Emmanuel Joseph Sieyès

«Constitution» in historical-cultural perspective and the limits of Constituent Power

A Jurisprudentialist reading of the founding lesson of Emmanuel Joseph Sieyès

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho
Universidade de São Paulo (USP)
https://orcid.org/0000-0003-3824-2825

Abstract: This chapter focuses on one of the contributions of Enlightenment to the historical-cultural process of building the human *person* as the civilizational foundation of law, in which the re-appropriation and reinvention of the meaning of «Constitution» takes place. In the light of these assumptions, it is understood that «Constitution» is not any set of rules that stands out for showing supremacy over all others (formal aspect) or for concerning to the exercise of sovereignty and the rights of subjects or citizens in relation to power (material aspect) — but the *juridical* document that recreates common life as life in equality and freedom.

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_8

The research discusses the ideas of Sieyès, which are helpful to understand how modern-liberal thought is committed to the conception of human being as marked by being *equal* and *free* — influencing the constitutionalist movement in the 18th century with important consequences in the history of law.

Keywords: Sieyès — Constituent Power — Jurisprudentialism

1. Introdução

A escola jurisprudencialista, sob a inspiração da obra de António Castanheira Neves, da Universidade de Coimbra, convoca a refletir sobre o significado civilizacional do Direito, para compreender como o pensamento jurídico integra a forma de pensar e viver que caracteriza o Ocidente.

Segundo a compreendemos, trata-se da tarefa de pensar o Direito no nosso tempo — o seu sentido — à luz da reconstrução da sua história, para que possamos entender em que medida devemos o que somos — enquanto civilização — a compromissos *jurídicos* (e não simplesmente políticos ou morais) que forjaram e forjam a nossa cultura.

Nos livros *Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles* e *Direito, Filosofia e a Humanidade como Tarefa*, aceitamos o desafio jurisprudencialista de pensar os fundamentos prático-culturais que possibilitaram (possibilitam) o advento do pensamento jurídico, e singularizam-no. Ali, estudámos a contribuição grega à constituição do Ocidente como civilização fundada no Direito.

Noutras oportunidades — em cursos e textos — temos levado a efeito outros estudos jurisprudencialistas de reconstrução dos fundamentos antigos, medievais, moderno-iluministas e contemporâneos decisivos no processo (infinito) de reconstrução e reafirmação do Direito, por quais se foi e vai constituindo enquanto princípio (exigência e intenção problematizadora) de nossa forma de vida.

Dizemos que estes estudos são jurisprudencialistas porque, animados pelo esforço em compreender o Direito como instância de autodeterminação humana, como resposta possível em que o ser humano, atendendo ao problema universal imposto pela convivência, decide-se pela possibilidade de

viver como *Pessoa*. Viver como *Pessoas*, reconhecendo-nos enquanto seres humanos *iguais*, *livres* e *responsáveis*, é uma possibilidade apenas, forjada na história que se pensa, assim, como radicalmente constitutiva de nossa própria Humanidade.

Estes estudos são jurisprudencialistas porque não são simplesmente exercícios de rememoração histórica, mas esforço por compreender o que o Direito significa para nós, aqui e agora — à luz de seu lugar na *história* que não se pensa como o passado, mas como o médium por qual nós todos, juntos, e cada um de nós, permanentemente, construímo-nos.

O trabalho do filósofo-historiador do Direito, como nos lembra René Marcic (1971), não se cumpre senão no compromisso com seu próprio tempo. Esta consciência acerca do tempo a partir do qual falamos permite compreender o passado em sua diferença, e é por isto condição para um verdadeiro diálogo que nos possa instruir sobre nós mesmos.

Assim, torna-se, o historiador das ideias, filósofo do Direito — aceitando que a missão da filosofia do Direito consista, como ensina Castanheira Neves, em reflexão do jurista acerca do que representa o Direito em nosso tempo — do quanto devemos, do que somos, à decisão por vivermos sob o Direito.

Neste estudo, gostaríamos de lembrar um dos momentos decisivos deste processo de (re)invenção do Ocidente e do Direito, visitando o ano de 1789, na Paris revolucionária, para aprender, com o abade Sieyès, o sentido que emprestou às palavras *Nação*, *Constituição* e *Poder Constituinte*, no texto que se tornou central para a tradição constitucionalista moderna — o seu panfleto *O que é o Terceiro Estado?*

A obra data de 1789, em cujo 5 de maio se dá a inauguração dos Estados Gerais em França; em 17 de junho, o Terceiro Estado proclama-se Assembleia Nacional Constituinte; em 14 de julho, dá-se a Tomada da Bastilha; em 26 de agosto, proclama-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A Assembleia Nacional Constituinte funcionaria até 1791, e o panfleto de Sieyès desempenhou importante papel nos debates acerca de sua legitimidade, seus fundamentos e seus limites. Trata-se, como vemos, de texto empenhado em passo histórico decisivo do processo de autoconstrução do Ocidente e do seu compromisso com o Direito, e que deve ser frutuosamente relido no nosso esforço em compreender o nosso próprio tempo. Texto que pode ajudar a esclarecer-nos sobre o sentido histórico-cultural da *Constituição*, se nos for permitido esse empenho genealógico. Defendemos, à luz desta nossa tradição, não se pode chamar Constituição a qualquer documento afirmado como supremo em uma ordem legal.

Propomos o seu exame para identificar como conceitos tão centrais quanto vazios para o discurso jurídico-constitucional positivista e nominalista contemporâneo — tais como *Povo*, *Nação*, *Constituição* e *Poder Constituinte* — foram forjados ou ressignificados no contexto da Revolução Francesa com sentidos fortes em estreita ligação e compromisso com o que o jurisprudencialismo identifica como fundamentos da cultura ocidental enquanto *cultura jurídica*, enquanto cultura animada pela ideia de Direito.

Encontramos este mesmo sentido forte da palavra «Constituição», por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão: «A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição.» Este seu artigo 16 revela que a palavra «Constituição» não assume, no discurso constitucionalista iluminista, o sentido fraco que apresenta hoje, sob influência do Positivismo e do legalismo (de que deriva a convicção de que uma Constituição se apresenta como o ponto último de validade jurídico-positiva, podendo apresentar qualquer conteúdo)[277].

Do ponto de vista da refundação moderno-iluminista no Ocidente — que se apropria da palavra já então de uso vetusto[278], e reinventa o seu sentido —, «Constituição» não é qualquer norma ou conjunto de normas que ostente supremacia relativamente a todas as demais, mas um documento com supremacia em razão da elevadíssima função que exerce no ordenamento jurídico, social e político, qual seja a de *instituir a vida comum como vida fundada na igualdade e na liberdade*, de que é condição a limitação do poder político (pela afirmação de direitos individuais e pela separação dos poderes, especialmente).

Para compreendê-lo, passemos às ideias de Sieyès, que ajudarão a entender o compromisso do pensamento moderno-iluminista com a Pessoa enquanto sujeito igual e livre — reafirmada pelo movimento constitucionalista do século XVIII, com importantes consequências para a história do Direito.

---

277 Ver *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1999, 155 e ss.) em que a Constituição é apresentada como a norma que preordena a produção de outras normas, condicionando ou não o conteúdo delas. Quanto ao seu próprio conteúdo, não há quaisquer limites jurídicos a não ser aqueles impostos à validade jurídica em geral, respeitantes a normas impossíveis (cujo adimplemento nunca se pode verificar) ou necessárias (de adimplemento inevitável), as quais não podem ser descritas sequer como *normas*. Sobre este último tópico, ver texto de COELHO e ARANTES (2008).

278 Sieyès participa de disputa acerca do sentido da palavra "Constituição". Seu panfleto é importante exatamente por forjar o sentido moderno da palavra, que passa a comprometer-se com a igualdade, com uma sociedade racionalmente organizada (o que significa, então, uma sociedade marcada pela igualdade e pela liberdade, liberta, portanto, dos privilégios e da servidão que marcavam a sociedade medieval).

2. *NAÇÃO* E *CONSTITUIÇÃO* EM SIEYÈS

À guinada moderna no conceito de Constituição liga-se o nome de Sieyès[279], que compromete os conceitos de *Nação*, *Constituição* e de *Poder Constituinte* com estes fortes postulados de liberdade, igualdade e pertencimento à comunidade política — fazendo com que o sentido original destas palavras, no quadro do pensamento revolucionário moderno-iluminista, mostre-se bem diferente daquele com o que trabalha a teoria constitucional contemporânea.

Vamos ao texto, do qual — pedimos licença ao leitor — traremos excertos às vezes longos.

Assim apresenta Sieyès o plano da obra. O seu projeto consiste em atacar os Estados Gerais como instituição política representativa, e identificar a Nação com o conjunto das pessoas comuns — que correspondem à quase totalidade da população francesa — que vivem como iguais (sob o direito comum), sem gozar de privilégios:

> O Plano deste trabalho é muito simples. Devemos responder a três perguntas:
> 1.ª — O que é o Terceiro Estado? — Tudo.
> 2.ª — O que tem sido ele, até agora, na ordem política? — Nada.
> 3.ª — O que é que ele pede? — Ser alguma coisa.
>
> Vamos ver se as respostas estão certas. Examinaremos, em seguida, os meios experimentados e os que deverão ser utilizados a fim de que o Terceiro Estado consiga ser, efetivamente, alguma coisa. Vamos dizer, então:

[279] Adotamos a grafia usualmente admitida nas traduções brasileiras do texto. William H. Sewell, Jr. (1994, 3) destaca as divergências acerca da grafia e da pronúncia do nome do autor: «The spelling and pronunciation of Sieyes's name is a matter of some controversy. The great revolutionary scholar Albert Mathiez devoted three brief notes to the question: "Sieys ou Sieyes", *Annales révolutionnaire I* (1908), 346-347, and "L'Orthographe du nom Sieys", *Annales historiques de la Révolution française* 2 (1925) 487, 583. Sieyes himself spelled the name in three different ways during the course of his lifetime: Sieys, Sieyes, and Sieyes. It was spelled Sieyes, without an accent, in most of his published writings. For reasons unclear to me, the spelling Sieyès was adopted in the nineteenth century and is the most common spelling today. I am using the unaccented form Sieyes, which was the most common during his lifetime. Although current pronunciations vary considerably in practice, there is less controversy about this matter among scholars. Mathiez affirms that in the family the name has always been pronounced "Siès"; Camille Desmoulins wrote in a letter to his father on 3 June 1789 that "one pronounces Syess" (Mathiez, "L'Orthographe", and Henri Calvet, "Sieys ou Sieyes", *Anallales historiques de ta Révolution française* 10 (1933) 538. Although the spellings differ, the French pronunciations of "Siès" and "Syess" are identical; the English equivalent would be "See-ess".»

> 1.º— O que os ministros tentaram e o que os próprios privilegiados propõem a favor do Terceiro Estado.
> 2.º— O que deveria ter sido feito.
> 3.º — O que ainda não foi feito para que o Terceiro Estado ocupe o lugar que lhe cabe politicamente. (Sieyès, 2001, 1).

Seu projeto é rever a importância política do Terceiro Estado, o que resultará na afirmação de que ele — e apenas ele — corresponde e integra a Nação. Compete, portanto, todo o poder constituinte apenas aos comuns, e afirma-se a Constituição como lei fundamental que estabelece a igualdade e a liberdade como traços estruturantes da vida política.

Destacam-se passagens especialmente decisivas de seu discurso, para mostrar que Nação, Constituição e Poder Constituinte são conceitos normativos e não fenoménicos — e em que medida são ressignificados para tornarem-se ideias centrais do pensamento jurídico moderno.

O ponto de partida de Sieyès é a descrição do Antigo Regime, marcado pela distribuição desigual do poder entre ordens, reservando-se ao povo a subordinação e o trabalho, sem acesso às honras e responsabilidades políticas, e aos bem-nascidos a honra, o poder, a riqueza e o ócio:

As funções públicas também podem, no estado atual, ser reunidas sob quatro denominações conhecidas: a Espada, a toga, a Igreja e a Administração. Seria supérfluo percorrê-las detalhadamente para mostrar que o Terceiro Estado integra os dezanove vigésimos delas, com a diferença de que se ocupa de tudo o que é verdadeiramente penoso, de todos os cuidados que a ordem privilegiada recusa. Somente os postos lucrativos e honoríficos são ocupados pelos membros da ordem privilegiada. Seria isso um mérito seu? Para isso seria preciso que o Terceiro Estado se recusasse a preencher estes lugares, ou, então, que fosse menos apto para exercer essas funções. Sabemos que isso não acontece. Entretanto, se ousou fazer uma interdição ao Terceiro Estado. E lhe disseram: Quaisquer que sejam seus serviços e seus talentos, você irá até ali; não poderá ir além. Não convém que você seja honrado. Algumas raras exceções, sentidas como devem ser, não passam de zombaria, e a linguagem que se emprega nessas raras ocasiões é um insulto a mais. (Sieyès, 2001, 2)

As ordens ou estamentos sociais são mantidos em hierarquia rígida, reservando-se às pessoas bem-nascidas praticamente toda a possibilidade de destaque e acesso ao poder, tanto político como eclesiástico. Sieyès, nascido em família pobre, revela em cartas enviadas ao pai, ao longo de sua carreira eclesial — anterior, portanto, à Revolução Francesa — a frustração imposta

pela sua baixa condição social, que o mantinha dependente e submetido à vontade e às decisões de outrem nas possibilidades de ascensão social — para a qual pouco importavam as suas qualidades pessoais e os seus esforços.[280]

Contra este quadro o seu discurso se dirige de modo contundente, denunciando o parasitismo da classe hegemônica no Antigo Regime. Ele é veemente ao demonstrar a desordem que o caracteriza, desde a perspectiva racional[281]. A classe de privilegiados tem ao seu serviço o sacrifício de toda a estrutura social. Lê-se também no famoso «O que é a Constituição?»:

A partir do momento em que o governo se transforma no patrimônio de uma determinada classe, ele imediatamente se expande além de qualquer limite; são criados postos, não pela necessidade dos governados, mas por causa das necessidades dos governantes. (Sieyès, 3).

Seu discurso denuncia que a nobreza capturara o governo, colocando as instituições públicas a seu serviço particular, em sacrifício do interesse e do bem comum.

A estrutura dos Estados Gerais — vetusta instituição do Antigo Regime convocada por Luís XVI em 1788 para enfrentar a crise política (aberta pela crise fiscal que levara o rei a tentar taxar a nobreza) que se estendia

[280] SEWELL JR. (1994, 14) busca nas cartas de Sieyès seu sentimento de indignação quanto à subordinação e dependência do homem comum (que não se alteram pelo fato de ele pertencer ao clero). Sem dúvida, tal percepção inspira seu discurso pela igualdade: «Worse, because nobles occupied all the most prestigious and lucrative positions in the church, even the lesser offices available to commoners could only be reached by means of patronage. The ambitious commoner had no choice but to ingratiate himself with a nobleman, whose inevitable successes would lead to desirable benefices for his clients. For a proud, indeed vain, man like Sieyes, this game of advancement through patronage was painful and humiliating. Some of the resentment he felt toward his patrons comes through in letters he wrote to his father in the years before obtaining his position at Chartres. In June 1773, when Cesarge had failed to get him a benefice, Sieyes wrote, "My protector is consoling himself with the master stroke he has just failed to pull off. His lack of success certainly causes him less pain than it does me. If the thing had gone as he had hoped, I would have become everything instead of which I am nothing." This language of "everything" and "nothing" would be echoed in the opening pages of «What Is the Third Estate?». A situação é denunciada nesta passagem do panfleto de Sieyès: «É verdade, todavia, que não somos nada, na França, quando só se tem a proteção da lei comum. Se não se pode invocar nenhum privilégio, é preciso estar disposto a suportar o desprezo, a injúria e as vergonhas de toda espécie. Para evitar o esmagamento total, o que pode fazer o infeliz não-privilegiado? Só lhe resta como recurso juntar-se por toda espécie de baixezas a um grande. Ao preço da dignidade ele compra a possibilidade de, em certas ocasiões, se valer de alguém.» (SIEYÈS, 2001, 5)

[281] Racionalismo e contratualismo articulam-se no combate à desigualdade: «O império da razão se estende cada dia mais; exige, cada vez mais, a restituição dos direitos usurpados. Mais cedo ou mais tarde, vai ser preciso que todas as classes se contenham nos limites do contrato social. Isto ocorreria para recolher suas inúmeras vantagens, ou para sacrificá-las ao despotismo? Esta é a verdadeira questão. Na longa noite da barbárie feudal, as verdadeiras relações humanas puderam ser destruídas, todas as nações desbaratadas, toda a justiça corrompida; mas, ao surgir a luz, é preciso que os absurdos góticos desapareçam, que os restos da antiga ferocidade caiam e se aniquilem. Isso é certo. Só vamos mudar de mal, ou a ordem social, com toda a sua beleza, tomará o lugar da antiga desordem?» (SIEYÈS, 2001, 21). Evidencia-se o pressuposto contratualista do pensamento de Sieyès, que clama por uma ordem social equilibrada que é imperioso restituir, superando as distorções impostas pelo medievo, que levaram à destruição da justiça.

desde 1786 — refletia a estrutura estamental marcada pela desigualdade no acesso ao poder. Embora o número de pessoas representadas pelo Primeiro e Segundo Estados (nobreza e clero) fosse ínfimo em relação ao povo, cada um dos três Estados detinha o mesmo peso na deliberação, mantendo-se o Terceiro Estado sempre em posição minoritária, mesmo que representasse a enorme maioria da população.

Os privilegiados temem a igualdade de influência na terceira ordem e declaram-na inconstitucional: este modo de agir é um tanto chocante, sobretudo se se leva em conta que, até agora, foram dois contra um, sem que se visse nenhuma inconstitucionalidade nesta injusta superioridade. Eles sentem intimamente a necessidade de conservar o veto sobre tudo o que poderia ser contrário a seus interesses. (Sieyès, 17)[282].

A passagem anterior é relevante ao mostrar ocorrer, naquele momento decisivo da história jurídica e política, aberta disputa acerca do sentido da palavra «Constituição». Os detentores dos privilégios defendiam-nos com base em argumentos constitucionais, afirmando ser injusta a supressão da sua superioridade política, dos seus privilégios, uma vez que os mesmos teriam *status* constitucional. Mas o argumento de Sieyès avança para demonstrar que «Constituição» significa a lei fundamental que organiza o corpo social enquanto *Nação* — como corpo social marcado pela igualdade e liberdade, com a eliminação de todo o privilégio.

Neste novo sentido, apenas se pode reputar constitucional o que afirma e realiza a igualdade. É a comunidade dos comuns que constitui a comunidade política, que a sustém: apenas é constitucional, por isso, o que assegura a este contingente de comuns — de livres e iguais — o seu papel legítimo na ordem política, jurídica e social.

Percebe-se, no seu discurso, como a reinvenção do sentido de *Constituição* está ao serviço da exigência de refundação da sociedade e, assim, do poder público, a partir da recuperação do sentido de comunidade política enquanto comunidade formada por iguais, por comuns. Apenas os comuns

[282] «O Terceiro Estado pede, pois, que os votos sejam emitidos "por cabeça e não por ordem". Estas reclamações se resumem a isso. E parece que elas alarmaram os privilegiados: eles acreditaram que só com isso já se alcançaria a reforma dos abusos. A verdadeira intenção do Terceiro Estado é a de ter nos Estados Gerais uma influência "igual" à dos privilegiados. Repito: e ele pode pedir menos? E não está claro que, se sua influência se encontra abaixo da igualdade, não se pode esperar que saia de sua nulidade política e que consiga ser alguma coisa?» (SIEYÈS, 2001, 8). Como vemos, no entanto, o raciocínio de Sieyès iria mais longe: não se trata apenas de conceder à Nação (aos comuns) a mesma importância concedida às demais ordens, mas de reconhecer-lhe, de modo exclusivo, toda a importância política. A ordem política é constituída pelos comuns — quem exorbite a lei comum, deve-se considerar um corpo estranho, e mesmo um inimigo da Nação.

são verdadeiramente integrantes da comunidade política: constituem-na. Os membros do Terceiro Estado são elevados, de acordo com seu raciocínio, de membros inferiores aos únicos integrantes da Nação — a eles devendo-se reservar todo o poder, e não mais à nobreza ociosa.

O que é uma nação? Um corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura. Será certo que a ordem nobre tenha privilégios, que ela ousa chamar de seus direitos, separados pela mesma legislatura? (Sieyès, 2001, 4).

Forja-se o conceito jurídico-constitucional de Nação. *O Terceiro Estado é a Nação* — Sieyès lidera o Terceiro Estado em sua autoafirmação como Assembleia Nacional — exatamente na medida em que a Nação se define como o conjunto dos iguais que dão suporte à vida comum[283].

Sieyès apresenta conceito claramente normativo de Nação: «Corpo de associados que vivem sob uma lei comum e representados pela mesma legislatura.»

A Nação não é o conjunto de pessoas ligadas por qualquer laço histórico-fenomênico (como a religião, a raça, a língua...), mas a sociedade de iguais que vivem sob uma mesma lei e que compartilham um mesmo corpo legislativo que as representa. Sob este ângulo, não integram a Nação os privilegiados (nobres e alto clero) que escapam ao direito comum e à contribuição para com o bem comum por meio do trabalho e da produção[284].

Ela sai, assim, da ordem comum, da lei comum. Desse modo, os seus direitos civis fazem dela um povo à parte na grande nação. É realmente *imperium in imperio*. No que diz respeito aos seus direitos políticos, exerce-os também à

[283] «Antigamente, o Terceiro Estado era servo, a ordem nobre era tudo. Hoje, o Terceiro Estado é tudo, a nobreza não passa de uma palavra. Mas sob essa palavra se insinuou ilegalmente, e por influência de uma falsa opinião, uma nova e intolerável aristocracia; e o povo tem toda razão de não querer aristocratas. De acordo com o primeiro, o Terceiro Estado deve se reunir à parte, não vai cooperar com a nobreza e o clero, não vai votar com eles por ordem, nem por cabeças. Peço que se preste atenção à enorme diferença que existe entre a assembleia do Terceiro Estado e a das duas outras ordens. A primeira representa vinte e cinco milhões de homens e delibera sobre os interesses da nação. As outras duas, mesmo quando reunidas, têm o poder unicamente de uns duzentos mil indivíduos que só pensam em seus privilégios. Vão dizer que o Terceiro Estado sozinho não pode formar os Estados Gerais. Ainda bem! Ele comporá uma assembleia nacional. Um conselho desta natureza deve ser justificado por tudo o que os bons princípios oferecem de mais claro e de mais certo.» (SIEYÈS, 2001, 40).

[284] Para bem compreender o texto político de Sieyès, é importante lembrar o aspecto distributivo de sua doutrina. Sua concepção de nação tem por pressuposto a participação de todos enquanto contribuintes para a realização do bem comum, no financiamento do Estado, por meio do trabalho e da produção. Esta passagem remete às ideais econômicas de Sieyès, objeto de pouca atenção científica: «Havia um estranho país onde os cidadãos que mais se aproveitavam da coisa pública, menos contribuíam, onde existiam impostos vergonhosos, insuportáveis; e que o próprio legislador taxava de degradantes. Que país é esse onde o trabalho degrada, onde é honroso consumir e humilhante produzir, onde as profissões duras são chamadas de vis, como se pudesse haver qualquer coisa vil além do vício, e como se fosse nas classes trabalhadoras que mais existisse essa vileza, que é a única verdadeira?» (SIEYÈS, 2001, 23). Esclarece-se o sentido em que os comuns — os iguais e livres que compõem a quase totalidade da comunidade política — efetivamente *constituem* a comunidade.

parte. Tem seus próprios representantes, que não são absolutamente procuradores dos povos. O corpo de seus deputados reúne-se separadamente e, mesmo que se reunisse numa mesma sala com os deputados dos simples cidadãos, não seria menos certo que sua representação é essencialmente diferente e especial. É estranha à nação, antes de tudo, por princípio, pois a sua missão não vem do povo; em seguida, pelo seu objetivo, já que consiste em defender, não o interesse geral, mas o interesse particular. O Terceiro Estado abrange, pois, tudo o que pertence à nação. E tudo o que não é Terceiro Estado não pode ser olhado como pertencente à nação. Quem é o Terceiro Estado? Tudo. (Sieyès, 2001, 4).

Com este passo, a comunidade política afirma-se como comunidade de iguais, de «comuns» — excluindo todo o privilégio, toda a exceção[285]. A Nação é composta por todos aqueles que se submetem à mesma lei, à lei que é, assim, *comum*[286]. A Nação é composta por iguais que têm a lei em comum, e entre os quais a lei visa o bem comum.

É preciso entender como Terceiro Estado o conjunto dos cidadãos que pertencem à ordem comum. Tudo o que é privilegiado pela lei, de qualquer forma, sai da ordem comum, constitui uma exceção à lei comum e, consequentemente, não pertence ao Terceiro Estado. Já dissemos que uma lei comum e uma representação comum fazem uma nação. (Sieyés, 2001, 5)

A indignação contra a subordinação, a humilhação e o rebaixamento dos comuns impulsiona a Revolução Francesa. Esta mesma indignação sentiu-a Sieyès, alimentando a sua retórica política igualitária e libertária. Ele traz, assim, para o centro do Direito Político, a ideia de direitos políticos universais e iguais.

---

285 Sua identificação da Nação com os comuns vai ao ponto de defender a exclusão das duas primeiras ordens do direito de participação política, declarando-as partes inimigas ou no mínimo estranhas e indiferentes ao destino da Nação: «Esses princípios se tomam ainda mais rigorosos quando se trata dos corpos e das ordens privilegiadas. Entendo por privilegiado todo homem que sai do direito comum, porque não pretende estar completamente submetido à lei comum, ou porque pretende direitos exclusivos. Uma classe privilegiada é prejudicial, não só pelo espírito de corpo, mas por sua própria existência. Quanto mais ela obteve favores necessariamente contrários à liberdade comum, mais importante se torna afastá-la da Assembleia Nacional. O privilegiado seria representável somente por sua qualidade de cidadão; mas, nele, esta qualidade se acha destruída, ele está fora do civismo, é inimigo dos direitos comuns. Dar-lhe um direito na representação seria uma contradição manifesta na lei; a nação só poderia se submeter por um ato de servidão, e isso é impossível supor-se. Se, apesar disso, é necessário suspender seus direitos políticos, o que deve acontecer com aqueles que, depreciando os direitos comuns, tornaram-se estranhos à nação; esses homens cuja existência em si já é uma hostilidade contínua contra o grande corpo do povo? É claro que eles renunciaram ao caráter de cidadãos e devem ser excluídos dos direitos de eleitor e elegibilidade, ainda com mais razão que um estrangeiro cujo interesse poderia, pelo menos, não ser oposto ao seu.» (SIEYÈS, 2001, 48).

286 A igualdade jurídica não anula o reconhecimento da diversidade fenomênica entre os indivíduos: «Eu coloco a lei no centro de um globo imenso; todos os cidadãos, sem exceção estão à mesma distância sobre a circunferência, e ocupam nela lugares diferentes; todos dependem igualmente da lei, todos lhe oferecem sua liberdade e sua propriedade para que as proteja; e é a isto que eu chamo direitos comuns dos cidadãos, por onde todos se reúnem.» (SIEYÈS, 2001, 47).

É necessário remontar aos princípios. Os direitos políticos, assim como os direitos civis, devem corresponder à qualidade do cidadão. Esta propriedade legal é a mesma para todos, sem nenhuma relação com a maior ou menor propriedade real com que cada indivíduo possa compor sua fortuna ou suas posses. Todo cidadão que reúne as condições determinadas para ser eleitor, tem direito de se fazer representar, e sua representação não pode ser uma fração da representação de outro. Este direito é uno; todos o exercem por igual, como todos estão protegidos igualmente. (Sieyés, 2001, 13)

O individualismo e o contratualismo de Sieyès levam ao igualitarismo político, com a universalização dos direitos políticos: agora reservados aos comuns, assegurando a igualdade e a liberdade, os direitos políticos estão no centro do conceito moderno de Constituição, que, no entanto, transforma-se, para afirmar-se como a organização do corpo social marcada pela igualdade e pela liberdade.

A Constituição assume e institucionaliza os princípios de que é preciso partir para organizar a vida política *nacional*. Ressalta-se o sentido forte e específico da Nação como conceito basilar do constitucionalismo moderno-iluminista, à luz do que podemos aprender com Sieyès.

Ao mesmo tempo, *Constituição* é conceito que se ressignifica: não se trata de qualquer organização do corpo social — mas da organização do corpo *nacional*, isto é, da sociedade política marcada pela igualdade e pela liberdade.

Trata-se de saber o que devemos entender pela constituição política de uma sociedade, e observar as suas justas relações com a própria nação. É impossível criar um corpo para um determinado fim sem lhe dar uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. É a isso que chamamos a constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela. E é também evidente que todo governo comissionado deve ter a sua organização; e o que é verdade para o geral, o é também para todas as partes que o compõem. Assim, o corpo dos representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação lhe quis dar. (Sieyés, 2001, 30)

Liga-se ao novo conceito de Nação — política e juridicamente ressignificado, para os fins revolucionários que o tornam central no discurso moderno, desde então — também outro conceito central do pensamento constitucional e constitucionalista: o *poder constituinte*.

Trata-se do poder de a Nação — reconhecendo-se enquanto comunidade dos comuns — instituir os princípios da igualdade e da liberdade como os traços centrais da ordem social, por meio da criação da Constituição, a qual não encontra quaisquer óbices ou condicionamentos no seu conteúdo que não

sejam aqueles decorrentes da natureza da própria Nação — isto é, a igualdade e a liberdade, com a submissão de todos à mesma lei comum.

A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. A sua vontade sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural. Se quisermos ter uma ideia exata da série das leis positivas que só podem emanar da sua vontade, vemos, em primeira linha, as leis constitucionais que se dividem em duas partes: umas regulam a organização e as funções do corpo legislativo; as outras determinam a organização e as funções dos diferentes corpos ativos. Essas leis são chamadas de fundamentais, não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais. As primeiras, as que estabelecem a legislatura, são fundadas pela vontade nacional antes de qualquer constituição; formam seu primeiro grau. (Sieyés, 2001, 30).

Poder constituinte é o poder da Nação de constituir-se em Estado, em organizar o seu corpo social de acordo com os imperativos decorrentes da sua própria natureza.[287] Com os mesmos imperativos está comprometida a Constituição enquanto lei fundamental de uma Nação — e que, como tal, não pode negar os princípios essenciais constitutivos da comunidade nacional — mais uma vez, igualdade e liberdade, com a exclusão de todo privilégio.

3. Da reforma da constituição no argumento de Sieyès

Como vemos, a Constituição, na modernidade, passa a marcar-se pelo compromisso com a igualdade e com a liberdade — e, por isso, com a limitação do poder e com a separação dos poderes — ao mesmo tempo em que se explica e justifica a sua supremacia político-jurídica.

[287] Como interpreta Canotilho (1996, 94): «Conservando nas suas mãos o poder constituinte, o povo não está vinculado à Constituição. A Nação é uma *realidade natural* que não pode estar submetida a nenhuma constituição […]. A distinção feita por Sieyès entre *poder constituinte* e *poderes constituídos* parece uma verdade evidente. No entanto, ela representa uma compreensão inteiramente nova do fenómeno constitucional. Ao dizer-se que uma constituição supõe um poder constituinte significa que ela não é um *dado*, mas uma *criação*. O poder constituinte surge, assim, como uma espécie de *natura naturans*, uma força originária da nação que "organiza a organização" do poder político.»

Ela ostenta tais características na medida em que é expressão do Poder Constituinte, poder de os comuns — iguais e livres que *constituem* material e politicamente a comunidade — imporem a si mesmos as leis fundamentais de sua coexistência.

Com isto, vem à tona o conceito central do constitucionalismo moderno — o Poder Constituinte, poder incondicionado por qualquer instituição ou norma vigente, mas limitado apenas pela sua própria natureza.

A nação forma-se unicamente pelo direito natural. O governo, ao contrário, só se regula pelo direito positivo**.** A nação é tudo o que ela pode ser somente pelo que ela é. Não depende de sua vontade atribuir-se mais ou menos direitos que ela tem. Mesmo em sua primeira época, ela tem os direitos naturais de uma nação. (Sieyès, 2001, 31).

O argumento naturalista utilizado — característico do tempo — não nos deve enganar. Não se trata do apelo a uma qualquer ordem supra-histórica, mas sim de uma imposição da razão que repele a contradição: se, por natureza, a Nação é composta por todos quantos, submetidos à lei comum, constituem material e politicamente a comunidade, esta mesma natureza impõe a observância da igualdade e da liberdade como traços de uma ordem constitucional nacional.

O raciocínio é simples: se toda ordem verdadeiramente *constitucional* (agora ressignificada) é uma ordem *nacional*, não haverá ordem *constitucional* que não respeite e afirme os atributos da nação enquanto *comunidade de comuns, livres e iguais*.

Uma sociedade política só pode ser o conjunto dos associados. Uma nação não pode decidir que ela não será uma nação, ou que não o será de uma forma, pois isso seria dizer que ela não o é de qualquer outra forma. Da mesma maneira, uma nação não pode estabelecer que a sua vontade comum deixará de ser a sua vontade comum. (Sieyés, 2001, 35)

Enquanto *nacional* (e, portanto, *constitucional*) este poder mantém-se supremo.

Se saímos desta sequência de ideias simples, só podemos ir de absurdo em absurdo. O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa da sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade. Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está. Não pode estar. Na verdade, de quem teria podido receber uma formalização positiva? Existe alguma autoridade anterior que pudesse dizer a uma multidão de indivíduos:

eu vos reúno sob tais leis; vós formareis uma nação nas condições que vos prescrevo? Não estamos falando aqui de banditismo nem de dominação, mas de associação legítima, isto é, voluntária e livre. (Sieyés, 2001, 31)

O Poder Constituinte da nação não encontra limites no passado (em vetustas leis fundamentais que ordenassem, tal como Sieyès denunciava, no Antigo Regime, a desigualdade e a opressão) e nem mesmo no futuro, uma vez que tal poder segue incondicionado, podendo manifestar-se sempre de modo a reorganizar a convivência política em homenagem à efetivação da igualdade e da liberdade que caracterizam a comunidade dos comuns.

Seria possível dizer que uma nação pode, por um primeiro ato de sua vontade, não querer no futuro comprometer-se senão de uma maneira predeterminada? Primeiramente, uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e, qualquer que seja a sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir. Em segundo lugar: com quem se teria comprometido esta nação? Eu entendo que ela pode obrigar os seus membros, os seus mandatários, e tudo o que lhe pertence; mas será que ela pode impor deveres a si mesma? O que é um contrato consigo mesma? Sendo as duas partes a mesma vontade, ela pode sempre desobrigar-se de tal compromisso. Mesmo quando pudesse, uma nação não deveria colocar obstáculos à sua formalização positiva. Seria expor-se a perder sua liberdade, sem retorno, pois bastaria um momento de sucesso à tirania para entregar os povos, sob pretexto de organização, a situações em que não lhes seria mais possível exprimir livremente sua vontade e, consequentemente, sacudir as cadeias do despotismo. (Sieyés, 2001, 32)

É digna de nota a ideia de que o Poder Constituinte é permanente.

Por sua própria natureza (ressalta-se sempre o paradigma jusnaturalista e individualista que marca o pensamento político e jurídico moderno-iluminista), a Nação — enquanto conjunto de indivíduos comuns, sem privilégios, unidos pelo interesse comum a despeito das suas peculiaridades e interesses individuais — é a fonte do poder constituinte, a ele não podendo renunciar. Ele mantém-se como o poder da Nação de outorgar a si mesma uma Constituição enquanto capacidade de dar forma ao corpo social de acordo com os pressupostos básicos da vida social nacional. O Poder Constituinte é o poder da nação de impor e garantir a igualdade e a liberdade.

Os princípios que acabo de expor são certos. É necessário renunciar a toda a ordem social, ou reconhecê-los. A nação pode sempre reformar sua Constituição. Sobretudo, ela não pode abster-se de reformulá-la, quando é contestada. Todo o mundo concorda com isso atualmente. E vocês não veem

que seria impossível para a nação tocar na Constituição se isto não fosse mais do que mera discussão? (Sieyès, 2001, 35)

O Poder Constituinte é a expressão da vontade da Nação, a qual se concebe normativamente[288] — e não fenomenicamente — enquanto vontade dirigida ao bem comum, e, portanto, à igualdade e à liberdade dos indivíduos.

Mesmo se não houvesse nada a se temer desses problemas, ainda assim seria uma medida a ser tomada, porque, tranquilos ou não, não podemos deixar de conhecer nossos direitos políticos e de tomar posse deles. Esta necessidade nos parece ainda mais urgente se pensamos que os direitos políticos são a única garantia dos direitos civis e da liberdade individual. (Sieyès, 2001, 44)

Como vemos, bem demarcado, em Sieyès, é o sentido de Nação, conceito *normativo* coincidente com a comunidade de cidadãos iguais, em que não há privilégios.

E também o sentido de Poder Constituinte, poder de a Nação constituir-se e assegurar-se enquanto comunidade orientada pelo bem comum.

Demarca-se também que o Poder Constituinte é permanente, mas não é ilimitado. É permanente, não podendo alienar-se, ou renunciar-se. Mas sua permanência não se postula para abrir a possibilidade de a Nação vir a deixar de ser Nação — mas apenas para superar qualquer tirania que se venha a instituir por força do funcionamento concreto do sistema político. O Poder Constituinte é o poder de afirmar ou de reafirmar a igualdade na comunidade política, e não o poder de criar qualquer sistema político. Poder Constituinte é poder para instituição ou reinstituição da Constituição, afirmada ali, histórico-culturalmente, como ordenação da comunidade de cidadãos iguais e livres.

Trata-se de um momento decisivo do processo de afirmação civilizacional do Ocidente enquanto civilização fundada no Direito.

---

[288] Nesta passagem, claramente Sieyès chama, a Nação, «ideia». Uma vez que a ideia de Nação compreende a submissão ao direito comum (à igualdade), não integra a Nação, segundo a verdade daquela ideia, senão o Terceiro Estado: «Seria bom se eu quisesse diminuir a força ou a dignidade do Terceiro Estado, já que, no meu espírito, ele sempre se confunde com a ideia de nação. Mas qualquer que seja o motivo que nos dirige, é possível fazer com que a verdade não seja a verdade? Por que um exército teve a infelicidade de ver desertar o melhor de suas tropas é preciso que ele confie a outra a defesa de seu campo? Nunca será demais repetir que todo privilégio se opõe ao direito comum.» (SIEYÈS, 2001, 6). A ideia de Nação identifica-se com o povo, também compreendido de modo normativo, como comunidade marcada pela igualdade.

4. Recuperação do Sentido Histórico-Cultural de *Constituição* e *Poder Constituinte*

Quando voltamos ao momento de afirmação moderna (no caso em estudo, francesa) dos sentidos de Constituição e Poder Constituinte, percebemos o quanto se perdeu, desde então, em sede de compreensão de seu compromisso com os fundamentos civilizacionais (do Direito e da Pessoa) da Europa e do Ocidente.

Em alguma medida, tal esvaziamento se deve ao compromisso do século XVIII com postulados jusnaturalistas. Com a decretação pós-iluminista da morte do direito natural, não pensaram ainda, a Teoria e a Filosofia do Direito e a Teoria e a Filosofia do Estado e da Constituição, o que deve ocupar o seu lugar.

Deixando de fazê-lo, deixam espaço para a pura indeterminação dos termos *Nação*, *Constituição*, *Poder Constituinte*, que passam a empregar-se para rotular qualquer sistema normativo, ainda que descomprometido com a Pessoa.

Aqui, podemos novamente buscar auxílio ao jurisprudencialismo.

Ao interpretar (e propor sua reapropriação contemporânea, para pensar os problemas que se nos apresentam hoje) o pensamento iluminista de Sieyès a partir do esclarecimento jurisprudencialista do Direito como processo de autoconstrução histórica por qual o Ocidente se afirma enquanto civilização fundada na Pessoa, não se pretende legitimar de qualquer maneira nem a fundamentação jusnaturalista nem o paradigma jurídico-metodológico (logiscista, subsuntivo) que se desenvolve no quadro do pensamento iluminista, acerca do qual o jurisprudencialismo apresenta a mais rotunda e acabada crítica. (Castanheira Neves, 1967).

Do ponto de vista metodológico, é inadmissível pensar-se, ainda hoje, o Direito como um mundo de objetividades normativas (sejam leis naturais ou legisladas, decorrentes da natureza das coisas ou da vontade) as quais cumpre simplesmente apreender e aplicar aos casos concretos, desprezando-se a mediação judicante do juiz ao qual o jurisprudencialismo atribui toda importância metodológica.

Do ponto de vista da fundamentação, é inadmissível, nestes nossos tempos pós-metafísicos, postular uma ordem correta porque natural da sociedade com a qual o Direito estaria comprometido.

Mas isto não permite deixar de reconhecer a contribuição histórico-cultural e civilizacional daquele pensamento revolucionário, ao qual em grande medida devemo-nos enquanto civilização fundada no Direito.

A convocação do pensamento moderno-iluminista, aqui proposto em esforço jurisprudencialista, não se dá desde a perspectiva metodológica (que no limite imporia, com Rousseau, admitirmos o juiz como simples boca da lei), nem tão-pouco representa a assunção da ontologia jurídica que lhe está na base (que considera o Direito como mundo de objetividades, autossubsistentes, disponíveis, portanto, para o processo de «aplicação»).

Trata-se, outrossim, de reler a revolução iluminista enquanto momento de esclarecimento e afirmação do sentido do Direito (e de tentar fazê-lo com especial atenção aos sentidos de Constituição e Poder Constituinte). Ainda que Sieyès interpretasse e apresentasse retoricamente a sua conceção de Constituição (e de Direito) enquanto algo imposto natural e racionalmente (e, portanto, indisponível historicamente — tratando-se antes de uma verdade a ser historicamente assumida pelo movimento revolucionário), nós, leitores contemporâneos conscientes da historicidade radical do Direito, podemos e devemos ler aquele momento revolucionário enquanto passagem importante por qual nossa civilização se reinventou, reinventando o Direito.

Ali, forjou-se o sentido de Constituição não apenas enquanto conjunto de leis fundamentais a dar forma política à sociedade, com supremacia em relação a todas as demais leis e poderes (por ela) constituídos. Mais do que isso, esclarece-se que a Constituição é a norma suprema da comunidade política exatamente porque expressa o poder constituinte que pertence ao conjunto das pessoas comuns que, enquanto iguais e livres, são verdadeiro fundamento de todo poder, confundindo-se com a Nação.

Constituição, portanto, em sentido histórico-cultural, não é apenas a lei fundamental e suprema de um ordenamento jurídico, mas a lei fundamental que expressa, assegura e faz respeitar a igualdade e a liberdade, que submete todos os poderes à lei comum.

Constituição é a lei fundamental de uma ordem jurídica republicana — em que todos os poderes se justificam pelo seu compromisso com o bem comum.

Da mesma forma, *Poder Constituinte* — revelado também na sua *permanência* — não é poder de instituir os fundamentos de uma nova ordem jurídico-política, mas o poder irrenunciável de os livres e iguais afirmarem-se a si mesmos enquanto membros de uma comunidade regida por leis que não toleram privilégios, em que ninguém está acima da lei, e em que a lei está a serviço de todos.

Admitindo-o, somos capazes de empregar estes termos no seu sentido histórico-cultural — verdadeiramente *jurídico* — e de superar o nominalismo com que são compreendidos pela teoria jurídica contemporânea, que

os despediu de qualquer compromisso com os valores jurídicos radicais que devem animar uma ordem *político-jurídica*.

Não se pode, assim, chamar Constituição à norma positiva suprema de um ordenamento, se ela não se compromete com a igualdade, a liberdade e o republicanismo.

Não se pode, tão-pouco, chamar Constituinte ao poder, à proposta ou ao processo cujo fim não consista em afirmar a igualdade e a liberdade, e assim em transformar a comunidade de modo a aprofundar o compromisso das leis com o bem comum e a igual submissão de todos os indivíduos e poderes a estas mesmas leis comuns.

Podemo-nos socorrer dos textos de António Castanheira Neves sobre «A Revolução e o Direito» para compreender a presença dos princípios de Direito, da ideia de Direito, no processo por qual se forja uma nova Constituição, para entender Constituição e Poder Constituinte em perspetiva crítica ao Positivismo e sem retornar aos pressupostos jusnaturalistas já incompatíveis com os marcos pós-essencialistas do nosso tempo.

Citemos passagem do texto:

> A revolução subverteu a ordem constituída e irá constituir uma nova ordem. Na ordem caduca encontrávamos o direito e voltaremos a encontrá-lo na ordem futura. Tem sentido pretender invocá-lo, no momento do próprio conflito aberto, no momento em que o acto revolucionário forja a história? É este, como sabemos, o nosso problema. Ora, estamos em crer que os desenvolvimentos anteriores nos oferecem alguns pressupostos (de um lado, uma intenção axiologicamente autónoma do direito, de outro lado, uma dialéctica integração-conflito social que apela para essa intenção) para admitir esse sentido num discurso coerente. Queremos dizer: é isso uma possibilidade que pode ser pensada.
>
> O que falta saber ainda é com que sentido (i.e., com que conteúdo de sentido ou com que determinação normativa), é susceptível de adquirir efectividade o que não se terá de excluir em absoluto como possibilidade. Por outros termos e em síntese: que palavra concreta (enquanto determinação e concretização da sua intenção última) tem a dizer afinal o direito à revolução? Haverá um direito revolucionário, não naquele seu entendimento comum e que também referimos na primeira parte destas reflexões — o direito *da* revolução e quanto instrumento

> dela —, mas no modo de uma normatividade axiológico-jurídica a impor à revolução ou como um direito *para* a revolução? A revolução será apenas um momento de crise e de recuo ou também, e sobretudo, um momento de manifestação autêntica e como que originária do sentido fundamental do direito? (Castanheira Neves, 2010, 415-416).

Não há dizer que a negação jurisprudencialista do nominalismo seja um qualquer naturalismo ou essencialismo. Não é. O jurisprudencialismo leva a sério a abertura do Homem, compreendendo-o na sua indeterminação pessoal e comunitária, e no processo histórico por qual se autodetermina radicalmente, como indivíduo e como sociedade.

De acordo com o jurisprudencialismo, o Direito, como intenção e ideia[289], anima, impulsiona e dá sentido e limite à própria revolução. O que se pode chamar de «Poder Constituinte» apenas o será se, enquanto e porque veicula e atualiza a exigência de (re)afirmação da pessoa como liberdade/igualdade/responsabilidade, poder de autodeterminar-se com responsabilidade.

A leitura de Sieyès permite esclarecer que o Poder Constituinte é o poder da Nação que veicula a vontade geral, que não é simplesmente a vontade real de todos, mas a vontade comum, que torna aquele grupo uma Nação (com igualdade e liberdade, sem privilégios). Não se pode chamar, em sentido histórico-cultural, de Poder Constituinte o processo ou o poder que ordene a vida social sem compromisso com estes fundamentos, sem orientar-se e esforçar-se por responder a estas exigências.

Da mesma forma, também com Sieyès, que não merece ser chamada de «Constituição» a ordenação que negue o direito comum (que trata todos como iguais), e que assim negue a sociedade como organismo voltado ao bem comum.

O Poder Constituinte, visto deste ângulo, não se confunde com o poder de o povo dar a si mesmo a sua forma política, seja ela qual for. A vontade constituinte não coincide com a vontade fenoménica do povo porque consiste

[289] «O direito é um daqueles conteúdos intencionais com que o homem preenche e determina a sua abertura de ser inespecializado, de ser que tem a tarefa e a responsabilidade de si próprio, e assim susceptível de lograr ou fracassar na constituição-realização de sua própria humanidade. Daí que o direito possa ser pensado já como entidade objectivada, que se determina no conteúdo objectivo de uma certa realidade cultural-social, já como sentido e intenção regulativa. Para o sentido de inteligibilidade regulativo-constitutivo queremos reservar a expressão "ideia", sendo certo que para o sentido de inteligibilidade teorético-representativa cabe melhor a expressão "essência". Por isso o direito — tal como a política, a ciência, a arte, a religião *etc*. — pode ser considerado como "ideia" ou como "essência", e nós estamos até agora a considerá-lo como *ideia*. Já que se tratava até aqui de compreender aquele seu sentido que lhe justificará uma intenção autónoma e específica no contexto das intenções sociais e humanas.» (Castanheira NEVES, 2010, 397).

na vontade que realiza este povo enquanto comunidade de iguais, o que não necessariamente coincidirá com o que as pessoas efetivamente desejam para si (com o sistema de interesses privados), mas enquanto *comunidade*.

Sabemos que a vontade fenoménica não será necessariamente a vontade de constituir-se como povo livre e igual. Sabemos que fortes influências atuam sobre a opinião, influências estudadas por diferentes campos do saber que explicitam técnicas de formação da vontade dos eleitores, capazes de convencê-los a agir contra a sua própria vida, patrimônio, integridade, autonomia, e contra o bem comum.

Mas o Poder Constituinte não é, do ponto de vista cultural-normativo, o poder de um povo de decidir «indeterminadamente» sobre a sua coexistência. Não há dúvida de que o povo tem este poder — podendo escolher, por exemplo, submeter-se a uma ditadura, ou tornar-se colónia de alguma nova metrópole. Mas, em sentido forte, histórico-cultural, este poder não se pode denominar «Poder Constituinte» — expressão que, tal como aprendemos com a fundação da teoria da constituição, em Sieyès, reserva-se para o poder do povo em constituir-se *Nação*, em afirmar-se como *comunidade de iguais*.

Adverti-lo é cada vez mais importante.

A opção por vivermos para além (ou aquém) do Direito mantém-se sempre aberta. E assistimos a formas sofisticadas de sua negação.

Dada a força e a autoridade do Direito enquanto fundamento da civilização ocidental (associando-se à história de humanização do humano), torna-se numa possibilidade cuja renúncia não é facilmente sustentável por «homens de bem», que se pretendam «representantes da civilização». O Direito, como matriz cultural ocidental, distingue-se e compreende-se como alternativa à barbárie — barbárie com a qual se identificam, com grande ônus e cada vez maior dificuldade de legitimação, todas as decisões e atos que assumidamente o afrontam, ou simplesmente o ignoram.

Por isto, os movimentos políticos históricos que negam o Direito esforçam-se por revestir-se, tanto quanto possível, do vocabulário, das formas e dos procedimentos forjados pela cultura jurídica — embora apenas de forma exterior, aparente, cínica — a fim de garantir, para si, a legitimidade cultural que caracteriza o Direito.[290]

[290] Permitam-nos abrir parênteses: o uso de palavras para servir-se de seu prestígio civilizacional, embora para atingir o seu contrário, dá-se não apenas com relação ao Direito, mas também relativamente a outros fundamentos civilizacionais do Ocidente: quantas vezes temos ouvido bradar, no Brasil e no mundo, o nome de Deus para justificar práticas verdadeiramente diabólicas; invocar-se a justiça para excluir grupos e pessoas da simples qualidade de titular de quaisquer direitos; chamar-se "austeridade" práticas econômicas que transferem o patrimônio público para o patrimônio privado,

Por isto, regimes que contrariam frontalmente o Direito afirmam-se sempre como regimes de Direito. É possível, evidentemente, ao regime político apropriar-se do vocabulário do Estado Constitucional de modo puramente nominal (como o fizeram as Constituições brasileiras de 1937 e de 1967-1969).

Lê-se na Carta autoritária brasileira de 1937 (artigo 1.º), que «O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade».

Na Carta autoritária de 1967 (artigo 1.º), que «O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios». Seu § 1.º afirmava que «Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido».

Na Carta de 1969, no mesmo sentido, afirma-se (artigo 1.º) que «O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios». Repete-se (§ 1.º) que «Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido».

Consta, como primeiro dos *considerandа* do Ato Institucional n.º 5:

> CONSIDERANDO que a *Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção*, buscando, deste modo, «os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria» (Preâmbulo do Ato Institucional n.º 1, de 9 de abril de 1964) [itálico nosso].

A reivindicação do caráter republicano, democrático e constitucional, por todos os regimes autoritários e contrários ao Direito, revela a necessidade

quase sempre dando-se o "pagamento" com o próprio dinheiro público; afirmar vencer a verdade, o candidato cuja campanha presidencial foi inteiramente baseada em mentiras deliberadamente produzidas e difundidas junto a milhões de pessoas; vociferar como defesa da "lei e ordem" a imposição do terror policial sobre territórios periféricos em que o medo e a morte tornam-e impuníveis...

— sentida até mesmo pelo mais brutal tirano — de atender a uma exigência cultural, e denuncia a validade da exigência que requer ser de alguma forma obedecida, ainda que de modo cínico, apenas aparente.

Esta é a maior prova do quão profundamente arraigado está, o Direito, na cultura ocidental, do quanto se confunde com a forma de vida que singulariza a coexistência humana no nosso tempo. Não se trata de um dado natural, mas cultural — o que não diminui a sua centralidade na determinação do que somos, e assim dos limites que admitimos à ordem política e social.

Vivemos numa sociedade que insistimos em exigir que seja justa, *jurídica* — como resultado de milênios de autoconstrução por qual nos temos afirmado como sujeitos, como capazes de biografia, livres, iguais, titulares de direitos. A ideia de Direito e os princípios de Direito, pensados como estratos mais fundos da cultura e da linguagem — a afirmarem o humano como pessoa, em sua liberdade e responsabilidade — escapam assim à mera determinação constitucional e legislativa para funcionarem como fundamentos da validade da Constituição e das Leis. Mas isto — repita-se — não se dá em decorrência de serem fundamentos «naturais», e como tais, indisponíveis. São fundamentos culturais, e, portanto, históricos. Expõem-se à revisão, mantendo-se sempre aberta a possibilidade do não Direito, forma de vida marcada pela negação do humano como pessoa, pela organização política e social em que se ignora a liberdade, a igualdade, a responsabilidade, a dignidade.

Porque é funda a radicação do Direito — e da exigência da justiça — em nossas autoconstruídas identidades individuais e comunitárias, é que as alternativas ao Direito se apresentam sempre travestidas dos nomes e das formas jurídicas.

Palavras como «Lei» e «Constituição» são apropriadas por intenções francamente contrárias à intenção fundante da experiência jurídica, sem qualquer compromisso com a igualdade, a liberdade e a responsabilidade, prestando-se a legitimar, como «jurídicas», ordens políticas e sociais em que o Homem não se respeita na sua dignidade. São ordens da convivência que, no entanto, contam com «Constituição», com «leis» — com um «Direito» — que são «Direito» apenas nominalmente, porque desacompanhadas da intenção histórico-cultural fundante do Direito.

A tarefa com que este estudo pretende contribuir — que é tarefa de todo *jurista* no nosso tempo — é a tarefa de combater a compreensão simplesmente nominalista do Direito e da Constituição, para, apreendendo-lhes o sentido civilizacional, explicitar as exigências normativas que decorrem de sua inquinação cultural, de modo a poder assumir um ponto de vista

pós-essencialista e pós-metafísico — nunca simplesmente jusnaturalista — que permita a crítica das apropriações cínicas do discurso constitucionalista, e levando à reorientação da Teoria da Constituição (que se afastará da compreensão da Constituição e do Poder Constituinte como palavras vazias desligadas do seu sentido *jurídico* e do seu compromisso com a igualdade) e dos processos de revisão e interpretação constitucional.

Tudo para fornecer meios ao jurista para denunciar como anticonstitucionais reformas ou interpretações que afastem os fundamentos da ordem jurídico-política do seu compromisso cultural com a igualdade e a liberdade[291].

Teoria e Filosofia do Estado e da Constituição que nos ofereçam meios para enfrentar e denunciar os artifícios simplesmente retóricos, cínicos, que têm o condão de destruir o sentido destes fundamentos, os quais — exatamente por serem cultura, por serem linguagem — não são imunes à apropriação e à confusão nominalista, de que decorrerá a sua corrosão.

São alternativas ao Direito que se oferecem à escolha existencial dos povos de modo travestido, manipulando a sua vontade de constituição, sua consciência jurídica, seu compromisso com a justiça, e que são capazes de, exatamente assim, conduzi-los para além (ou aquém) do Direito.

Aqui, avulta a importância do filósofo do Direito, que reflete sobre o lugar e o sentido do Direito no seu tempo. Cabe-nos, em nossa circunstância, chamar a atenção para o sentido genuíno do Direito, tal como construído civilizacionalmente, ao longo da história ocidental.

Cabe-nos o empenho reflexivo, e retórico, e dialético, de buscar o esclarecimento acerca do que significa, culturalmente, «Constituição» — de modo a mostrar o seu compromisso genético com a igualdade de participação na construção da vida comum e nos seus frutos, e a denunciar usos da palavra «Constituição» que visem assegurar o seu oposto, que visem afirmar, manter e ampliar privilégios injustificáveis.

Cabe-nos o empenho de esclarecer o que significa «Poder Constituinte» — de modo a denunciar como abusivo o uso desta expressão que vise legitimar reformas que instaurem o autoritarismo, a exclusão política, as hierarquias

[291] «Situação distinta é a *violação* desse sentido fundamental, como acontecerá na hipótese de uma intenção deliberadamente contrária ou preteridora daquela axiologia, que vimos ser postulada por esse sentido, tomar a forma, mas apenas a forma, de direito. É o caso, por exemplo, da «lei injusta» — lei radicalmente violadora das exigências impostas pela "ideia de direito" e, no entanto, legitimada por um processo e uma forma jurídicos constitucionalmente correctos. Assim como há lugar ainda para a *degradação* e para a *perversão*. […] Não é apenas o homem que existe sempre em perigo (e por isso é ele também perigoso), o direito, como obra do homem, é igualmente uma possibilidade sempre em perigo.» (CASTANHEIRA NEVES, 2010, 401)

antirrepublicanas, a desigualdade econômica destruidora da igualdade política e da liberdade.

Cabe-nos, da mesma forma, o empenho por esclarecer o compromisso da palavra «lei» com a igualdade, e de «Direito» com a liberdade, o contraditório, a dignidade, a responsabilidade e a solidariedade.

Não se pode chamar Constituição ao documento cuja adoção, na história jurídico-política de uma comunidade, não se dê em fortalecimento da igualdade e da liberdade. Não se pode chamar Poder Constituinte ao processo que se convoca para destruir a igualdade e a liberdade. Não se pode chamar constitucionalista ao pensador que não esteja empenhado com tais valores fundantes (historicamente fundantes) de nossa vida jurídica.

Não são dias fáceis para fazê-lo. São tempos de pouca disposição para o diálogo, para a fundamentação. Tempo de crise, sem disposição para a crítica. Tempos que tornam mais urgente a nossa tarefa.

Referências bibliográficas

CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996. ISBN: 9789724021065

COELHO, Nuno M. M. S. / ARANTES, Bruno Camilloto — O fundamento do Direito na Teoria Pura do Direito. *In* Nuno M. M. S. COELHO / Cleyson Moraes MELLO, org., *O Fundamento do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008. pp. 176-193. ISBN: 9788599960639

KELSEN, Hans — *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1972.

MARCIC, René — *Geschichte der Rechtsphilosophie*. Schwerpunkte-Kontrapunkte. Freiburg: Rombach, 1971.

NEVES, António Castanheira — *Questão-de-fato — Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN: 9789723206302

O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. ISBN: 9789896591076

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. ISBN: 9789723211566

A Revolução e o Direito. *In Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Vol. 1. pp. 51-239. ISBN: 9789723206753

SEWELL JR. / William H. — *A Rhetoric of Bourgeois Revolution. The Abbe Sieyes and What Is the Third Estate?* Durham and London: Duke University Press, 1994. ISBN: 9780822315384

SIEYÈS, Emmanuel Joseph — *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ISBN: 978-8573871692

(Página deixada propositadamente em branco)

SEGUNDA PARTE

A APOSTA NO JURISPRUDENCIALISMO ENQUANTO RESPOSTA A CONTEXTOS DE REALIDADE MATERIAL E PROBLEMATICAMENTE ESPECÍFICOS

(Página deixada propositadamente em branco)

1. Tempos de crise do Direito: intercorrências e perspectivas do jurisprudencialismo[292]

The crisis of Law: interferences and perspectives of Jurisprudentialism

Ivan Guérios Curi
Universidade Federal do Paraná
https://orcid.org/0000-0002-7653-0775

Abstract: The crisis of law stimulates jurists to think about alternatives, whilst admitting a certain return of ideas and theories, putting them before old obstacles and obsolete conceptions, unable to answer the problems of a society that has lost the sense of its nature. This reflection, however, is important so that the critic does not establish itself based on false assumptions or based on the illusion that history began today. The science of law lives historically from conflicts, but this does not always reflect the conflicts of society itself. The perspectives of jurisprudentialism point the way to the recovery of an original meaning, the one which tells us that «law is not everything in human reality, but it is a capital dimension, and an indispensable one, of the humanity of man».

Keywords: Law — Crisis — Criticism — Jurisprudentialism — Humanism

[292] Este texto foi originalmente publicado sob o título «O Direito Penal revisitado pela Filosofia», em *Stvdia Ivuridica 90 Ad honorem-3*, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, e aqui aparece com modificações.

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_9

Nada surge por geração espontânea. A atual crise do Direito ou da ciência jurídica, também não. Não seria exercício de pura imaginação dizer que o que se vivencia hoje nada mais é do que (re)ver o passado sob a ótica de uma epistemologia que não se libertou dos obstáculos. Por isso mesmo, é que farei uma espécie de percurso por conceitos que talvez já estejam, para alguns, proscritos de um discurso, por assim dizer, pós-moderno. Mas verão que não estão.

São tempos de crise, pois. Uma crise decerto com muitas manifestações, a que vou aludir apenas na perspetiva do Direito Penal e, nesta perspetiva, apenas enquanto e na medida em que é revisitada pela da filosofia. É isto que me permite acentuar as intercorrências com o jurisprudencialismo.

A ciência do Direito no início do século XX apresentava já sinais de estar em crise, dado que o paradigma positivista da ciência, eliminando a distinção entre conhecimento intelectivo e experiência, reduzindo as categorias de *ser e dever* a uma expressão só de sentido (o que, obviamente, eliminou a distinção) e localizando o fenômeno jurídico no âmbito exclusivo da sua positividade, mostrava-se impotente para responder às exigências de justiça do próprio Direito.

No Direito Penal, um dos sintomas da crise, talvez o mais relevante, aparece no dualismo antijuridicidade formal — antijuridicidade material, que polemizou a ciência do Direito ao final do século XIX e no início do século passado.

Ocorre que o Positivismo — principalmente com Merkel, Binding e Bierling — afastou da seara do Direito qualquer indagação de ordem filosófica, orientando-se no sentido de que o Direito é o Direito posto, tudo o mais é desnecessário; mesmo de iníqua perquirição.

A pretensão de abandonar a filosofia foi absolutamente ilusória, porque, na verdade, todos os teóricos positivistas do Direito, como Merkel, por exemplo, sempre fizeram filosofia. Isto porque, apesar de pretenderem não ultrapassar as fronteiras do Direito Positivo, «subtendiam ou davam como já resolvida uma série de conceitos universais sem os quais não lhes seria possível estabelecer os próprios conceitos gerais da ciência jurídica».[293] Esse fenômeno encontrava já repercussões no nosso país.

O problema da crise, todavia, tem origens teórico-filosóficas na ciência jurídica, que embasam a questão da antijuridicidade material, um dos seus

[293] Miguel REALE, *Fundamentos do direito*, 2.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, 60, nota 18.

mais importantes sintomas, que devem ser referenciados: a crise residiu na oposição entre a realidade e a lei, na busca de um Direito justo.[294] Na base dessa discussão, o que ensejou o estopim teórico da crise foi a Filosofia do Direito de Stammler e a escola do Direito Livre. A construção stammleriana de uma teoria do Direito justo revelou a semente que existia para o renascimento da filosofia no Direito.

A dicotomia possível entre realidade e lei vem sendo exaustivamente estudada por Castanheira Neves[295], que a propósito de discutir o fundamento e o sentido decisivo do princípio, traz profundas reflexões que vão permitir um perpassar pelos seus fundamentos axiológicos-normativos, pela solução metodológica, para um concluir… «se quisermos enunciar numa conclusão geral o sentido fundamental deste estudo será esta: o princípio *nullum crimen sine lege* não é suscetível de ser cumprido no seu sentido normativo essencial, que toca os valores capitais da juridicidade, só ao nível da legislação, nem bastará para tanto a estrita obediência legal do julgador; o seu cumprimento só é possível pela mobilização nessa intenção de todas as dimensões e de todas as instâncias do universo jurídico. Não é só tarefa do legislador ou só do juiz, é tarefa e responsabilidade de todo o pensamento jurídico».

Mas um longo caminho precisou ser percorrido até Castanheira Neves nos trazer essa lúcida reflexão sobre a dicotomia entre realidade e lei.

Observe-se que o sistema da Filosofia do Direito de Stammler está enraizado em Kant (como também o de Kelsen). O retorno a Kant foi o clima do neokantismo da segunda metade do século XIX, com reflexos profundos na teoria do Direito, sobretudo na Alemanha. Acreditavam que era possível entender o Direito, sem que para tanto houvesse que ser considerada como critério a sua experiência. Assim, Stammler viu no Direito uma categoria da razão pura, portanto, sem conteúdo no espaço e no tempo, ampliando, desta forma, as categorias da razão pura, tal como Kant houvera estabelecido.

Não apenas Stammler, mas também Kelsen objetivaram, a partir da lógica, o conhecimento do jurídico, chegando a estabelecer os fundamentos lógicos de um Direito justo. No que diz respeito à teoria do conhecimento, Stammler e Kelsen basearam-se na *Crítica da Razão Pura* (Kant, 1781), que enunciou os limites da razão. A ética, contudo, não estava no alcance da razão

---

294 *Direito justo*, no decorrer do texto, deve ser entendido para além de uma concepção jusnaturalista e para além de um conceito de justiça que tenha uma função adjudicadora, corretiva e que possa vir substituir-se ao próprio direito.

295 Castanheira NEVES, «O Princípio da Legalidade Criminal», *in* Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros,* 1.ª ed. (reimpressão) Coimbra: Coimbra Editora, 2010, vol. 3, 349 e ss.

pura, mas no da razão pura prática, sendo esta quem impõe a lei do dever de forma categórica. Essa lei permite a consciência da boa ação, mas de uma forma lógica, abstrata, sem conteúdo, pois. De onde viria o comando dessa ação não fica claro, mas de todo modo percebe-se que vem de um princípio universal — a ação universal — condicionador; assim, a leitura da lei seria mais ou menos a seguinte: *devemos agir de maneira a que o princípio da nossa ação possa valer como princípio de ação universal.*

Não há, por conseguinte, uma definição de *boa ação*, mas sim o estabelecimento de um conceito que nos permite ter consciência dela e praticá-la. Essa ideia foi de certa forma adaptada por Stammler quando elaborou a teoria das formas puras das noções jurídicas, que se manifestam num Direito historicamente condicionado. As puras noções jurídicas constituem um *a priori*, no sentido kantiano.

Stammler percorreu um longo caminho até pensar o Direito como uma forma de ordenar a convivência humana. Antes, em 1923, preconizou que para formular uma ideia de Direito era insuficiente descrever as notas externas que caracterizavam as regras como jurídicas. Entendia ser preciso haver uma espécie de acordo sobre o sentido do jurídico. Ou seja, pretendia delimitar a pretensão que reside no Direito e a que se coloca em categorias diferentes de normas.

Daí a necessidade de a sua teoria definir, previamente, e de forma exata, o conceito do Direito, excluindo, desde logo, a descrição aproximativa. A consequência é que considerava sem utilidade extrair o conceito de manifestações da experiência do próprio Direito, que ocorrem no espaço e no tempo. Justificava de uma forma objetiva: quando se qualifica algo como jurídico, volta-se ao conceito que se investiga, ou seja, trata-se de pura tautologia.

Passou, então, a entender o Direito como modo de ordenação, mantendo, fiel ao kantismo, a ideia de que, por ser puro, esse modo não se liga a fins particulares. Porém o conceito ainda não estava teorizado. Ele entendia que a formulação do conceito de Direito deveria partir das categorias que ordenavam a ação.

Na sua concepção, as noções que nos permitem compreender (entender) e, que, assim, constituem nossa consciência podem ser ordenadas pela percepção e pela vontade. A percepção organiza as sensações objetivas e a vontade pressupõe um objeto cuja realização se deseja, isto é, um fim. O querer (vontade) na filosofia de Stammler não tem sentido psicológico.

O Direito adquire, assim, na teorização stammleriana, a forma de categoria da vontade, que tipifica a ação e a decisão, cuja característica mais importante

é a submissão de alguém à vontade de outrem. O Direito é, pois, uma modalidade da categoria «vontade vinculatória», soberana, inviolável, que une duas ou mais vontades, determinadamente. Por «vontade vinculatória» deve entender-se aquela que envolve entre si várias vontades como meios recíprocos e, as suas relações, de modo a que o querer de um se valha do de outro como meio de sua própria vontade, para satisfazer os seus fins.

Embora Stammler tenha pretendido uma ideia de vontade sem conotação psicológica, é de notar que a vontade não é um conceito jurídico, nem mesmo pode ser entendida como uma técnica que permite a articulação entre os meios e os fins. Vontade, enquanto um querer, está no mundo do ser, parecendo falaciosa a pretensão de lhe retirar o sentido psicológico. A ideia central estava no Direito como pertencente ao mundo do dever-ser, e que dever-ser só pode ser deduzido de outro dever-ser. Aí, Stammler começa a abandonar os pressupostos kantianos, à medida que Kant pretendeu demonstrar que não se pode deduzir os valores do ser. Por outras palavras, o que deve ser (o justo) não pode ser deduzido do ser.

Larenz observa que o grande erro de Stammler estava no facto de ter aplicado o método da Crítica da Razão Pura teórica ao que Kant entendeu como razão pura prática. Nesta, a razão não aparece como princípio de conhecimento, mas sim como um motivo que determina a vontade. A grande distinção entre Kant e os neokantianos está justamente em que para o primeiro a forma é constituída de categorias, e para os segundos (principalmente para os filósofos do Direito) a forma do conhecimento jurídico é constituída por conceitos; no caso, o conceito de Direito.[296]

Mesmo que se entenda o conceito do Direito como geral, não se lhe pode conotar a categoria da inteleção, já que esta é constitutiva da experiência. Aliás, exatamente no sentido das categorias kantianas. O risco de pressupormos o conceito de Direito como uma categoria *a priori*, ou como uma forma apriorista da consciência, está em ampliar *ad infinitum* o número de categorias, tornando evidente o seu caráter problemático, justamente pela ampliação.

É de notar, agora, que Stammler teve como primeiro passo especificar as categorias que determinavam a experiência jurídica, e que, como neokantiano, partiu da ideia lógica de categorias puras. Malgrado tenha invertido a aplicação kantiana, tentou estabelecer o conceito universal de Direito, de modo a que pudesse referir-se a todas as experiências jurídicas possíveis.

[296] Paulo Dourado de GUSMÃO, *Filosofia do Direito*, 4.ª ed.; Rio: Ed. Forense, 1998, 23 e segs.

A questão da justiça, todavia, não está para Stammler adstrita exatamente ao conceito de Direito, mas à sua ideia. Aliás, para ele, a ideia do Direito é o problema da justiça. Mas passa a unir conceito e ideia, entendendo que só é possível compreender e determinar o conceito de juridicidade, com referência «a ideia de justiça» (ou, em suas palavras, «ideia do Direito»). Há como que uma superação do formalismo kantiano, e, bem assim, uma superação do dualismo *conceito — ideia* (conceito e realidade). A sua doutrina aparece principalmente no *Tratado de Filosofia do Direito*, em 1911, e na *Doutrina do Direito Justo*, em 1902. Neste último, Stammler preconiza não existir nem necessidade nem possibilidade de uma coincidência absoluta entre a experiência jurídica e o ideal de justiça, devendo observar-se que Stammler vê a experiência de forma intelectualista, e, por isso, abstrata, não lhe conotando valores. Observa, todavia, que diversas vezes, na história, foram vistos exemplos de conflito entre o Direito positivo e o ideal de justiça, mas assevera que o Direito deve ser sempre uma «tentativa de Direito justo». Preconiza, assim, uma tensão no sentido do justo. Não existindo referência entre o Direito positivo e o sentido do justo, não há Direito na perspetiva de Stammler, levando a questão ao âmbito da lógica-formal, pois, da forma como foi posto, só nele se pode resolvê-lo. Reale entende que o pensamento de Stammler alcançou grande repercussão, devendo ser especialmente estudado por ser atual em alguns aspetos, à medida que põe em relevo o problema do Direito como estimativa, enquanto concebe a regra jurídica como norma de cultura, reconhecendo a relevância, assim, dos valores para a jurisprudência, muito embora, de modo lógico-formal excessivo, aliás, de acordo com os esquemas *a priori* da escola de Marburgo.

Reale coloca como problema nuclear da filosofia jurídica a afirmação de Stammler de que nem todo Direito é Direito justo, mas que todo Direito deve ser, pelo menos, uma tentativa de ser Direito justo, dizendo ser este o núcleo do dilema da própria filosofia do Direito, que está na relação entre a experiência concreta e os ideais que se revelam pela história.[297] Esse, portanto, o embasamento filosófico a tencionar a chamada crise.

A antijuridicidade material é apontada como um *sintoma* dessa crise. Por isso, é necessário verificar como a questão apareceu. Merkel, Binding e Von Liszt entendem que o Direito Penal tem uma estrutura sistemática que se forma por meio do conceito de bem jurídico, no sentido de interesses sociais

[297] Miguel REALE, *Filosofia do Direito*, vol. 2, 290-293.

protegidos pelo Direito, que proíbe, mediante mecanismos próprios, que sejam lesionados ou expostos a perigo.

Assim, o desrespeito à norma contida no preceito legal, de forma implícita, gera a obrigação de punir, o que compete ao Estado. A norma, observa Reale, é um pensamento de vida útil, que uma vez tornado obrigatório por uma vontade manifestada de forma expressa pelo Direito se transforma em lei penal.[298]

Contudo, a ideia de bem jurídico como base da teoria da ciência criminal surge com Binding e vai depois ser desenvolvida pela escola tecnicista italiana. A ideia de uma distinção entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material surge, todavia, com Von Liszt, que levou a noção de bem jurídico ao extremo, já que determinante da diferenciação. Para ele, um fato é antijurídico à medida que é contrário ao que está proibido pela lei. Seria materialmente antijurídico se consistisse numa lesão ou risco para um bem jurídico.

No plano formal, o antijurídico está na violação (desrespeito) da norma, que contém um preceito proibitivo. No plano material, o antijurídico é o sentido da ameaça ou de lesão a interesses sociais, que as normas postas estatuem.

De qualquer forma, é forçoso entender que a ideia de dano não está contida no conceito de antijuridicidade, mas no conceito de delito, embora este tenha um sentido mais extenso do que a ideia de dano, dado que pode existir delito, sem que exista dano. O conceito de antijuridicidade, assim, se analisado quanto ao seu conteúdo, não depende do conceito de dano, mas depende do conceito de delito.

Novamente, é de se recorrer a Castanheira Neves, que ressalta a dificuldade de definir de um modo preciso os chamados bens jurídicos, que também denomina de *valores*, mais precisamente, *bens jurídico-criminais*.[299]

---

[298] «malgrado Binding tenha, como observa Von Liszt, concebido o crime como «ofensa ao dever de obediência», ele distingue as infrações aos preceitos simples (as contravenções, que se caracterizam tão somente pela desobediência ao preceito) do desrespeito aos preceitos de lesão ou perigo, que têm um segundo objeto, no bem jurídico ofendido ou exposto a perigo.» Miguel REALE Jr, *Teoria do delito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, 90.

[299] «porquanto, tal como os comportamentos sociais de que são correlatos, se oferecem umas vezes em termos dinâmicos, de limites variáveis ou fluidos e mesmo de relevo concreto muitas vezes imprevisto, outras vezes com uma índole não corpórea-objectiva, mas intencional-ideal e assim, por uma e outra dessas razões, sem os contornos objectivamente demarcáveis descritíveis dos bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade corpórea, a propriedade — considerem-se, e considerem-se sobretudo a mutação da culpa psicológica (em perspectiva empírica) para a culpa normativa (em perspectiva ética valorada), da ilicitude formal (definida por normas enquanto estruturas conceitualmente sistemáticas) para a ilicitude material (objectivada em normas referidas a uma ordem de valores e de sentido teleológico) e bem assim o crescente relevo, nas causas justificativas e nos próprios elementos do tipo, das atitudes de ânimo, de intenções morais, de convocação de personalidade, etc. — os elementos subjetivos do ilícito, se quisermos.» Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. 3, 375-376.

Para Reale, a ideia de antijuridicidade material enquanto teoria tem origem no instituto do estado de necessidade e da ação socialmente adequada, já que a pedra de toque da questão relaciona-a à complexão do crime como algo que fere o próprio sentido de sociedade, à medida que traz consigo um sentido de contrariedade à finalidade do Direito, o que não dá abrangência eficacial irrestrita ao instituto do estado de necessidade. Interessante notar que essas questões se apresentam como resultado da crise, e ao mesmo tempo, uma construção teórica baseada na escola do Direito Livre e na ideia de Direito justo de Stammler. Os conceitos, culpabilidade normativa, antijuridicidade material e ação socialmente adequada são criações jurídicas que, de um modo ou de outro, romperam com o formalismo. Sobre o conceito de ação socialmente adequada, interessante é a observação de Baratta, que o considera o reverso da medalha da antijuridicidade material.[300]

A comprovar que começa um (re)pensar do Direito Penal, a partir da Filosofia do Direito, e dos seus pressupostos, ainda que, por exemplo, Stammler não tenha, a meu ver, rompido com o formalismo kantiano, está a discussão que se trava a respeito da ideia e mesmo do seu alcance quanto à antijuridicidade material. Se se diz que o que torna a lesão antijurídica é o seu caráter antissocial, que é pelo legislador apreendido, pois preexiste à elaboração normativa,[301] está-se a conotar o que é antijurídico à experiência (ao existir) e não ao preceito (ser) do Direito.

É bem verdade que o sentido da antijuridicidade não está reduzido ao caráter antissocial da lesão, à medida que a ordem jurídica deve absorver esse caráter e elaborá-lo em preceitos normativos. Von Liszt, contudo, entende que o valor da antijuridicidade material é somente justificativo, pois existindo contrariedade entre o que é formalmente ilegal e materialmente ilegal (aí, a meu ver, é uma contradição, pois entendo que não pode existir ilegalidade material) o juiz deve aplicar a lei.

Justifico meu posicionamento, porque compreendo a elaboração de normas a partir da experiência e, assim, não entendo possível falar-se em uma ilegalidade material. Uma vez criada a norma, a sua complexão está no preceito. Parece-me, todavia, interessante o propósito de fazer uma espécie de distinção entre a ideia de bem jurídico (interesses sociais tutelados juridicamente) e fins da ordem jurídica.

300 BARATTA, «Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza», in Miguel REALE Jr, *Teoria do delito*, 92.

301 Miguel REALE Jr, *Teoria do delito*, 93.

Percebo, principalmente em Von Liszt, que as categorias, em minha opinião ambas formais, no sentido kantiano, não traduzem o sentido de experiência que a filosofia deu ao Direito. É que da sua teoria se depreende que o bem jurídico é uma categoria, que se expressa em uma construção teórica, pois se presume que o Direito possa apreender e compreender os interesses que deve tutelar, independentemente das circunstâncias ideológicas, o mesmo se fazendo com a ideia que aparece como «fins da ordem jurídica», que, ao contrário do que quer significar em Von Liszt e na teoria em geral, é outra categoria, ou seja, um mero *a priori* formal. O conceito de ilegalidade aparente conduz à tese — com a qual concordo — de que os limites da lei podem ser derrubados na tentativa de se alcançar a justiça do caso concreto, caso do estado de necessidade com base no balanço dos bens em questão.

A observação crítica quanto à conceitualização se enquadra perfeitamente na linha de pensamento que exponho, pois, o conceito de ilegalidade aparente só existe porque existe o de legalidade fechando a moldura do Direito.

A ideia de *aparência* é, então, sob o ponto de vista filosófico, um recurso do jurista para explicar o que já está explicado, ou seja, é necessário justificar que a legitimidade supralegal, fundada no estado de necessidade que se baseia no balanço de bens, está na ordem jurídica, que a ilegalidade é só aparência, porque do ordenamento se deduzem princípios gerais que a autorizam.

O que se diz ser supralegal então não seria metajurídico. Portanto, é uma metáfora para confirmar o princípio da plenitude orgânica do ordenamento jurídico. Não havendo contrariedade aos fins da ordem jurídica, pode existir lesão a um interesse que a lei protege.

É bom esclarecer, no caso, que não se critica o instituto jurídico do estado de necessidade, o que se analisa é justamente a retórica dos conceitos, que, por um lado pode levar mesmo a uma solução justa para o caso concreto, mas, por outro, pode constituir na negação mais odiosa da ideia de um Direito Penal democrático, quando, por hipótese, o agente da decisão avaliar os bens em jogo, efetuando o balanço em função de fins que a ordem jurídica contém, mas que não correspondem, efetivamente, aos valores da sociedade. Não se pode olvidar que o conceito de princípios e o conceito de fins são construções que refletem uma ideologia e que, nessa medida, não podem ser aceites incondicionalmente pelo jurista, como se dimanassem do ordenamento tal qual algo natural, da forma como a água vem da fonte. Ou o contrário, que é a mesma coisa, aceitar o ordenamento porque ele deriva de princípios e valores que se julgam legítimos.

O ressurgimento da Filosofia do Direito no Direito Penal ocorre, portanto, dentro de uma perspetiva neokantiana, assente nas categorias gnosiológicas, porém, tem importância à medida que provoca o (re)pensar do formalismo estrito e indica novos caminhos para que a justiça não seja, então, mera justiça formal.

Exemplo disso é a teoria de Graf zu Dohna, cuja obra *Die Rechtseidriskeit* (*A Ilicitude*), publicada em 1905, foi dedicada a Stammler e alicerçada neste e na teoria das normas de Binding.

Na linha de Stammler, e da distinção entre o conceito de Direito e a ideia do Direito, Dohna entende que o Direito tem a missão de regular as condutas em relação de maneira justa, e que, por isso, não se pode reduzir ao formalismo, devendo ser investigada a ideia do Direito, de modo que se possa avaliar o conteúdo das normas positivas.

Na sua teoria surgem aspetos teleológicos, como a finalidade do Direito, de modo a permitir que se torne dinâmico, abandonando a dogmática historicista. Dohna rejeita a ideia de causalidade no Direito e fornece uma noção instrumental, muito próxima do utilitarismo.

No entanto, no início do século XX, essa questão assume uma relevância ímpar, dado que lança as bases de uma discussão mais ampla que terá, como já se disse, na teoria da antijuridicidade material a sua maior expressão, que se não abandonou totalmente o formalismo, pelo menos trouxe ao Direito Penal ideias capazes de voltar à mente do penalista para além dos limites que estavam estabelecidos pela sua ciência.

Dohna questiona o sentido da ilicitude e, desde logo, entende que ela não se identifica com a lesão a um interesse, afirmando que se assim fosse, estar-se-ia a confundir o motivo do preceito normativo, com o objetivo do delito, e mais, em determinadas situações a lesão a um bem não é necessária e às vezes é insuficiente.

Aponta o argumento tautológico do conceito de ilicitude, quando se diz que a ação é ilícita se corresponde ao que assim está descrito no preceito. Neste particular, confirma-se a ideia que coloquei, no sentido de que os conceitos tendem a ser recorrentes. A ilicitude, em verdade, é pressuposto e não consequência da sanção, logo, o ilícito não é o que está proibido. A recorrência dos conceitos não é, assim, simplesmente um problema teórico, mas principalmente uma questão de ordem prática, que conduz a terríveis enganos, mormente na aplicação do Direito.

A ilicitude na perspectiva de Dohna é uma suposição normativa, portanto, um conceito que a lei não pode explicar porque que nela está contido. Reale

acrescenta que não é suficiente a explicação de que uma ação é ilícita quando, além de corresponder ao descrito legalmente, não ocorrem as circunstâncias especiais de justificação, que excluem a ilicitude, uma vez que existem determinadas ações que não estão justificadas pela lei, que não podem ser consideradas ilícitas, por exemplo, quando se sacrifica um interesse inferior em benefício de um superior, ou a atividade cirúrgica do médico, ou o direito do mestre castigar os seus discípulos. O que daria legitimidade às ações do médico ou do professor de serem contra o Direito? Ou seriam ilícitas as suas condutas, ficando, como exceção, excluída a sua ilicitude? A resposta positiva — na perspetiva de Dohna — considera presente a ilicitude como consequência da realização dos elementos do delito, à medida que só o que existe pode ser excluído.[302]

Para Dohna, as ações do médico e do professor são lícitas em si mesmas.

Continua, portanto, sem resposta a questão sobre a existência da ilicitude, ou fica na dúvida o problema de se saber quando uma ação é ilícita.

Dohna não aceita que se fundamente qualquer resposta no jusnaturalismo ou na antropologia do Direito, e acaba por se inserir na filosofia neokantiana, ao propor uma análise do Direito na sua variedade e complexidade, por meio de um critério formal de validade incondicional. A rejeição do historicismo também aparece de forma nítida, uma vez que os postulados da escola histórica não permitem um critério formal para verificar a validade do Direito.

O neokantismo aparece muito claramente quando ele propõe uma categoria formal de validade incondicional sobreposta à condicionalidade empírica do conteúdo das normas, e ainda quando admite um critério formal de valoração do Direito, que reside justamente em «subentender» que o Direito é um meio idóneo de se atingir a justiça.

Quando Dohna estabelece, com base no critério formal, um outro critério para a apreciação crítica da ação concreta, fica ainda mais clara a influência de Stammler, a quem dedicou a sua obra. Trata-se da introdução no âmbito da ciência criminal do conceito de normas de cultura, que Stammler havia introduzido na Filosofia do Direito.

Dohna entende que existe uma ordem cultural que está acima da ordem jurídica e é dessa ordem que o Direito retira os valores a serem tutelados. A ideia de Direito surge da consulta às regras pré-jurídicas. A ação concreta, mesmo que se enquadre no tipo, será lícita, se a partir dessa ideia de Direito,

[302] Miguel REALE Jr, *Teoria do delito*, 96.

como reflexo de valores que se positivaram (da forma como antes se mencionou) constituir meio justo para um fim justo.

Existem graves objeções à teoria de Dohna, algumas no sentido de que ele, no fundo, aplicou a lógica formal, mascarando-a pelo argumento das chamadas normas de cultura, que não explica, dando a entender que tanto podem ser um simples axioma, quanto uma versão mitigada do próprio historicismo (o sentimento jurídico) que combateu. O mais sério, todavia, está justamente no fato de ele justificar a validade de soluções concretas num critério formal de validade, que é incondicional.[303]

Este argumento não me convence justamente porque a justificativa que Reale oferece para demonstrar que não houve por parte de Dohna a pretensão de deduzir conteúdos materiais de uma máxima formal, mas a de que pretendeu fixar um princípio sem conteúdo, é redundante.

Ora, princípio sem conteúdo e máxima formal são a mesma coisa. E continuarão a ser ainda que o critério de preenchimento do princípio seja um relativismo ético, por normas de cultura ou sentimentos, porque o que se questiona não é a forma de preenchimento do princípio, é o facto de ser vazio. A abstração do princípio em Dohna é evidente e a ideia de que o princípio vazio de conteúdo é uma simples diretriz é mera falácia.

Em Dohna, a ilicitude adquire o sentido de que a conduta será ilícita quando a ordem jurídica a qualifica como meio não idóneo para um fim justo. No entanto, a ilicitude não é somente a contrariedade ao Direito no sentido formal, dado que uma ação que é justo meio para um fim justo pode ser lícita, mesmo sendo um delito. Esse critério geral pode ser aplicado às ações incondicionalmente ilícitas, por meio do balanço de bens, em estado de necessidade, e às ações de ilicitude meramente possível, por meio do critério da finalidade da ação. É o caso da ação que objetiva a conservação de um bem jurídico e neste caso não é contrária à norma.

Ainda aqui me parece residir o problema na esfera puramente conceitual. Todavia, quando Dohna analisa as ações chamadas de socialmente adequadas e reconhece a correlação que existe entre culpabilidade e antijuridicidade, dado que a antijuridicidade não pode ser objetivamente localizada, muitas vezes, sem se ter como parâmetro a índole que motivou a ação, já que existem casos em que a ação é proibida apenas se levada a efeito segundo determinada intenção, vejo

[303] Reale traz um argumento que não convence, quando diz que «a nosso ver, Graf zu Dohna não pretendeu inferir, da máxima formal, conteúdos materiais, mas tão-somente desejou fixar um princípio destituído de conteúdo, ou seja, uma diretriz, em aberto, a ser preenchida, segundo o relativismo ético por ele admitido, pelas normas de cultura e a conveniência peculiar a cada época». Miguel REALE Jr, *Teoria do delito*, 98, nota 40

que se abandonam critérios puramente formais, ou de recorrência conceitual, para passar à esfera de uma ideia que ultrapassa os limites do conceito puro, já que o vértice da construção passa a ser a própria experiência.

Não é intenção neste ensaio ampliar a abordagem a ponto de analisar a questão da culpabilidade, já que o que se pretende é somente analisar, criticamente, a crise no (re)encontro do Direito Penal com a Filosofia do Direito, tomando-se, aqui e ali, alguns pontos que relevam o aludido encontro. Todavia, ao referir à culpabilidade, parece-me que a teoria exposta, ainda que não tenha tido essa visão e esse propósito, traz à tona um problema que muda a linha de discussão filosófica até então levada a efeito.

E isso ocorre dado que a teoria normativa da culpabilidade é outro dos sintomas da crise, mas que mostra de maneira muito nítida a tensão entre o conceito e a realidade no Direito Penal. Veja-se, por exemplo, que ultrapassada a discussão sobre a existência ou não de uma oposição entre a teoria psicológica e a teoria normativa, ou mesmo da implicação de uma em outra, ou ainda da que entende a culpabilidade como uma questão axiológica, que incide na formação do querer, de onde se deduz que culpa e dolo não são compatíveis com um juízo do dever-ser expresso nas teorias tradicionais, que os reuniu em um conceito uno; ter-se-á a realidade subjacente que está além do conceito, à medida que considera a experiência o motivo determinante de efetividade da norma, o que significa a visão da norma penal na sua dialeticidade concreta.

Explicando melhor e tendo como referente a norma, formam-se dois juízos, um de antijuridicidade, operado pelo juiz, que tem em conta a contrariedade ao dever imposto; outro, o juízo de culpabilidade que não tem a sua gênese nas formas puras do pensamento, mas que se forma a partir da experiência concreta que envolve indivíduo e norma (numa integração dialética) de maneira que, de um lado não se aprova, objetivamente, o querer do agente, cuja escolha se opôs à norma, e, de outro, é uma realidade que está no agente e que se expressa por meio de uma ação em desconformidade com a norma, uma vez que ele tem o poder de escolher o valor que referencia a sua conduta. A meu ver, a integração dialética está na maneira como se operam os juízos de antijuridicidade e culpabilidade, pois o juiz, à medida que não se coloca no plano puro (formal) da norma de maneira estática, porque não é possível dado que a realidade é dialética, ainda que agindo na esfera do ordenamento jurídico, avalia a conduta com base no preceito e, ao mesmo tempo, é a conduta (no plano dos fatos) que fornece os meios para aquela avaliação[304]. Esses

[304] Castanheira Neves, em sua obra *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, demonstrou há décadas

meios traduzem-se num ato de valoração do juiz sobre a conduta, tendo como pauta o preceito, e de forma integrativa, do fato, porque o agente é quem age, optando ou não por valores que dimanam do Direito.

Posto isto, a perspetiva que víamos na teoria de Dohna, ainda que distante do raciocínio aqui exposto, de uma correlação entre antijuridicidade e culpabilidade, mostra que, já com ele, ainda num nível incipiente da Filosofia do Direito, porque muito arraigado às raízes kantianas, esboçava-se a necessidade de ver o Direito Penal não a partir de categorias isoladas, mas em relação, procurando na experiência do fenômeno jurídico algo para além da lei.

Reale entende que a antijuridicidade material revela um aspecto do ressurgimento da Filosofia do Direito, na busca do Direito justo, por meio da meditação sobre a ação socialmente adequada e o estado de necessidade, fundado no balanço de bens, consagrado pelo Supremo Tribunal alemão na sentença de 11 de março de 1927, relativa a um caso de aborto terapêutico.[305]

No entanto, foi o culturalismo jurídico que já se esboçava na Europa no início do século passado que abriu caminhos realmente inovadores para o Direito Penal. Esse culturalismo, não mais tão vinculado à filosofia de Stammler, mas influenciado pela escola de Baden (Rickert, Windelband, Emil Lask, Mayer, Radbruch) trouxe uma nova concepção sobre a relação entre as normas de cultura e a ciência do Direito.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. faz notar de modo esclarecedor tanto a influência do neokantismo de Baden na filosofia do Direito no início do século, como mostra exatamente como aconteceu a passagem do formalismo ao axiologismo como pressupostos de uma sistematização do Direito, de Stammler à escola de Baden, até a interpretação kantiana e o seu impasse.

Para este ensaio interessa-nos ver como ele aborda o problema, mormente na construção complexa da concepção sistemática de Baden, na tentativa de superar o formalismo de Marburgo a partir da crítica de Emil Lask.

Lask tece uma crítica esclarecedora a Stammler, mostrando a nova visão axiológica do neokantismo de Baden em oposição à sistematização formal ocorrida com Stammler, no neokantismo de Marburgo, ao dizer que à estrutura empírica do social, cuja especificidade, Stammler, com interesse metodológico, sublinha com tanto vigor, não corresponde a nenhuma estrutura específica de valor. Agora já não atacando Stammler, mas Cohen, Lask entende que no neokantismo de Marburgo o sentido transcendental do Direito não é

a impossibilidade de se operar essa cisão. O problema é que os penalistas ainda não se deram conta disso.

305 Miguel REALE Jr, *Teoria do delito*, 99-100 e nota 44.

determinado; da mesma forma a sua ordenação num sistema de valores. Essa é a razão para se separar, de forma extremada, conceito e ideia de Direito, que, de nenhum modo permite que as chamadas máximas do Direito justo atuem eficazmente no Direito positivo que é formado, no processo hermenêutico e na elaboração científica desse Direito construído. Daí advém uma dualidade sistemática muito formal. Limita-se a jurisprudência dogmática a elaborar a matéria jurídica que é dada, segundo uma opinião formal (conceitos puros), ligando-a a uma espécie de conexão lógica não contraditória. Outro aspeto da dualidade está na formação de uma ciência jurídica circunscrita a uma prática do Direito justo, delimitado por conceitos formais, mas sem conteúdo determinado, desconexo com os conceitos básicos puros.

A ordenação do Direito num sistema de valores surge realmente com Wilhelm Windelband, que, desde logo, traça uma distinção entre a Filosofia do Direito e a Teoria do Direito Natural. A Filosofia do Direito não vê um Direito ideal e hipotético, mas considera apenas o Direito que subsiste devido a um juízo valorativo, ao qual atribui validade universal. A filosofia estabelece apenas a finalidade e a missão para a qual o Direito existe e foi criado. Do facto de se conhecer a finalidade ou a missão referidas não se pode inferir, por dedução, os instrumentos de sua concretude, o que significa que não existe dedução do Direito a partir de princípios universais, erro que aponta como típico das teorias jusnaturalistas.

Por outro lado, distingue a Filosofia do Direito da jurisprudência. A jurisprudência pode ver o Direito em função dos seus fins, só que no sentido de avaliar se a sua formulação está em condições de se amoldar a *mens legislatoris*. Aparece, pois, em Windelband, um Direito como sistema de normas que são postas por uma vontade da coletividade ordenada pelo Estado, normas que são o mínimo de coerção exigida pelo mundo da cultura. O sistema é sempre uma conexão lógica, no sentido da dogmática jurídica que se afirma num sistema teleológico, em cada comunidade, em cada época e em cada cultura. Diz, assim, que o sistema é finalístico no que diz respeito à sua aplicação, objeto da teoria do processo, é histórico, se levarmos em conta a sua origem e desenvolvimento, o que diz respeito à história do Direito. E ainda fala num sistema geral de valores, incluindo o Direito como objeto da Filosofia do Direito.

Na filosofia de Windelband, valor significa tudo que é capaz de satisfazer uma necessidade ou de despertar um apetite. O caráter valorativo (negativo, enquanto desvalor, ou positivo, enquanto valor) não pode ser considerado como imanente ao objeto, porém, surge nele por causa de uma consciência valorizadora, que satisfaz as necessidades num querer, num sentir e que reage

aos processos circunstanciais. Para Windelband, a supressão do querer e do sentir implicará a inexistência de qualquer valor.

Nesse sentido, a consciência normal é o último fundamento do valor, como também o último degrau na escala das consciências. Assim, todo e qualquer sentir ou querer individualmente considerados (valores particulares) submetem-se a uma consciência superior, em uma espécie de supraordenação. A consciência normal é o ponto final do processo e tem o sentido de um sujeito abstrato, ou seja, de uma opção das possíveis múltiplas valorações. Nesse particular, ela está acima de qualquer forma histórica da consciência total do homem. É a tentativa que faz de fundar o valor fora do empirismo, de modo que entre a realidade e o valor pareça existir um abismo, a fazer com que nunca se possa pensá-los em conjunto.

O valor também não tem atributos em relação ao mundo da realidade, dado que, como estruturas diferentes e não comunicantes, também o serão os seus sistemas. A consequência no Direito é um dualismo entre sistema de normas e sistema de valores, tornando a função da Filosofia do Direito negativa; o que implica o seguinte: aquela justificativa que a Filosofia do Direito procura, de validade universal, aparece somente no sentido de um limite ético negativo para o Direito efetivo.

O dualismo entre sistema de valores e sistema de normas nasce com Kant e os seus conceitos de validade universal e generalidade, numa confusão que leva a concluir que a generalidade de um conceito abstrato é, em si, o critério de validade universal tanto na teoria quanto na ética. Mesmo que se tome o dado empiricamente como um valor concreto, fica ainda subjacente a ideia de que se trata de um mero recurso de exemplificar um valor geral. Trata-se de uma estruturação abstrata que põe o singular como modelo de uma generalidade de valor. Só que existem fatos historicamente considerados que negam a possibilidade dessa tese, por exemplo, a liberdade da pessoa singularmente considerada não se deixa apreciar de forma esgotante naquele raciocínio estrutural, se existir um limite para comprovar se ela efetivamente se realiza; e esses limites são o imperativo categórico e o princípio lógico de contradição.

A aplicação dessa filosofia ao Direito traz consequências complexas, pois o Direito, nessa ótica, não pode ter uma estrutura de valores, dado que ela vem de outro sistema. É externa, portanto.

A consequência mais complexa de todas está em que o sistema de normas só formalmente pode ser inserido num sistema de valores e, evidentemente, no plano puramente metodológico e não no dos objetos. Também não se pode levar a filosofia de Windelband aos limites do Positivismo, uma vez que a sua

reflexão sobre os valores se insere numa pluralidade de sistemas, que não é compatível com a perspectiva monista da lógica formal. Só que não existe base objetiva para a pluralidade, que permanece indeterminada.

Até certo limite, Rickert absorveu as teses de Windelband e, na metodologia científica que esboçou, afirma que o Direito Real é só o Direito Histórico, produto da cultura. O problema é que esse Direito que está em *devir*, por ser histórico, não se pode deduzir de um Direito de validade universal (normativo). É que Rickert só admite o valor jurídico como um valor formal e afirma que não existe oposição entre o Direito Normativo e o Direito Histórico, atacando as teorias do Direito Natural. Coloca a ciência do Direito no âmbito das ciências histórico-culturais, em oposição às ciências da natureza. O método que propõe para a ciência do Direito é o da seleção das individualidades históricas, determinado por um critério, que é o valor. O problema é que ele entende o valor como uma forma de «valer» e diz que valer é uma espécie de efetiva aceitação por parte de uma consciência individual do que é um valor. Mas ressalva que não se deve, por isso, confundir valor com facto e parte para uma distinção entre o mundo dos valores e o mundo dos factos, por meio de um critério que denomina de *negação*, o qual permitiria, na esfera do existir, descobrir o outro do uno. Isto significa apenas que onde existem alternativas é porque só resta o «outro». O problema torna-se de difícil solução uma vez que «Uno» e «Outro» subsistem no plano da existência, somente, e a negação — ela mesma — não pode determiná-los, simplesmente porque não é possível falar em existência negativa. Só que o valor, que tem o sentido de «valer», admite a pauta de negação porque existem valores negativos.

Outra distinção importante que faz é a que separa o valor do ato de valorar e dos bens valorados. Consequentemente, existem os valores que valem — os bens reais e, nesse caso, os valores aderem a eles, e o ato do sujeito que é o ato de valorar, sendo que neste caso o sujeito assume uma posição valorativa frente a bens e valores.

A configuração histórica a que antes aludimos, vai ocorrer por meio de uma espécie de seleção de singularidades e especificidades, guiada por um valor que tem sentido. Como a função do cientista não é estimativa (nem positiva nem negativa) não interessa qual o valor determinado. O que importa é apenas relacionar o objeto a valores. O valor que orientará o cientista só poderá ser escolhido por meio de certo arbítrio, que Rickert procura amenizar, garantindo-o contra o subjetivismo radical. Assim, o valor escolhido, deve ser aceite — ou ter sentido — tanto pelo cientista, quanto pelos leigos.

A comunidade cultural deve reconhecer como válido o valor escolhido, senão o arbítrio fica sem nenhum controle. A determinação dos valores aparece, no seu pensamento, contudo, de forma empírica. E é justamente aí que surge o seu conceito de cultura, isto é, ele a entende *como tudo que se relaciona a valores que como tais são reconhecidos, pela comunidade, tendo, a partir daí, e só daí, significação real.*

Diferente de Windelband, Rickert possibilita, com a sua formulação, uma vinculação entre Direito e valor. O problema é que coloca o objeto da ciência do Direito de forma isolada. Na verdade, faz uma espécie de distinção entre o Direito isolado, a partir do seu método, do Direito Real, ao qual aderem as significações jurídicas. Assim, existem em Rickert três sistemas: o de valores jurídicos, o de normas construídas com vistas a um fim, e um sistema de normas reais que, para ele, são pré-científicas.

Em Windelband não existe integração entre os sistemas. Em Rickert, sim, mas ele não esclarece como conceber um sistema uno do Direito, e isso, muito certamente, porque permanece não solucionada a questão da possibilidade de um sistema abrangente do mundo de valores e do mundo da realidade.

No pensamento de Rickert, realidade equivale a «existência» e a «subsistência». E de facto, na sua teoria, o Direito Real é o Direito que é dado, significando a ordenação da sociedade, por normas positivas. O problema surge com a ideia de subsistência do ordenamento a que ele se refere. Não está claro se quer dizer que subsistir implica valer ou se valer significa um dever-ser, surgindo daí o dilema, dado que o dever-ser em oposição ao ser, se entendido como algo que vale, e não como algo que existe, não se pode afirmar, como ele o faz, que o Direito Real (válido) é o Direito Histórico, existente, o Direito dado.

Entre valor e fato só existe relação lógica. O ordenamento jurídico é um fato cultural ao qual corresponde um valor cultural. Porém, esse valor cultural também retira o seu significado do ordenamento positivo. Assim, da existência do ordenamento positivo (que é também validade), não pode ser deduzida a validade do valor. Por isso, só há relação lógica. Se o que antes aludi fosse possível, estaríamos perante um jusnaturalismo, que, de modo geral foi veementemente repudiado pelo neokantismo de Baden. Para essa escola, em especial para Rickert, o objeto da ciência jurídica é um objeto que se relaciona a um valor e, nessa medida, é real, existe. Porém, só o valor ao qual o objeto se refere é que vale. A validade do ordenamento positivo é incontestável, só que deve permanecer sem compreensão. É assim que se explica a relação puramente lógica.[306]

[306] Tércio Sampaio FERRAZ Jr, *Conceito de Sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da*

Mayer[307] acentua ser a sociedade um conjunto de interesses, ressaltando que o Estado precisa de ter a forma de uma organização especial, de modo a que esses interesses sejam tutelados. Vê nessa sociedade organizada na forma de Estado o pressuposto do Direito. A cultura é criada pela sociedade e contribui, enquanto cultivo de interesses comuns, para construir uma sociedade em relação complementar. Da mesma forma acontece com o Direito e com o Estado.

Importante é que Mayer vê na ideia de cultura um matiz de valor na forma de uma unidade composta por realidade e valor. Assim, as chamadas normas de cultura são o determinante da tutela de interesses na estrutura da sociedade que a envolve.

Aparece na teoria de Mayer nitidamente que é o Estado que opta, de entre as normas de cultura que a sociedade reconhece como tal, aquelas que têm o caráter constitutivo de Direito, para garantir a sua efetividade mediante a sanção. De certa forma, vê-se aqui a influência da escola de Baden, principalmente de Rickert, pois os valores devem ser entendidos como tal pela coletividade, para que se evite a possibilidade do arbítrio subjetivo, mas só neste sentido. E as normas de cultura para Mayer constituem uma realidade que se transforma em realidade valiosa.

Mayer entende que a norma penal se dirige ao Estado e não ao povo. O povo pode desconhecer a lei penal (pois ela a ele não se dirige), mas conhece as normas de cultura, o seu substrato. Na sua perspectiva, a norma jurídica assume um caráter pedagógico, enquanto cumpre o papel de adequar o povo com vistas a atender os interesses da comunidade. Aqui, é interessante notar que a antijuridicidade só aparece à medida que espelha o ato de estar contra a norma de cultura — que o Estado absorve no âmbito penal.

Mas a crise do Direito Penal continua num processo de revitalizar algumas concepções filosóficas que já influenciavam na época toda a ciência jurídica, e a questão do justo toma conta do pensamento dito utilitarista, que entende estar o Direito vinculado a três princípios, o do bem comum, que teria o objetivo de servir de parâmetro para que o jurista identifique as ações e os fins úteis à coletividade, a justiça, que avalia essas ações, e a segurança do Direito, que visa garantir a igualdade no tratamento das pessoas da coletividade, valendo-se da certeza dos conceitos jurídicos.

---

obra jusfilosófica de Emil LASK, São Paulo: Ed. RT, 1976, 70 e segs.; também, tese de doutoramento, Universidade de Mainz, Alemanha, 1970.

307 Ernest MAYER, *Filosofía del Derecho*, trad. de Leuiz Lyez, Barcelona, 1937, 65.

Existe nessa corrente, a propósito de estabelecer a igualdade a partir do Direito, o problema que tanto descaracterizou a ciência criminal do século passado, quando, na verdade, a ideia de igualdade adquire caráter apenas retórico.

É evidente que o surgir da crise e o (re)nascer da Filosofia do Direito não comportavam essa abordagem, pois que, com já se demonstrou, o formalismo kantiano, embora mitigado pela escola de Baden, ainda estava preso ao conceito formal de valor, na ideia de prescrições universais, e, o que é mais importante, a questão ideológica do Direito não aparecia nas teorias, ou, quando surgia, era enfocada como algo fora do fenômeno jurídico.

O aspecto utilitarista do Direito refletia, na verdade, uma discussão sobre os fins úteis à coletividade, para obter um Direito justo, mas expresso em conceitos que já conteriam os valores a informar o juiz. Por isso, se distinguia entre a atividade do legislador e do juiz. A atividade do legislador estaria em estabelecer o Direito justo, por meio de uma preocupação com o conteúdo material do valor «injusto». O juiz só deveria ter em conta a lei e esta era o injusto tipificado.

Desta maneira, a atividade judicial ficava, até certo ponto, vinculada aos parâmetros estabelecidos pelo legislador. No entanto, o utilitarismo, que no Direito Penal aparece na obra *Derecho penal, parte general* de Wilhelm Sauer, vê certa extensão na atividade judicial, quando surgem as lacunas na ordem jurídica.

Nesse momento, na ausência de norma, a atividade do juiz passa a ser a de criar — inclusive no Direito Penal — por meio da analogia (a comparação de casos e tipos normativos) o Direito. Ocorre que a analogia, tal como aí posta, tem um caráter subjetivo — aliás, sobre o caráter subjetivo do juízo analógico, já me referi, em pormenores, em trabalhos nos quais abordo o problema do conceito de sistema no Direito e no Direito Penal[308] —, pois que, na comparação de casos e tipos, o juiz estabeleceria valorações diante de um conflito de bens, procurando atender ao bem comum, o primeiro princípio a fundamentar o Direito.

O que se nota nessa teoria é o recurso a uma espécie de regra maior vinculante, uma espécie de norma extrassistemática, de avaliação, cujo enunciado, se pudesse ser expresso, teria o sentido de que *é jurídico o que em sua compreensão generalizadora é mais útil (bem comum).*

O problema que enfrenta o pensamento utilitarista é justamente quando ocorre a hipótese de conflito entre a norma e a justiça, com o princípio maior vinculante que é o bem comum.

---

[308] GUÉRIOS CURI, Ivan. *Dilemas do Direito Penal, Reflexão a partir da hermenêutica do sistema*, tese de Doutoramento, UFPR, 1999.

Para Sauer, a solução para o conflito de princípios está no recurso à lei. Deve, assim, prevalecer o Direito no plano formal. Aparentemente, existe contradição entre este raciocínio de Sauer e a ideia de que o bem comum é um princípio fundamental. Mas a contradição é só aparente à medida que aquela norma extrassistemática a que me referi, não tem, evidentemente, conteúdo, é também formal-generalizadora, dado que o conceito de bem comum é um *a priori*.

A crise do Direito influenciou igualmente o pensamento de Edmund Mezger (*Diritto penale*, 1935), que combateu o formalismo expresso no império da lei, principalmente para solucionar o problema das chamadas ações socialmente adequadas e a questão do estado de necessidade.

Mezger entende, fiel ao seu propósito, que o Direito não se exaure na lei, uma vez que a norma não tem condições de incidir eficazmente sobre os casos concretos que aparecem na sociedade em constante transformação.

A lesão ou o perigo a um determinado bem jurídico, expressa o conteúdo da antijuridicidade material, mas esse conteúdo só pode ser verificado quando o tipo penal é interpretado finalisticamente. E a interpretação, no caso, teleológica, só pode ser interpretação da lei.

Porém, para Mezger, que vislumbra a possibilidade das lacunas, quando a hipótese acontece, o critério de colmatação está no recurso aos princípios gerais. Não me parece que sua teoria consiga romper ainda com os parâmetros das categorias universais, de validade formal, já que ele compreende o Direito como dimanado da cultura. Porém, os seus fundamentos estão num princípio que é formal: o justo equilíbrio, que consiste no fim último. O problema que enfrenta o pensamento utilitarista é justamente quando ocorre a hipótese de conflito entre a norma e a justiça, com o princípio maior vinculante que é o bem comum.

A ideia de satisfação é axiológico-utilitária, vinculada não a uma realidade, mas a uma visão formal da realidade. Por outro lado, «vida coletiva» tem um sentido abstrato, já que ele não demonstra com clareza no que consiste a sociedade, as suas desigualdades, os conflitos. Daí que o conceito é puramente *ideal*.

Dessa maneira é possível localizar a filosofia de Mezger no plano do idealismo ainda neokantiano. A preocupação com o Direito justo aparece mais ou menos na mesma ótica de Stammler. Fica muito claro quando percebemos na sua teoria a proposta de que a valoração *praeter legem* seja o meio adequado para servir de critério para a valoração de bens, sendo que a valoração, na sua ótica, deriva de um princípio de orientação geral do Direito, com base na pura ideia de Direito. É nítida a influência, aqui, da escola de Marburgo.

O papel do jurista é, por meio da crítica avaliativa, atualizar o ordenamento em face das mudanças sociais. A razão da lei tem como elemento mais

importante o facto social, e, nessa medida, insere o réu na realidade social e o considera como objeto da ciência criminal.

A proposta de Antolisei aproxima-se das teorias realistas, principalmente a partir da abordagem que dá ao conceito de fato para o Direito. A sua teoria, contudo, está mais próxima do realismo escandinavo, do que do realismo psicológico dos norte-americanos.

Todavia, ao considerar que da valoração do fato contrário ao Direito deriva uma única espécie de antijuridicidade, afasta-se das teorias que veem uma dicotomia nas espécies e introduz um critério axiológico, que, a meu ver, ainda o prende ao formalismo kantiano. Isto porque entende que o juízo de contrariedade não pode ser inferido de critérios metajurídicos. O sistema de valores é um sistema formal.

Em face do que argumentei a respeito da ideia de valor em Antolisei, não vejo como possa ser sustentada a tese de que a negação da dicotomia não implique a redução do conceito de antijuridicidade ao seu aspeto formal.

Pois bem, para concluir, ainda que de forma sucinta, dada a natureza deste ensaio, acredito ter demonstrado como se instaurou a chamada «crise da ciência criminal», os seus sintomas, e de que forma ela se reencontra ou não com a Filosofia do Direito, demonstrando aqui e acolá, as perspetivas do Jurisprudencialismo, que, já no século passado, lançou os fundamentos para uma nova compreensão dos conceitos sobre os quais a chamada crise assentou as suas bases.

Infelizmente, os penalistas, em geral, ainda não se deram conta disso, ao menos pelo que se denota na doutrina brasileira. O Jurisprudencialismo foi e vai além; porque, no Direito Criminal, mas não só, é evidente como também é uma doutrina humanista, fundada em valores, sem os quais nenhuma crise pode ser primeiro reconhecida como tal, para, então, ser superada.

Ficou claro, penso, que o reencontro, quando e se aconteceu, não superou a crise, mas revelou a sua face oculta e isso já foi importante.

Denomino *face oculta* o discurso da ciência criminal (*o que lhe diz-o-curso*), que fica sempre subjacente à crise. E a ocultação é obra dos próprios juristas, materializada em conceitos.

Por fim, é importante ter sempre em conta que não se pode pensar o Direito Penal apenas como ordem de repressão, ainda que limitada pelo Estado Democrático de Direto. O Direito Penal é também ordem de liberdade, como demonstra a brilhante lição de Faria Costa.[309]

[309] «O direito penal é, matricialmente, a última instância que legitimamente pode impor limitações, constrições corpo a corpo. Tem, por consequência, um poder de monopólio. Na génese e na determinação ontoantropológica do próprio direito penal é que podemos encontrar a legitimidade

E, se assim é, encerro convocando o pensamento de Castanheira Neves, em *Sobre o Direito. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito,* que aqui, transcrevo no corpo do texto em destaque ao contributo do Jurisprudencialismo para uma reflexão, em diversas intercorrências, sobre o passado, o presente e o futuro da crise do Direito, do Direito Penal e da Humanidade.

Negativamente, podemos pensar, por inferência exclusiva, *alternativas ao direito* — e do mesmo passo se revelará infundado, no seu dogmatismo, o aforismo repetido pelos séculos: *ubi societas, ibi ius*. Com efeito, essas alternativas (com exclusão do direito que postulam), se são pensáveis, foram mesmo tragicamente confirmadas pelas experiências inumanas do século que acaba de consumar-se. É que, se o direito só verdadeiramente o temos quando à terceira condição da sua emergência, a condição ética, for conferida realidade, basta que dela se abstraia ou que ela efetivamente se recuse, para que possamos ter ordens, sem que sejam ordens de direito. Recusá-la-á o despotismo de todos os poderes que, como poderes totalitariamente absolutos, se vejam como *causa sui*, a impor uma «*ordem de necessidade*» — a necessidade que já a história, já a raça, já a economia lhes justificasse. Abstrairá dela, e assim da pessoa e da sua axiologia, quer a ordem político-social que à «*ordem de validade*» prefira uma «*ordem de possibilidade*», uma ordem só socialmente estratégica, uma institucionalização funcional em que aos *fundamentos* se substituem os efeitos e actuando segundo uma prática científico-tecnológica de administração eficiente (em que a própria prática se converte em técnica, a um qualquer modelo de «engenharia» ou «tecnologia social»), quer a ordem político-social que à «*ordem de validade*» prefira antes uma «*ordem de finalidade*», uma programática de objectivos seleccionados em que, por sua vez, aos valores (na sua universalidade) se substituem *os fins* (na sua subjectivação aleatória), a cuja realização tudo também se funcionaliza e só preocupada com a institucionalização de poderes e dos meios que lhe assegurem a eficácia e o êxito — quer, pois, uma ordem social (económico-social) fundamentalmente referida e apenas condicionada pela possibilidade científico-tecnológica, quer uma ordem social (político-social) exclusivamente referida e apenas condicionada pela finalidade política (*strictu sensu*). […] No actual universo prático

desse mesmo poder, o seu sentido político-social e sua densidade ético-jurídica. O mal do crime e o mal da pena são manifestações do *homo dolens*. Mas, precisamente por isso — mas também não só por isso — é que o direito penal é um elemento constitutivo e fundante do nosso mais profundo e essencial modo-de-ser com os outros. Paradoxalmente, enquanto ordem de repressão, mas também como ordem de liberdade.» José de FARIA COSTA, *Um Olhar Doloroso sobre o Direito Penal, Linhas de Direito Penal e de Filosofia, alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 69.

em que se nos impõe a opção entre alternativas — as que foram referidas — compreende-se que se diga, como temos dito, que o direito é a «*alternativa humana*». E, sendo-o, com o sentido que também tentamos explicar, não menos nos vemos justificados a retomar, uma vez mais, uma paráfrase a HANNAH ARENDT, para sublinhar que então o verdadeiro, o capital e o último direito fundamental do homem (homem-pessoa) é o «direito ao direito»[310].

Referências bibliográficas

FARIA COSTA José de, *Um Olhar Doloroso sobre o Direito Penal, Linhas de Direito Penal e de Filosofia, alguns cruzamentos reflexivos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

FERRAZ Jr Tércio Sampaio, *Conceito de Sistema no Direito. Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil LASK*, São Paulo: Ed. RT, 1976.

GUÉRIOS CURI, Ivan. *Dilemas do Direito Penal. Reflexão a partir da hermenêutica do sistema*, tese de Doutoramento, UFPR, Curitiba, 1999.

GUSMÃO Paulo Dourado de, *Filosofia do Direito*, 4.ª ed.; Rio: Ed. Forense, 1998

MAYER Ernest, *Filosofía del Derecho*, trad. de Leuiz Lyez, Barcelona, 1937

NEVES, António Castanheira — *Questão-de-fato — Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica).* Coimbra: Almedina, 1967.

O Princípio da Legalidade Criminal», in Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, 1.ª ed. (reimpressão) Coimbra: Coimbra Editora, 2010, vol. 3

Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN: 9789723206302

O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. ISBN: 9789896591076

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. ISBN: 9789723211566

REALE Miguel, *Fundamentos do direito*, 2.ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972

Filosofia do Direito, vol. 2. 8ª ed, São Paulo: Saraiva Editora, 1978

REALE Jr Miguel, *Teoria do delito*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994

310 Castanheira NEVES, *Digesta*, vol. 3, 40.

2. Jurisprudencialismo e judicialismo: algumas breves objeções ao «ativismo judicial»

2. Jurisprudentialism and judicialism: some short objections to «judicial activism»

Fábio Cardoso Machado
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
https://orcid.org/0000-0001-6780-1775

Abstract: The rejection of normativism by jurisprudentialism does not launch the judge into a normative vacuum in which it would be possible to move freely or decide by reference to purely political criteria. If, on the one hand, the jurisprudentialist understanding of law excludes the very possibility of a decision entirely predetermined by a presupposed normativity, that same understanding, on the other hand, calls on the judge to mobilize a normativity emerging from legal praxis and richly densified by criteria that precipitate a practical-prudential knowledge about what is actually fair. An activism of any nature in which the judge finds himself driven more by political objectives than by an immediate commitment to the concrete just, and in which judicial activity is guided more by political criteria than by those practical-normative criteria that are emerging of a judicial practice aimed at the prudential solution of the problem of what is due to each one, it is, therefore, normatively and methodologically incompatible with the jurisprudentialist understanding of law.

Keywords: Castanheira Neves — Jurisprudentialism — Practical-prudential knowledge — Judicial activism

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_10

– I –

Esta breve comunicação não passa do esforço de um aluno para se desincumbir da responsabilidade de transmitir algo do que aprendeu com o seu Professor. Quer ser uma interpretação de alguns poucos aspectos do seu vasto, rico e valioso pensamento, ainda que, como toda a interpretação, contenha, naturalmente, algo do próprio intérprete, como facilmente reconhecerão aqueles que têm já alguma intimidade com a obra do Senhor Doutor Castanheira Neves.

E uma interpretação que se ocupa de um problema urgente em nosso preocupante contexto atual, a traduzir-se pela seguinte pergunta: a rejeição do normativismo pelo jurisprudencialismo não lança o juiz num vazio normativo em que seria, porventura, possível mover-se livremente ou decidir por referência a critérios meramente políticos ou mesmo político-ideológicos?

Convém iniciar justificando a pergunta.

O normativismo tinha a pretensão de assegurar uma estrita submissão do juiz à lei. Essa era, afinal, uma exigência do programa político do normativismo, que consistia, no que concerne aos mais imediatos resultados pretendidos, na criação de um Direito à prova de juízes[311].

É natural, em razão disso, que qualquer compreensão da juridicidade que se apresente em alternativa ao normativismo atraia para si críticas animadas por uma preocupação com a certeza do Direito, a segurança jurídica e o arbítrio judicial. Não era de se esperar, portanto, que o jurisprudencialismo, com a ênfase que dá à prática jurídica, a ponto de considerar o Direito uma autônoma ordem de validade emergente dessa mesma prática, ficasse, apesar da sua rejeição dos diversos funcionalismos, a salvo de tais críticas. Nem era de todo imprevisível que o jurisprudencialismo fosse encampado por quem acredita que a jurisdição deva assumir uma tarefa mais diretamente política, e ficasse, assim, sujeito a ser inadvertidamente *usado* para uma legitimação do ativismo judicial[312]. Mas a verdade é que o jurisprudencialismo *não o legitima*, e qualquer conclusão em contrário só poderia derivar de uma consideração muito parcial da compreensão jurisprudencialista do Direito.

Afinal, as mais relevantes objeções do jurisprudencialismo ao normativismo não se devem apenas à inviabilidade metodológica da pretensão de uma estrita sujeição do juiz à lei. Que a chamada «interpretação» seja

311 John Henry Merryman, *The civil law tradition*, 2.ª ed., Stanford: Stanford University Press, 1985, 48.

312 Acreditamos ser essa a preocupação de José Lamego, quando assevera que o jurisprudencialismo legitima o ativismo judicial (José Lamego, *Elementos de metodologia jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016, 200).

constitutiva da juridicidade não é, com efeito, apenas uma fatalidade metodológica: é uma *exigência normativa* da prioridade do caso e da «correcta (materialmente adequada e normativamente justa) realização do direito»[313]. Mas essa normativa exigência traz consigo outras relevantes implicações, e uma adequada consideração delas mostra que o jurisprudencialismo não se limita a postular a superação jurídico-metodológica do normativismo e a forçar um reconhecimento do caráter normativamente constitutivo da *praxis* jurídica. Só uma redutora e seletiva apropriação do jurisprudencialismo justificaria uma tal restrição de perspectiva, e só assim teria sentido aquela preocupação com uma eventual legitimação do ativismo judicial. Bem compreendido, o jurisprudencialismo não deixa nenhum espaço para espécie alguma de decisionismo ou ativismo judicial. É o que logo veremos, explorando rapidamente alguns dos mais relevantes elementos da conceção jurisprudencialista do Direito, tal como viemos a compreendê-la.

– II –

O problema que desafia a jurisdição é *prático-normativo*. Emerge de um caso concreto e reclama uma solução para a resolução desse concreto caso. É, portanto, *concretamente normativo*. E é *jurídico*, porque a incógnita que o caso suscita é relativa ao que, no caso, é *concretamente justo*, ou seja, ao que é externamente devido, de algo, a alguém.

Se *há* aquilo que em certas circunstâncias é externamente devido, de algo, a alguém, e, portanto, se algo é, efetivamente, devido, então o problema em questão é problema para um *saber*, uma incógnita que desafia a *razão* e se supera em concreto por um *juízo* que traduz um *conhecimento*. E se, como acreditamos, aquilo que é concretamente devido — o *dikaion*, o *iustum* — é uma certa *realidade*, ainda que normativa, ou traduz uma exigência *real*, a desafiar um saber, o conhecimento jurídico advém da abertura problematicamente concreta para uma *específica realidade normativa*: a realidade do *justo concreto*.

É esse o conhecimento que permite à atividade jurídica o cumprimento do seu fim específico: *dar* a cada um aquilo que é devido, porque é seu. E sendo relativo à *ação justa*, ao que em certas circunstâncias *deve ser dado*

313 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 126.

de algo a alguém porque é seu, será aquele um conhecimento prático de tipo *prudencial*, que se diz *juris*-prudencial porque tem a peculiaridade de ser *relativo ao justo concreto*.

Os princípios e as regras especificamente jurídicos são, sob tais premissas, *precipitações normativas* dos critérios que a prática jurídica vai experimentando e consagrando para e na solução do problema do que é concretamente justo. São generalizações acerca das respostas que a prática vai dando aos casos jurídicos e encerram algo daquele conhecimento prático-prudencial acerca do justo concreto (e isso ainda que — como neste nosso *Encontro* sustentou o Senhor Doutor Aroso Linhares, se bem o compreendemos —, tais princípios e regras venham de uma assimilação de exigências advindas de outras ordens, *se* o forem para uma adequada solução do problema jurídico *e* com intenção ao justo concreto). Tais princípios e normas vêm, de fato, ao auxílio de quem se encarrega da resolução de um problema jurídico, mas, sobretudo, porque *encerram um certo saber* acerca do que é concretamente justo, ou seja, do que é *Direito*, em certas circunstâncias mais ou menos bem definidas. Tanto mais valem e relevam, portanto, quanto mais haja neles daquele saber.

A prática jurídica não consiste, então, numa realização concreta *de normas*, e o conhecimento que essa prática mobiliza não é um conhecimento *de normas*. Consiste na concreta realização daquilo que é justo — quer as normas o indiquem ou não, e quer o indiquem com maior ou menor precisão — e mobiliza um saber acerca do que é concretamente justo num específico contexto relacional — quer as normas encerrem já ou não um certo conhecimento do que é normalmente justo em situações análogas ou reconduzíveis ao mesmo tipo, e quer, portanto, ajudem ou não a determinar aquilo que é justo naquela particular situação.

No contexto de uma prática assim orientada, um específico saber acerca daquilo que é devido a cada um, nas mais variadas situações, vai num contínuo crescer, e nesse processo vão tanto se densificando os critérios normativos já existentes quanto se formando outros em que aquele saber se vai precipitando e integrando, até formar um sistema normativo. Esse mais rico e abrangente conjunto de critérios que agora se integram num sistema compõe uma *ordem de validade normativa* que transcende a lei e cada um dos critérios em que se objetiva. E isto que assim se forma é, verdadeiramente, uma ordem de validade, porque os critérios, legais ou não, em que se objetiva, encerram um acervo de conhecimentos acerca do que é devido a cada um numa enormidade de circunstâncias, e proveem, assim, *fundamentos* para o juízo acerca do que em particulares circunstâncias *deve ser* dado a cada um.

Essa compreensão do fenômeno jurídico parece sugerir que é o justo a medida da lei, e não o contrário. A lei dá apenas uma geral e precária ou limitada indicação daquilo que é devido a alguém num dado contexto relacional hipoteticamente considerado. Ainda que na prática jurídica, a solução dos casos venha, normalmente, mediada pela lei e, portanto, orientada pela indicação que nela podemos encontrar daquilo que em geral é justo, em concreto, a juridicidade da lei será posta à prova e precisará ser judicativamente determinada por consideração das prático-normativas exigências do caso em referência aos princípios de uma ordem de validade que encerra certas fundamentais exigências de sentido que se vão descortinando no contexto problemático de uma prática judicativa orientada ao justo concreto.

As normas vivem, então, numa tensão entre as particulares exigências normativas do caso e as fundamentais exigências de sentido daquela ordem de validade. Nem assimilam inteiramente as exigências do caso nem traduzem completa e fielmente as exigências daquela ordem. O caso requer, afinal, uma resposta que a norma, por si só, não dá, e remete a uma juridicidade cujas implicações concretas a norma nem sempre determina. Daí porque a norma, quando chamada à «aplicação», é, como ensina Castanheira Neves, *duplamente transcendida*[314]. Mesmo quando o critério de solução do caso venha a ser procurado numa norma pressuposta, a sua aplicação haverá de ser «concretamente-adequada ao mérito problemático dos casos decidendos e não menos normativamente justificada em referência aos fundamentos axiológico-normativos (aos valores e princípios) que dão sentido normativo material ao próprio direito»[315].

Essa ordem de validade em que consiste o Direito é, com efeito, apenas precariamente determinada por precipitações limitadas e imperfeitas que constituem os seus critérios e que, no contexto de um caso decidendo, enfrentam sempre uma problematização praxística[316], a exigir uma *mediação judicativa* entre as exigências normativamente fundamentantes do sistema e as exigências prático-normativamente-concretas do problema. Aquela problematização faz

[314] «[A] concreta e material realização do direito faz com que as normas legais se vejam duplamente transcendidas, pela simultânea e constitutiva referência aos princípios fundamentantes do direito enquanto tal (do normativamente integrante sistema do direito) e ao *concretum* problemático dessa realização» (Castanheira Neves, «Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», *Boletim da Faculdade de Direito* LXXIV ([1998] 09).

[315] Castanheira Neves, «Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», 08.

[316] Castanheira Neves, «Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», 36-37.

com que, na sua «aplicação», aquilo a que chamamos *Direito*, a compreender tanto aquela indeterminada validade quanto as suas pressupostas determinações, vire sempre uma incógnita[317]. Essa incógnita só se resolve numa dialética entre o *sistema* — aquele polo em que encontramos uma validade relativamente indeterminada e as precipitações normativas que relativamente a determinam — e o *problema* — um polo em que encontramos um caso decidendo a exigir uma mediação judicativa capaz de adequadamente realizar aquela validade na prática. Nenhuma norma ou mesmo todo o conjunto delas pode dispensar essa mediação, pois devem concomitantemente realizar-se duas intenções: uma «intenção de concordância normativa referida ao sistema», e uma «intenção de justeza material referida ao problema concreto». E, se é assim, o próprio sistema e as suas normas, o sentido normativo que as integra e o específico sentido normativo de cada uma delas, poderão até ter vindo a ser relativamente preestabelecidos em abstrato, mas qualquer determinação anterior ao caso, seja ela referida ao sistema como um todo ou a quaisquer das suas particulares objetivações, terá no caso valor meramente hipotético e deverá vir a ser submetida a uma «experimentação problemático-decisória em referência à relevância jurídica material do caso concreto»[318]. Isso se fará mediante um *juízo* que cumpre aquela mediação[319], e um juízo que terá uma índole *prático-prudencial*[320], por se referir a uma validade material[321] e se voltar à justa solução de um caso prático do qual emerge o problema do que é devido a alguém, ou seja, do que é concretamente justo[322].

Ainda que a prática jurídica continue a ser pensada nos termos daquilo que se veio a chamar «interpretação jurídica», e mesmo que se vá à norma em busca daquela que é a solução do caso, ter-se-á, por tudo isso, de reconhecer que a

317 Fernando José Bronze, «Breves considerações sobre o estado actual da questão metodonomológica», *Boletim da Faculdade de Direito* LXIX (1993) 188-189.

318 Castanheira Neves, «Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», 37 e 39.

319 Castanheira Neves, «Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" — os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», 38-40; *idem*, *Metodologia jurídica,* 78-79.

320 Castanheira Neves, «Fontes do direito. Contributo para a revisão do seu problema», *in* Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros,* 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 2, 31.

321 Castanheira Neves, «A autonomia do direito hoje e o contributo do jurisprudencialismo», *in* Elaine Harzheim Macedo / Daniela Boito Maurmann Hidalgo, org., *Jurisdição, direito material e processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do direito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, 31.

322 É nessa volta da atenção ao problema da «realização do justo», em que vai necessariamente implicada uma dimensão de valor, que, segundo José Lamego, se basearia um contemporâneo retorno à *iurisprudentia* e ao paradigma do prudente (José Lamego, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*, Lisboa: Fragmentos, 1990*,* 200-201).

interpretação da norma tem por objeto uma normatividade que transcende a própria norma e só determina adequadamente o seu sentido prático-jurídico se for orientada «pelo objectivo de atingir na norma a normatividade prático-jurídica solicitada, como critério, pela *problematicidade concreta do caso decidendo e que seja normativo-materialmente adequada à sua solução judicativa*»[323]. E a verdade é que não há regras capazes de preestabelecerem por si mesmas e definitivamente que solução será essa, nem métodos capazes de garantir que receba o caso o desfecho que o seu mérito problemático-normativamente-concreto esteja a exigir[324]. As *responsa prudentium* continuam, então, a ser o melhor indicativo daquilo que é o justo e daquilo, portanto, que praticamente a juridicidade exige. Nenhum sistema e nenhuma metodologia dispensam uma mediação prudencial e a decisiva intervenção do juízo do prudente.

Mas não é demais insistir nisso: que a prudência seja chamada a cumprir o seu papel não é apenas uma necessidade metodológica, pois trata-se antes e fundamentalmente de uma exigência decorrente da intenção da juridicidade ao justo concreto, e de uma condição para que o sistema e os seus critérios sejam permeados por uma normatividade material capaz de constituir uma ordem de validade em que aquela intenção se veja assimilada. Sem isso, essa ordem de validade em que consiste o Direito careceria de autonomia. O Direito só constitui uma ordem de validade normativa autônoma porque advém da consideração prudencial do que é justo em cada caso e se desenvolve e realiza por mediação da prudência em abertura ao justo concreto. A ordem jurídica, como a entendemos, é ela mesma, então, uma criação da prudência, e tanto a estabilização histórica quanto a realização em concreto dessa ordem não se fazem sem uma mediação prudencial a que será chamado novamente o jurista em cada caso concreto, pois sem essa mediação o conhecimento prático-prudencial incorporado ao sistema não se traduzirá em soluções jurídicas adequadas aos casos e as exigências prático-normativas dos casos deixarão de se traduzir num saber suscetível de ser incorporado ao sistema. Essas são algumas das razões pelas quais sustentamos que o Direito, numa perspectiva jurisprudencialista, é uma ordem de validade material forjada pela razão prática com intenção ao justo concreto[325].

---

323 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 143-144.

324 Alasdair MacIntyre, *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, trad. de Marcelo Pimenta Marques, São Paulo: Loyola, 1991, 130-131.

325 Para um mais completo desenvolvimento dessa compreensão, v. Fábio Cardoso Machado, *O direito: entre o modelo político da* lex *e o paradigma sapiencial do* ius, Londrina: Thoth, 2020, 129-181.

– III –

Com essas premissas assim estabelecidas, estamos já em condições de nos ocupar da pergunta que queremos responder: a rejeição do normativismo pelo jurisprudencialismo e o protagonismo que, numa compreensão jurisprudencialista do Direito, terão o jurista e a prática jurídica, a ponto de vir o Direito a ser ele mesmo considerado uma criação da prudência, lançam o juiz num vazio normativo ou abrem, porventura, as portas para uma consideração exclusivamente político-social dos problemas jurídicos, autorizando o juiz a orientar a sua atividade por intenções meramente políticas ou político-ideológicas?

Parece-nos que a resposta é claramente negativa. Se as características próprias de uma compreensão jurisprudencialista da juridicidade são, de fato, aquelas que acabamos de identificar, então o jurisprudencialismo não tem nada de decisionista, e opõe relevantíssimas objeções ao ativismo judicial.

Não podemos, em primeiro lugar, esquecer que a compreensão jurisprudencialista da juridicidade submete o juiz às exigências de uma ordem de validade que serve de fundamento à prática por ser, segundo Castanheira Neves, a expressão de um autotranscender fundamentante que vai historicamente assimilando as nossas respostas à pergunta pelo bom e o justo[326], numa sua particular dimensão, e que, portanto, vem de uma «nossa perspectiva jurídica do absoluto»[327].

O Direito só consubstancia uma ordem de validade normativa autônoma, distinta de quaisquer outras, porque advém da consideração prudencial do que é justo em cada caso e se desenvolve e realiza por mediação da prudência com intenção ao justo concreto. E o problema de que se ocupa o juiz só constitui um problema *jurídico* porque pressupõe aquela validade normativa que a problemática do caso interpela, e que a interpela porque afinal essa validade encerra um certo saber acerca do que é justo em certas situações. Com todas as suas limitações, aquela normatividade constitui, ainda assim, um valioso acervo de critérios em que se vão precipitando as aquisições de uma experiência orientada à materialmente adequada solução de problemas acerca do que é concretamente devido, de algo, a alguém, em circunstâncias relativamente determinadas. Digamos, então, que aquela normatividade vem de uma determinada perspectiva nossa de *um certo absoluto*.

---

326 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 46-47.

327 Castanheira Neves, «A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido», *Digesta*, vol. 2, 175.

A normatividade jurídica encerra, assim, um *saber* que não podemos deixar de mobilizar quando surgem novos casos, com seus novos ou renovados problemas, pois sem isso reduzem-se substancialmente as chances de alcançar uma materialmente adequada e praticamente ajustada solução, e dificilmente se cumpre aquela exigência de um *fundamento* implicada, juntamente com as exigências da segurança e da igualdade, no reconhecimento da pessoa enquanto pessoa. Daí, aquela dialética entre sistema e problema que permite dar ao caso uma fundamentada solução em que se reconheça aquela validade material que dá substância ao Direito, e a interdição de qualquer deliberada inovação que não se imponha inexoravelmente e sem que tenha antes o juiz exaurido as potencialidades do sistema, sob um pesado ônus argumentativo.

Isso, por si só, já exclui que possa o jurisprudencialismo vir compreendido de modo a lançar o juiz num vazio normativo, ou mesmo a desprender a atividade judicativa do contexto prático tradicional do qual vão emergindo os critérios que o problema do caso interpela, e cuja mobilização a ordem de validade que o Direito é exige. Mas há ainda outras questões a considerar. A intenção da prática jurídica ao justo concreto, e a compreensão do Direito como uma ordem normativa de validade fundamentante em que vão sendo incorporados critérios que precipitam um saber emergente da *praxis*, interditam qualquer subordinação da atividade jurisdicional a uma ordem de fins em que se reconheçam mais intenções e objetivos políticos, que tudo põem na perspectiva macroscópica do social, do que critérios tradicionalmente consagrados e analogicamente mobilizáveis em que se vão sedimentando aquelas aquisições prático-prudenciais de uma atividade judicativa orientada à resolução do problema do justo concreto, na perspectiva microscópica que lhe é própria.

Esse aspecto do jurisprudencialismo remete-nos diretamente para um grave problema do nosso tempo, que consiste numa aparente indistinção entre critérios autenticamente jurídicos e critérios outros que apenas consagram fins ou objetivos políticos, e entre as intencionalidades jurídica e política que podem assumir um mesmo critério no contexto de uma determinada prática institucional.

Muitos dos chamados princípios e direitos que a doutrina e a jurisprudência cada vez mais frequentemente invocam não passam de objetivos políticos, ou de preceitos em que só vão reconhecidas intenções políticas. Mesmo a consagração constitucional de tais princípios e direitos não é condição suficiente para lhes conferir um *status* autenticamente jurídico, e

se somos levados a esse equívoco é mais por nossa persistente fidelidade ao normativismo, com sua tendência a reduzir o Direito aos enunciados normativos provenientes de uma autoridade legislativa e a procurar o seu significado normativo no próprio texto, sem nenhuma referência à prática judicativa e aos problemas de que essa prática se ocupa. Essa atitude a que somos levados pelo normativismo faz-nos, com efeito, tratar como se fossem estritamente jurídicos e dotados de imediata relevância prático-judicativa, enunciados que consagram programas e objetivos políticos que têm muito mais a ver com a sociedade que queremos ter do que com o conhecimento que já temos acerca do que é concretamente devido a cada um em circunstâncias mais ou menos bem definidas. Isso pode levar-nos a decidir um caso em termos que a solução explicite não o que é de cada um, mas o que a cada um deve ser dado *para que* a sociedade venha, supostamente, a ser aquela que queremos que seja.

Se a prática jurídica é imediatamente intencionada à realização do Direito, e se vemos nesta realização o cumprimento de uma exigência prático-normativamente-concreta consistente em dar a cada um o que é seu, não podemos, diante de um caso novo, deixar de mobilizar aqueles critérios normativos emergentes da prática em que vai se sedimentando o nosso saber acerca do que é concretamente devido a cada um em cada contexto relacional. Quando, preterindo esses critérios prudenciais consagrados e consolidados pela prática, nos deixamos orientar por critérios outros que se abstraem ou se desligam da tradição de uma concreta prática judicativa, e deixamos de a esta prática referir para uma adequada densificação normativa dos critérios disponíveis, corremos o risco de impor à jurisdição uma intenção que não é a sua.

É exatamente isso que acontece quando conferimos imediata relevância judicativa a *slogans* políticos e encarregamos a jurisdição, por exemplo, de uma programação voltada à realização da justiça social, à redução das desigualdades, à construção uma sociedade mais justa e solidária ou mesmo à «efetivação» de certos direitos fundamentais que mais parecem promessas políticas de difícil cumprimento, e ainda assim apenas em certo grau.

Os objetivos políticos que acabam por ser assim privilegiados, em detrimento das exigências prático-normativas dos critérios emergentes de uma prática judicativa intencionada ao justo concreto, reconduzem-se a um mais compreensivo *telos* em que encontramos a específica intencionalidade da política, e que, por remissão à tradição e numa tentativa de vê-lo no seu melhor, podemos designar simplesmente de *bem comum*. Ao subordinar-se

a essa intencionalidade, a jurisdição deixa se ocupar daquilo que é externamente devido, de algo, a alguém, porque é seu, e coloca o acento naquilo que deveria ser dado a alguém *para que* certos objetivos políticos se cumpram e, com isso, a sociedade venha a ser de um jeito ou de outro. Mas, segundo nos ensina o jurisprudencialismo, não é esse o problema de que o Direito se ocupa, nem é essa a tarefa da jurisdição[328].

[328] Para uma consideração mais completa e fundamentada dessa problemática, v. Fábio Cardoso MACHADO, *A autonomia do direito e os limites da jurisdição*, Londrina: Thoth, 2020, 359-440.

(Página deixada propositadamente em branco)

3. A aplicação da teoria «crítica» jurisprudencialista proposta por Castanheira Neves como referencial teórico-metodológico para a definição sistêmica de uma «processualidade ampla»

The application of the 'critical' jurisprudencialist theory proposed by Castanheira Neves as a theoretical-methodological reference for the systemic definition of a 'wide procedurality'

Sílzia Alves Carvalho
Universidade Federal de Goiás
*https://orcid.org/*0000-0002-6701-7574

Abstract: This chapter deals with issues related to *access to justice* in Brazil through the procedural law system. Its path was explicitly inspired by Castanheira Neves' jurisprudentialism, as an adequate methodology to analyze the complexity that characterizes legal system currently. Such a review demands a new understanding of the jurisdiction and the procedure, to make possible a system of access to justice based on a conception aiming a *wide procedurality.*

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_11

Keywords: Jurisprudentialism — Legal system — Wide procedurality — Access to justice

Introdução

O pensamento jurídico orienta as molduras da interpretação e da aplicação do Direito, podendo ser considerado o estudo a respeito da complexidade do sistema jurídico. Nesta perspetiva, entende-se que o jusfilósofo realiza os seus estudos para conhecer aquela complexidade, lançando luzes sobre questões que se apresentem controvertidas e de difícil compreensão. Portanto, não se trata de eliminar ou reduzir a complexidade, mas de conhecê-la e tratá-la como uma das características dos sistemas.

O Professor Doutor Castanheira Neves testemunha, como poucos estudiosos e pesquisadores do sistema jurídico, o esforço, o compromisso e a coerência nas suas proposições a respeito do Direito na quase pós-modernidade. O seu trabalho, iniciado na década de 1960 na bela Coimbra, em Portugal, impressiona pela atualidade e pela visão humanística inconfundível. No presente, e através das gerações futuras de estudiosos do Direito, o jurisprudencialismo, tal como é apresentado na Universidade de Coimbra pelo Professor Doutor homenageado (Castanheira Neves), desafia a todos, pela sua completude e profundidade.

O Direito na contemporaneidade tende à superação dos limites entre o abstrato e o concreto, o que exige o retorno aos seus fundamentos, a fim de que seja assegurado o seu reconhecimento como sistema autónomo, mas o que exige também a consideração do «problema prático na sua especificidade», o qual não deve ser ignorado nem ultrapassado, mas reconhecido no «seu particular sentido e autonomia, a qual deverá ser para ele a resposta-solução»[329]. Acredita-se que a metodologia jurídica adequada para a abordagem do problema contemporâneo do Direito deve relacionar o problema-sistema, assegurando uma interpretação e uma aplicação prática, que, entretanto,

[329] Castanheira Neves, «Pensar o Direito num tempo de perplexidade», *in* Augusto Silva Dias / João Antônio Raposo / Luís Duarte D´Almeida / Paulo de Sousa Mendes / João Lopes Alves, org., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia, (Estudos em homenagem)*, Coimbra: Edições Almedina. 2009, 5.

reconheça sistemicamente os fatores histórico-culturais humanos e comunitários.

O Direito Processual recebe um tratamento jurídico que o vincula às questões procedimentais, tendo permanecido assim, mesmo na fase denominada Processualismo Científico, reconhecida a partir de 1868 com a publicação da obra *A Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*, da autoria de Oscar von Bülow. Esta fase do Direito Processual caracteriza-se pelo reconhecimento da autonomia do processo. Assim, tendo como referência a existência da relação processual — autor-juiz-réu, a qual caracterizaria sua especificidade, autonomizando a relação processual da relação jurídica de direito material. Esta teoria reconhece a cientificidade do processo, vincula-o à atuação da jurisdição estatal e estabelece metodológica e conceitualmente os fundamentos da sua autonomia.

O fenômeno jurídico-político da constitucionalização do Direito, desenvolvido, sobretudo, na segunda metade do século XX, estendeu-se ao processo, o qual assumiu um aspecto finalístico e instrumental, como um método voltado à obtenção da efetividade do Direito, compreendida com um resultado sociologicamente convalidado pelo próprio método. Assim, pode ser entendido que o Direito se concretiza por meio do processo, o qual, por sua vez, deve realizar integralmente a juridicidade vinculada à garantia Constitucional do Acesso à Justiça[330-331]. No Brasil, em virtude do diagnóstico quanto à morosidade e baixa efetividade da prestação jurisdicional, relatada pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ[332], e da centralidade da jurisdição estatal na resolução dos conflitos sociais, o direito fundamental ao Acesso à Justiça se apresenta problemático.

Este estudo será realizado para desenvolver e apresentar uma análise sistêmica, teórico-metodológica do Direito Processual a partir da garantia Constitucional do Acesso à Justiça, tendo como referencial o pensamento jurídico-filosófico do jurisprudencialismo proposto pelo Professor Doutor Castanheira Neves.

330 *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, artigo 5.º, XXXV.

331 *Constituição da República Portuguesa de 1976*, artigo 20.

332 CNJ — *Relatório Justiça em número*, 2018, 197. Esse esforço culminou numa taxa de congestionamento de 72,1%, menor do que a observada em 2016, apesar de permanecer num patamar elevado.

O jurisprudencialismo em Castanheira Neves como uma metodologia jurídica adequada para a abordagem do problema-sistema processual

O jurisprudencialismo crítico, como pode ser entendido o pensamento jurídico de Castanheira Neves, é inédito, não se tratando, portanto, de um eventual desdobramento teórico. Neste sentido, há uma conceituação específica a respeito da norma jurídica, reposicionando-se o estudo sobre as fontes do Direito, e rompendo-se com o pensamento abstrato, com o pensamento pragmático, com a perspectiva estrutural-formalista do Direito. É recusada a conceção sistêmica fechada do Direito, bem como uma análise sistêmica aberta, por meio da qual, a autonomia do Direito seja comprometida pela política, pela sociologia, pela economia ou por qualquer outra área de conhecimento.

Sob o ponto de vista sistémico, o jurisprudencialismo apresenta-se como um pensamento aberto e dialético sobre o Direito. Deve ser observado que, conquanto a normatividade do Direito seja uma questão central no reconhecimento da sua autonomia, as fontes para a constituição normativa do Direito são abordadas de forma específica.

A abertura sistémica do Direito em Castanheira Neves relaciona-se com uma intencionalidade normativa e com o reconhecimento dos fenômenos histórico-culturais presentes no contexto social onde incide o Direito. A dinâmica permanente que caracteriza o ambiente social, assim como os fatores multiculturais que afetam todas as sociedades internamente, e através das relações multilaterais que os países desenvolvem entre si, formam um conjunto relacional de constantes mudanças, que de modo significativo se revelam contraditórias e distópicas. Os conflitos decorrentes dessa instabilidade sistêmica integram o Direito, e neste sentido, trata-se, no jurisprudencialismo, do reconhecimento da abordagem do Direito como um sistema aberto. Contudo, o reconhecimento desses fenômenos característicos do ambiente social, não altera a normatividade do Direito, não provoca a perda da sua autonomia para a sociologia, conquanto, a origem dos conflitos possa ser compreendida como um estudo sociológico, e também tratado, pelo Direito. Na seara do Direito, o problema da solução dos conflitos, é estudado especialmente pelo Direito Processual.

As ideias sobre a dialética no pensamento jurisprudencialista podem ser reconhecidas na dinâmica sistêmica permanente e contraditória, na qual o Direito encontra os seus fundamentos histórico-culturais. Assim, o

pensamento jurídico é desenvolvido em relação à questão prática da aplicação do Direito, pois o seu referencial de análise está comprometido com a realidade na sua complexidade, a qual o Direito, no jurisprudencialismo, trata metodologicamente na perspectiva do problema - sistema.

Entre o «sistema» e o «problema» opera a dialéctica que já sumariamente caracterizámos e que queremos sublinhar na sua particular dinâmica. Assim, se pode aceitar que o sistema jurídico começa sempre por delimitar e pré-determinar o campo e o tipo dos problemas no começo de uma experiência problemática — posto que, obedecendo a problemática, pelo menos neste domínio, ao esquema de pergunta-resposta, os problemas possíveis começam, de um lado, por ser aqueles que a intencionalidade pressuposta no sistema (com as possibilidades interrogativas dos seus princípios) admita, e os modos de os pôr serão, de outro lado, aqueles que sejam correlativos das soluções (respostas) que o sistema também ofereça — já não é lícita a unilateral sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir dessa experiência serão unicamente os que o sistema suscite e no modo apenas por que os aceite. (Castanheira Neves, «Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais», *StvdiaIuridica1*, reimpressão, Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2013, 157)

A racionalidade prática expressa na metodologia jurídica por Castanheira Neves é abrangente, enquanto apropriada para a interpretação e aplicação de qualquer das áreas de conhecimento do sistema jurídico. Para os estudos de Direito Processual, adota-se o Acesso à Justiça, como direito fundamental expresso constitucionalmente no Brasil e em Portugal, como o ponto de partida na abordagem do problema.

Considerando que o Acesso à Justiça tem sido entendido no Brasil como «aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social»[333], é razoável admitir que o problema situa-se, entre o Direito Material e o Direito Processual, ou seja, entre a aplicação prática com justiça da tutela jurídica material, e a sua efetividade com segurança e em tempo razoável, pelo Direito Processual. Tem se admitido, desde a configuração da modernidade, a sub-rogação do Estado através do Poder Judiciário, na conformação jurídica do conflito social, por meio da constituição da relação jurídico-processual. O Direito, portanto, se concretizaria na decisão estatal que resolvesse a relação jurídica apresentada

[333] Ada Peilegrini Grinover, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, 75.

no processo. No âmbito deste trabalho, não será tratada a distinção entre a resolução de mérito e a resolução em sentido técnico-processual[334].

Formou-se uma concepção sobre a centralidade da prestação jurisdicional estatal como meio para a realização do Acesso à Justiça. Esta compreensão é favorecida pelo pensamento jurídico orientado por metodologias estruturalistas, nas quais a interpretação jurídica atende à ordem de verticalização dos direitos, sobretudo, em relação aos direitos fundamentais constitucionais, como é o caso do Acesso à Justiça. Assim, a interpretação da Constituição, segundo um modelo subsuntivo reafirma o formalismo jurídico.

Também neste caso ressalta-se a importância do jurisprudencialismo, pois, o Professor Castanheira Neves propõe a revisão metodológico-sistêmica para a interpretação da Constituição. Desse modo, a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais assume outra perspectiva sempre com vista à sua efetividade prática.

O esquema metódico até aqui esboçado postula uma racionalidade normativa de fundamentação [...]. Se este último modelo não significa mais do que a definição sistemático-estrutural e metódica do pensamento jurídico segundo o esquema lógico-subsuntivo da determinação do direito — a definição a final de «o modelo jurídico» —, a aceitação metodológica da perspectiva fundamentalmente finalístico-consequencial, em que os efeitos seriam os critérios. (Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 196)

Assim, é recusada a alternativa formal-dedutiva do Direito e a alternativa funcionalmente consequencial, em favor da defesa da especificidade e autonomia da normatividade jurídica enquanto tal. A efetividade da Constituição no sistema jurídico requer, em Castanheira Neves «uma intencionalidade normativo-material e de justeza problemático-concreta»[335].

Sendo a normatividade jurídica reconhecida por meio de sua intencionalidade material, esta constitui axiologicamente o Direito, considerando-se a ética da responsabilidade. Com relação à justeza problemático-concreta, esse é o objetivo a ser alcançado através da proposta metodológica jurisprudencialista, com a consequencial consistência prática do resultado jurídico da decisão como o momento de realização do Direito.

---

334 Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Artigo 203, parágrafo 1.º. Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

335 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, 2013, 197.

Mas da própria dialéctica axiológico-normativa em que o jurídico juridicamente se pensa e constitui. Não o pensamento jurídico como objeto de um problema que não é jurídico (de um problema filosófico ou lógico), mas o pensamento jurídico enquanto o «sujeito» problemático e metodológico da juridicidade. Tendo esta decerto uma base filosófica e uma estrutura lógica o que dele aqui se pretende saber é o que, apoiado nessa base e utilizando essas estruturas, o especifica intencional-problemático-metodologicamente como jurídico. (Castanheira Neves, *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra: Livraria Almedina, 1967)

O direito fundamental ao Acesso à Justiça deve intencional e axiologicamente se vincular à tutela material objeto da pretensão. Entretanto, a sua realização exige uma ética da responsabilidade, ou seja, uma dimensão comunitária. Por outro lado, com relação ao estudo sobre o Acesso à Justiça, a justeza problemático-concreta se relaciona a adequação dos meios para a resolução dos conflitos de interesses como uma garantia sistêmica para uma solução jurídica que alcance a pacificação social. Entende-se que somente uma resposta ao problema que suscite a ética da responsabilidade, quanto à tutela material concretamente realizada, a partir dos meios adequados para o tratamento dos conflitos será possível a pacificação social, compreendida como um dos efeitos da realização da justiça[336].

Problema-sistema processual, responsabilidade ética e consensualidade

No Estado moderno, a jurisdição é exercida com exclusividade pelo Poder Judiciário a partir da ideia de solução do conflito, caracterizado pela pretensão resistida[337]. Nas sociedades complexas e dinâmicas se considera importante o reconhecimento de que a centralidade da sub-rogação do Estado na resolução dos conflitos sociais tem sido um problema para a compreensão do direito

[336] Neste estudo é fundamental o pensamento jurídico do Professor Doutor Castanheira Neves a respeito do sentido da axiológica dignidade do sujeito ético, e da justiça, enquanto a matriz estrutural do Direito.

[337] Francesco Carnelutti, *Instituições do Processo Civil*, vol. 1, trad. de Adrián Sotero De Witt Batista, Campinas-SP: Servanda, 1999, 78. A lide, portanto, pode se definir como um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida). O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal.

fundamental ao Acesso à Justiça, neste momento historicamente caracterizado pela crise dos paradigmas da modernidade[338]. O professor Castanheira Neves se refere à «"perplexidade" [...]Pois na verdade o que actualmente vivemos é um desabamento civilizacional [...]», seguindo:

Em termos de estar inclusivamente a ser ultrapassado o que se houvesse de entender por «crise», naquele excesso problemático que a esta exatamente a caracteriza, para se manifestar antes como uma *débàcle* a oferecer apenas escombros — os que aí vivemos à nossa volta. (Castanheira Neves, *Pensar o Direito num tempo de perplexidade*, 2009, 3)

Nesse contexto histórico, de acordo com o Professor Castanheira Neves (2009, 4), se deve retomar «os problemas originários, aqueles que interrogam pelos sentidos fundadores, os sentidos constitutivos das emergências capitais, e que na dinâmica do tempo convocam o *novum* de superação reconstituinte». As crises no campo do Direito Processual são mencionadas por Calamandrei, nos seguintes termos:

Devemos perceber as causas profundas deste sentido de desilusão que se revela a nós desde dentro, precisamente no momento no qual desde fora a ciência processual parecia chegada a seu máximo florescimento.

Eu creio que o *puns dolens* desta nos pesadume de estudiosos (que não é, como poderia parecer, sinal de esgotamento e de abandono, senão grito daquela profunda consciência moral que de vivificar desde dentro também a ciência), tem sido tocado por Satta, ao dizer, num momento de descoroçoamento, que é inútil perder tempo em estudar a finalidade do processo, porque o processo não tem finalidade. Creio que precisamente este é o centro do problema: a finalidade do processo; não a finalidade individual que se persegue no juízo por cada sujeito que participa nele, senão a institucional, a finalidade que poderia se dizer social e coletiva em vista da qual não parece concebível civilização sem garantia judicial. (Piero Calamandrei, *Direito Processual Civil*, vol. 3, trad. de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery, Campinas-SP: Bookseler, 1999, 178)

338 Boaventura de Sousa Santos, *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, vol. 1, 3.ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2001, 68. A crise do paradigma dominante é o resultado interativo de uma pluralidade de condições. Distingo entre condições sociais e condições teóricas. Darei mais atenção às condições teóricas e por elas começo. A primeira observação, que não é tão trivial quanto parece, é que a identificação dos limites, das insuficiências estruturais do paradigma científico moderno, é o resultado do grande avanço no conhecimento que ele propiciou. O aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda.

Observa-se que há o reconhecimento de que o Direito, em suas diferentes acepções, enfrenta uma crise relacionada com os problemas a respeito do conhecimento científico.

Pelo que sabemos já do modo por que o pensamento jurídico actualmente experimenta o problema da distinção, temos de concluir que a sua situação problemática se nos apresenta hoje com a estrutura bem caracterizada de uma *situação de crise*. Acrescentando-se ainda — e como, aliás, se pôde advertir das implicações brevemente aludidas no § 1º. — que não estamos tão somente perante a crise de um problema do pensamento jurídico, um problema circunscrito, um entre tantos, que apenas mediatamente pudesse afectar esse pensamento no seu todo; antes, o seu carácter problemático é de tal índole que o pensamento jurídico, em si mesmo, nele se vê também imediata e fundamentalmente posto em causa. Ora, temos para nós que uma *crise* só é superável por uma *crítica*. (Castanheira Neves, *Questão-de-fato–Questão-de-direito*, 62)

Desse modo, é suscitada a revisão dos conhecimentos a respeito do Direito. No caso específico deste trabalho, se propõe a reconstituição dos fundamentos do Direito Processual. Assim, o pensamento jurídico sistêmico aberto e crítico, tendo como referência a autonomia do Direito em seu sentido de específica e diferenciada dimensão humana e prática, orientará a perspectiva de uma proposta de solução do conflito social em que os métodos baseados na consensualidade sejam prioritários em relação à sistemática dominante, em que o sistema processual operacionaliza tendo como referência o problema da conflituosidade, e, portanto, prestigia-se um modelo adversarial. Por outro lado, essa reconstituição de sentido deve se pautar por uma dimensão ética da responsabilidade da pessoa, enquanto titular da humana prática jurídica na relação processual, em sua condição mundanal e comunitária.

O problema, no caso, se refere à interpretação e aplicação do inciso XXXV, do artigo 5.º da CF/88 no Brasil. Esta questão vem sendo abordada a partir do pensamento metodológico funcional-instrumentalista, sendo assim, a aplicação do Direito se legitima pelo procedimento[339] e pelos efeitos sociológicos

[339] Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento***,** trad. de Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, 23-24. «Depois disto tudo, torna-se difícil ver qual a outra forma, prescindindo do recurso a uma ideia pré-concebida, de poder estabelecer a opinião de que o conhecimento verdadeiro e a verdadeira justiça constituem o objetivo e conjuntamente a essência dos procedimentos juridicamente organizados, e quando e como se poderia atingir esse objetivo. Segundo esta opinião, um procedimento constituiria, entre outros papéis sociais, uma estrutura separada, com relativa autonomia, em que seria acionada uma comunicação com o objetivo de decisão certa (orientada para a verdade, legítima, justa). [...] Tudo isto não está em condições de garantir que sempre que se alcançar a verdade, se encontrarão as decisões certas. A isso se opõe a

da decisão[340]. Por outro lado, discute-se na análise econômica do Direito, um tipo de metodologia para a sua aplicação, em que a legitimação da decisão seja vinculada às suas repercussões econômicas, através da eficiência do resultado, avaliada a partir de suas externalidades. Sob esses pontos de vista metodológicos, o Direito se dilui e se confunde com a Sociologia e com a Economia, perdendo sua autonomia enquanto um tipo de intencionalidade específica, como uma dimensão humana, prática e ética.

Trata-se do problema de estudar o Acesso à Justiça reexaminando as finalidades do processo, a partir de uma abordagem da autonomia do Direito que considere a sua validade axiológico-normativa, e a responsabilidade ético-comunitária. A relação problema-sistema tem sido configurada entre o conflito social e o sistema de Direito Processual. A jurisdição, assim, é considerada uma função do Estado, que centraliza a prestação de justiça. Sob esse ponto de vista, a finalidade do processo é a resolução do conflito, sendo a pacificação social e o acesso material à justiça, aspectos secundários[341]. Esta perspectiva não considera a axiológica dignidade do sujeito ou a dialética entre a autonomia e a responsabilidade que forma a matriz estrutural do direito — a justiça.

As crises epistemológicas e filosóficas que marcam esse tempo presente, nos estimula, como estimularam ao Professor Castanheira Neves ao convocar uma *Ursituation*.

— e que assim o nada que se abre como possibilidade a ameaça nos leva a compreender a situação com uma *Ursituation*. E nela, como tal, o que imediatamente se suscita são os problemas originários, aqueles que interrogam

necessidade de decisão. Um sistema que tenha de assegurar a possibilidade de decisão de todos os problemas levantados, não pode, simultaneamente, garantir a justiça da decisão**.** A especificação de funções duma orientação exclui a outra orientação.»

340 Mauro Cappelletti, *Processo, Ideologias, Sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974, XVI-XVII (introduccion). «Rechazandoel método, considerado actualmente estéril, de la dogmática tradicional, la indagación es llevada aqui em cambio sobre todo a la que há sido llamadala "política del derecho", o sea sobre las implicaciones y significaciones sociales, ideológicas e *lato sensu* políticas del derecho y de sus normas e instituciones. [...] sino de ver, de uma manera bastante más realística y responsable, su obrar dinâmico y concreto em la sociedade, a la luz de exigências y tendências reformadoras, de valores individuales y sociales descubiertos a través de análisis que com frecuencia asumen necessariamente carácter histórico-comparativo y sociológico. Los institutos procesales comienzan así a ser contemplados bajo el perfil de sue fectividad, de su accesibilidad, de su adecuadez a las instancias de una sociedade renovada y a los valores de una Constitución que está proyectada hacia la construcción de um orden social más justo y más moderno.»

341 Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, trad. de Paolo Capitanio, 2.ª ed., Campinas: Bookseller Editora, 2000, 8. Pode definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva.

pelos sentidos fundadores, os sentidos das emergências capitais. (Castanheira Neves, *Pensar o Direito num tempo de perplexidade,* 2009, 4)

A proposta de alteração na relação problema-sistema no Direito Processual se baseia na mudança quanto ao sistema processual a fim de se adotar o paradigma da consensualidade como o ponto referencial, em uma concepção sistêmica crítica e aberta. O jurisprudencialismo possibilita a reconstituição teórico-metodológica do sistema de justiça, na medida em que convoca a autonomia do direito como uma resposta ao problema, apresentada pelo próprio sistema jurídico. Neste sentido, se destaca o *prius* do caso em relação ao sistema, a assegurar a realização da justiça como a matriz estrutural do Direito.

Sob o ponto de vista de uma revisão teórico-metodológica do direito processual, em que a consensualidade represente um *prius*, ao se considerar os sujeitos em conflito em uma posição central no sistema de justiça, se apresenta uma reformulação crítica ao método tradicional de prestação jurisdicional. Quanto à prestação de justiça, o conceito sobre a jurisdição se altera, no sentido de se reconhecer o reposicionamento do Estado em relação a autonomia privada da vontade. A sub-rogação do Estado através da heterocomposição cede seu espaço privilegiado para a solução dos conflitos sociais, para a autocomposição, como o método por excelência, adequado a convocar a pessoa enquanto titular da humana prática do Direito.

Política pública de Acesso à Justiça por meio da processualidade ampla

A efetividade dos direitos fundamentais a partir do jurisprudencialismo tem um novo enfoque, pois se afasta do cânone segundo o qual a aplicação do texto constitucional demanda uma hermenêutica integrativa em que hierárquico-sistematicamente se realizasse a subsunção do sistema normativo ao texto constitucional. Assim, a hermenêutica da Constituição é tratada como uma questão relacionada aos princípios, sendo metodologicamente assumida uma linearidade entre a interpretação e a integração da Constituição em relação ao sistema jurídico.

O sistema é uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos — os elementos constitutivos da sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante.

1) os primeiros desses estratos formam-nos os princípios — princípios normativo-jurídicos *positivos*, *transpositivos* (em que se incluirão as «cláusulas gerais» mais relevantes) e *suprapositivos* —, a manifestarem o momento de «subjectividade» do sistema, no sentido ontológico do termo. (Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, 2013, 155)

Neste sentido, a aplicação da Constituição deve ser fundamentada em uma racionalidade normativa autônoma e sistêmica concebida a partir da integração dos quatro extratos do sistema jurídico, que são os princípios, as normas, a jurisprudência e a dogmática. Logo, o problema referido como o *prius* metodológico tratado no âmbito do sistema jurídico que contém a questão-de-direito, tem como consequente as decisões/jurisprudência, onde está contido o Direito em sua realização prática. Desse modo, a interpretação e a aplicação da Constituição, ocorrem internamente ao sistema jurídico, sobretudo, a partir de seus princípios, observando-se o *prius* do problema. Nessa concepção, o fenômeno da possível inconstitucionalidade da norma se revolve pelo modelo metodológico jurisprudencialista.

Assim, a efetividade do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça que desafia a realização prática da Constituição é abordada pelo *prius* do problema, ou seja, pela intencionalidade que oferece uma resposta especifica do Direito. Logo, considerando-se a intencionalidade axiológica e ética do Direito em uma dimensão humana e prática de sua realização concreta, a finalidade da jurisdição e do sistema de processo é entendida a partir da centralidade da pessoa, sujeito na relação conflituosa. Nesse contexto, os meios consensuais autocompositivos devem se apresentar como prioritários, em relação à heterocomposição estatal.

A aplicação, compreendida como o sentido de procedimentalização, dessa inversão no sistema de justiça, exige por parte do poder executivo conjuntamente com o poder judiciário, a definição de um conjunto de políticas públicas[342] que tenham como objetivo fundamental o estabelecimento de um sistema jurídico centrífugo em relação ao exercício dos poderes públicos na atualidade. Entende-se que o sistema jurídico no Brasil está apto a operacionalizar conforme a proposta metodológica jurisprudencialista, a fim de

[342] Juarez Freitas, *Direito fundamental a boa administração pública*, 3.ª ed., refundida e aumentada, São Paulo: Malheiros Editores, 2014, 32. «Reconceituam-se, com vantagem científica, as políticas públicas como aqueles *programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e implementar de acordo com prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão especifica lesiva.* Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como *autênticos programas* de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.»

assegurar a efetividade do direito fundamental ao Acesso à Justiça formal e material. Sob o ponto de vista dos meios, observa-se que o Código de Processo Civil de 2015 adotou a consensualidade como um de seus fundamentos, sendo a autocomposição, por meio da conciliação e da mediação, dispositivos que integram o sistema processual civil. Por sua vez, a Lei 13 140/2015 — Lei de mediação — e a Lei 9307/1996, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei 13 129/2015; sendo assim, há normativamente referenciais definidos no sentido de se prestigiar a consensualidade.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução n.º 125/2010 dispõe sobre a adoção de políticas públicas judiciárias para o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Neste mesmo sentido, este órgão vem realizando pesquisas e estudos sobre a consensualidade, como é o caso do «Sumário Executivo, Justiça Pesquisa — Direitos e Garantias Fundamentais — entre práticas retributivas e restaurativas: a Lei Maria da Penha e os avanços e desafios do Poder Judiciário». Em 2016, a Resolução 225, também do CNJ, tratou especificamente a respeito da justiça restaurativa, como uma política pública para o tratamento dos conflitos sociais na esfera penal.

Deve-se compreender que o Acesso à Justiça é um direito mais amplo do que a garantia à prestação jurisdicional formal pela via estatal, conquanto esta, necessariamente integre o sistema de justiça, no Estado de Direito. Nesta perspectiva, a intensão de realização prática do Direito ultrapassa os limites formais da norma jurídica, enquanto fenômeno político-estatal.

O texto fundamental não fixa, de forma esgotante, os tipos de tribunais, nem contém uma disciplina densa do chamado «direito constitucional judiciário». Por isso, o direito de acesso aos tribunais é um *direito fundamental formal* que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais. A interconexão entre «direito de acesso aos tribunais» e «direitos materiais» aponta para duas dimensões básicas de um esquema referencial: (1) os direitos e interesses do particular determinam o próprio *fim* do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez garante a *realização* daqueles direitos e interesses; (2) os direitos e interesses são efectivados *através dos tribunais,* mas são eles que fornecem *medidas materiais de protecção* por esses mesmos tribunais.

Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões ineliminâveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária**.** A *garantia institucional* conexiona-se com o *dever de uma garantia jurisdicional de justiça* a cargo do Estado. Este dever

resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral («de direito», das «nações civilizadas») que impõe um dever de proteção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coacção física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição da autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na Lei (cfr. CRP, artigo 21.º). (José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Livraria Almedina, 2002, 492-493)

Sob o ponto de vista doutrinário e teórico, há razoáveis fundamentos para se repensar a relação jurídico-processual no contexto do direito fundamental do Acesso à Justiça[343]. Como se observa, é possível determinar um núcleo essencial de garantia à via judiciária estatal desvinculado dos direitos materiais. Contudo, ainda a respeito das questões pertinentes às concepções sobre a posição da prestação jurisdicional estatal em relação à proposição de uma processualidade ampla, deve ser considerada a indisponibilidade do interesse público, principalmente nos casos em que a administração pública integre a relação jurídico-processual, como parte interessada.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado remete à indisponibilidade do interesse público, que por sua vez, demanda a compreensão a respeito do interesse público primário, como aquele vinculado ao conjunto da sociedade, portanto, ligado à justiça, à segurança e à efetividade dos direitos fundamentais, dentre os quais o Acesso à Justiça. Pode-se reconhecer, ainda, a existência do interesse público secundário, enquanto objetivo da administração pública, e eventualmente do governo, sendo assim entendido como interesse próprio do Estado, pessoa jurídica de Direito Público[344]. Sob o ponto de vista sistêmico para a análise e definição da processualidade ampla fundamentada na consensualidade, e considerando-se, o interesse do Estado na efetividade jurisdicional, entende-se que a garantia ao Acesso à Justiça, definido como política pública pode ser perspectivada em um ponto fronteiriço, posicionado entre o interesse primário e o interesse secundário do Estado de Democrático de Direito. Desse modo, como

[343] A *Constituição de República Portuguesa de 1974*, no artigo 20.º dispõe sobre o acesso ao Direito e a tutela jurisdicional efetiva.

[344] Adota-se a distinção a respeito do interesse público primário e secundário, por admitir-se que a administração pública pode ter interesses que colidem com interesses na sociedade, sendo o caso de situações relacionadas a interesses coletivos. Observe-se as questões que envolvem a infraestrutura relacionada com o setor energético, vias públicas, áreas de preservação ambiental, e a necessária preservação da biodiversidade, das culturas tradicionais, do ambiente natural. Estas questões não integram o campo do estudo proposto neste trabalho, tendo sido lembrado, por se reconhecer as discussões a respeito da classificação do interesse público.

garantia fundamental, portanto, vinculada à organização da sociedade, e também, como política pública, na medida em que o Acesso à Justiça assegura a organização do Estado.

Assim, se reconhece a compatibilidade entre a processualidade ampla baseada na concepção da jurisdição, entendida como atividade realizada com fundamento no interesse público primário, visando a resolução dos conflitos e a pacificação social, como meio para assegurar o Acesso formal e material à Justiça, e a indisponibilidade do interesse público secundário, sob o enfoque da política pública do Acesso à Justiça.

A ideia a respeito da processualidade ampla é originária do Direito administrativo, que teoriza a respeito da superação das distinções entre as concepções do processo administrativo e do processo judicial, sobretudo, após a Constituição de 1988, que afirmou no artigo 5.º, incisos XXXV e LIV a LVII, entre outros artigos, os fundamentos principiológicos do processo no Brasil, não diferenciando, sob este ponto de vista, a atividade administrativa ou judicial, merecendo destaque o inciso LV do artigo 5.º da Constituição[345]. Assim, se desenvolve a concepção teórica a respeito de uma processualidade ampla baseada nas garantias fundamentais de processo previstos na Constituição de 1988. Neste mesmo sentido, o artigo 15 do Código de Processo Civil de 2015[346], trata da aplicação supletiva e subsidiária daquele código ao processo administrativo, o que demonstra a aproximação entre as normas processuais jurisdicionais e administrativas.

A doutrina a respeito do Direito Processual e da Teoria Geral do Processo, tradicionalmente vincula o processo à função jurisdicional[347], como um poder-dever do Estado de Direito, e como a expressão da garantia de Acesso à Justiça. Esta garantia fundamental, por sua vez, pressupõe a centralidade da heterocomposição estatal para a resolução dos conflitos sociais. Desse modo, as questões lógico-formais do processo, como os problemas que relacionam

---

345 *Constituição da República Federativa do Brasil,* Artigo 5.º, inciso LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

346 Código de Processo Civil, Artigo 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

347 Odete Medauar, *A processualidade no Direito Administrativo*, 2.ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 22-23. «A teoria processual tradicional considerava o "processo" como propriedade da justiça, identificando-o com o processo judicial. Constituía uma dessas restrições habituais de conceitos jurídicos de validez geral. Explica-se historicamente a limitação do conceito de processo à justiça, porque dentro desta função estatal se acham as raízes do "processo" e no seu âmbito foi elaborado tecnicamente, mas, do ponto de vista jurídico-teórico não é sustentável essa redução, porque o "processo", por sua própria natureza, pode ocorrer em todas as funções estatais, possibilidade que se vai atualizando cada vez mais.»

o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito, expressos na teoria de direito eclético e na teoria da asserção, são referenciais no sistema jurídico[348].

Sendo reconhecida a crise pela qual o Direito e o processo estão passando[349], sobretudo quanto ao pensamento jurídico sobre suas finalidades, se torna fundamental a revisão e a reelaboração das concepções aceites no presente momento. A superação do processualismo científico ocorreu a partir do instrumentalismo-sociológico, o qual, entretanto, não tem demonstrado os resultados almejados, principalmente quanto aos problemas da morosidade, da efetividade e da segurança jurídica. Os riscos da sociologização do processo podem ser observados no fenômeno do ativismo judicial e da politização da justiça, compreendidos a partir dos movimentos que tem ocorrido no Poder Judiciário, em que se interpreta a norma jurídica buscando uma espécie de legitimação da decisão através de seus efeitos no ambiente econômico, social ou político.

A crítica ao sistema tradicional de justiça desafia o reconhecimento de novos paradigmas para o Direito e o processo, se reconhecendo a relevância dos esforços que têm sido realizados no sentido de resolver o «problema-sistema» inerente ao direito processual. Contudo, se entende que há um equívoco ao se admitir que a finalidade e a legitimidade do Direito e do processo possam estar em um ambiente exterior ao Direito. Neste sentido, se resgata a autonomia do Direito no pensamento jus-filosófico de Castanheira Neves, e se propõe a revisão teórico-metodológica da teoria geral do processo no sentido de se estabelecer novos marcos teóricos a partir da concepção da processualidade ampla.

---

348 Fredie Didier Jr, *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, 18.ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, 361-362. «O interesse processual "se distingue do interesse substancial, para cuja proteção se intenta a ação, da mesma maneira como se distingue os dois direitos correspondentes: o substancial que se afirma pertencer ao autor e o processual que se exerce para a tutela do primeiro. Interesse de agir é, por isso, um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário; tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária, ou, mais genericamente, pela situação de fato objetivamente existente» (*apud* LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, vol. I., 154-155)

349 José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo, influência do direito material sobre o processual*, 6.ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2011, 17. «Com esta preocupação procurou-se desenvolver o tema da relativização do binômio direito–processo como meio de acesso à ordem jurídica justa. Sustenta-se aqui que os aspectos fundamentais do direito processual são concebidos à luz da relação jurídica material. As questões maiores do processo são solucionadas com dados inerentes à relação da vida e ao direito substancial que a regula. Daí por que, embora fenômenos distintos, há entre material evidente nexo unindo o meio ao fim.»

Processualidade ampla e jurisprudencialismo

A revisão dos estudos a respeito da Teoria Geral do Processo, tendo como referencial a epistemologia jurídica e o instrumentalismo-funcionalista com o objetivo de se apresentar possíveis respostas ao problema da crise do Direito, e especificamente à crise do Direito Processual têm sido realizados no Brasil, como é o caso do professor Fredie Didier Jr.[350]e da professora Ada Pelegrini Ginover[351], entre outros. Em Portugal, o Direito Processual seguiu caminhos diversos, portanto, a Teoria Geral do Processo não alcança a mesma projeção acadêmica que no Brasil. Neste sentido, as ideias sobre os fundamentos teóricos e conceituais do processo são tratados sob o ponto de vista da dogmática jurídica processual, e as concepções a respeito do processo e do procedimento foram superadas, a fim de se constituir uma perspectiva prática da prestação jurisdicional.[352]

Entende-se adequada a afirmação de que entre as concepções processualísticas de Portugal e do Brasil há consideráveis diferenças, que, entretanto, serão abordadas sob o ponto de vista da possível subsidiariedade entre os dois sistemas. Observe-se, ainda, que não se trata de um estudo dogmático comparativo, mas sim, da proposta de um enfoque analítico sistêmico, a partir do pensamento metodológico jurisprudencialista.

A processualidade ampla é compreendida como um sistema metodológico adequado para a solução das crises na interpretação e na aplicação do direito material nas esferas judicial, administrativa e extrajudicial. Desse modo, se verifica a necessária revisão e reestruturação dos fundamentos da Teoria Geral do Processo. Antes, entretanto, se impõe um questionamento: sob o ponto de vista crítico jurisprudencialista é razoável defender uma epistemologia da ciência processual, como uma teoria geral? Antes da resposta, deve-se recusar qualquer possibilidade de uma epistemologia atemporal ou universal. O longo

---

350 Fredie Didier Jr, *Sobre a Teoria Geral do processo, essa desconhecida*, 5.ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2018.

351 Pellegrini Grinover, *Ensaio sobre a processualidade*, 2016.

352 A Lei 41/2013 — Código de Processo Civil Português, em seu artigo 2.º, trata da garantia do acesso aos tribunais, fazendo-o da seguinte forma: 1 — A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2 — A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação.

caminho em busca do conhecimento há de seguir sempre, enquanto houver Humanidade e sociedade, como expressão dialética e existencial.

Podemos dizer que o *problema* começa por ser apenas o da caracterização das camadas *específicas*: e assim o da (como que) reconstrução de uma imagem que se descobre ameaçada no seu significado autónomo (e na sua coerência interna) enquanto persista na (ou se contente com a) convocação em abstracto de um efeito de «tradução» — quando não de uma manifestação (linguisticamente imanente) — de um «universal» *sensoscommunis*. Basta, no entanto, expô-lo nestes termos para compreender que *aquele* é certamente também o *problema* — mas agora já explicitamente o *movimento* — e uma imagem que se defende dissolvendo-se noutra: que assimila a relevância das camadas-*objecto* transferindo-a por inteiro para a (ou exigindo que esta seja irreversivelmente determinada pela) dos sujeitos-titulares, que consumam (e enquanto consumam) as práticas «cognitivas» correspondentes. Mas, então, assim também *o problema*— e agora já enfim a *solução* — que uma intenção (que podemos dizer) de «humildade teorética»:

— uma intenção que é insensível à diferenciação (e à organização) interna do *jogo das ciências* apenas porque, e enquanto, se constitui (e se autodelimita) como o puro correlato de um acerto de informações-*objecto* (que se dizem cognitivas mas que não são menos «contingentes» quando não «arbitrárias»),

— mas uma intenção sobretudo que vence a ameaça da «generalização» ou da «universalização» racional apenas porque (e enquanto) vincula as informações obtidas às situações (institucionalmente circunscritas) de *submissão* ou de resistência que as produzem. (José Manuel Aroso Linhares, «Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de "passagem" nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso)», (*StvdiaIvridica*, 59, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, 55-56)

A resposta suscita o reconhecimento da crise do Direito, a qual deve determinar a crítica dos institutos através do «problema - sistema», crise quanto ao Acesso à Justiça - sistema de justiça baseado nas estruturas estatais da modernidade. A busca da universalização da justiça, ou a renúncia à possibilidade da sua existência, diante do cientismo, do economicismo, ou do instrumentalismo? Se reconhece a existência da justiça, não como abstração normativa, não como fenômeno ontológico, mas como uma concreta realização do Direito a partir do *prius* do caso, convocado na dimensão ética da responsabilidade comunitária e do humano. Estes são os pressupostos metodológicos que orientam a resposta quanto ao reconhecimento da possibilidade

de uma Teoria Geral do Processo, fundamentada no jurisprudencialismo de Castanheira Neves.

Uma teoria crítico-jurisprudencialista do processo que considere seus institutos fundamentais com referência à intencionalidade do Direito e à justiça deve considerar, portanto, os estudos a respeito da ação, da jurisdição e do processo. A reorientação do pensamento processual convoca o posicionamento a respeito da compreensão sobre estes institutos com relação ao Estado moderno e ao Estado na contemporaneidade.

Os estudos a respeito da ação remontam aos fundamentos históricos do Direito Romano, contudo, é a partir do Estado moderno, quando se estruturou e se organizou o fenômeno da sub-rogação legal do Estado de Direito é que se desenvolveram as teorias sobre a ação, ainda hoje, relevantes. Deve-se observar que até o século XIX não se reconhecia a autonomia da ação em relação à pretensão de direito material, sendo que, a partir de meados do século XX, as teorias desenvolvidas a esse respeito foram consideradas superadas[353]. Outra questão pontual, quanto à teoria da ação atualmente, se refere ao reconhecimento de que se trata de um Direito alicerçado na Constituição Federal, assim, se conecta com a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, sendo um direito fundamental que embasa o ato jurídico que inicia o processo[354], não se restringido, contudo, a este aspecto.

As concepções sobre a ação tem caráter publicístico e complexo, estando vinculadas às ideias sobre a heterocomposição estatal, como uma situação jurídica que assegure ao seu titular uma tutela adequada. Assim, o Direito de ação recai sobre o Estado, exigindo do judiciário, do legislativo e do executivo os meios para a sua concretização. Portanto, todos os poderes da república devem atuar no sentido de garantir a concretização da razoável duração do processo, da efetividade jurisdicional e da segurança jurídica, entre outros fundamentos do Estado de Direito[355]. A ação é uma garantia abstrata, con-

---

353 Não será realizada a abordagem a respeito das diferentes correntes teóricas sobre a ação, tendo como ponto de partida a polêmica entre Windscheid e Muther, por se considerar que assim se estaria fugindo aos propósitos do trabalho, que se refere à revisão da teoria geral do processo, à partir do jurisprudencialismo.

354 Luiz Guilherme Marinoni / Sérgio Cruz Arenhart / Daniel Mitidiero, *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1, 2.ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 213. «A base constitucional do direito de ação não pode ser limitada a um ato de provocação da jurisdição, pois deve dar ao cidadão a possibilidade de obter a adequada, efetiva e tempestiva proteção do direito material violado ou ameaçado de lesão. Porém, para que o autor possa obter a tutela do direito material, ele dever *exercer* a ação – *ou atuar ou agir em juízo.*»

355 Luiz Guilherme Marinoni / Sérgio Cruz Arenhart / Daniel Mitidiero, *Novo curso de processo civil*, 240. «O direito de ação, diante do Estado constitucional, está muito longe de ter apenas o significado de uma garantia em face do Estado. […] O direito fundamental de ação se porta como uma garantia contra o Estado ou ainda como uma garantia de que o Estado não faça algo para impedir o exercício

ferindo ao titular de um Direito, hipoteticamente lesado, a possibilidade de exigir do Estado a resolução do conflito decorrente da crise na aplicação do Direito. Assim, o exercício da ação não confere direitos materiais ao autor, assegurando-lhe, contudo, a prestação jurisdicional adequada, efetiva e segura.

As mudanças pelas quais o Direito está passando se estendem às teorias sobre a ação, que, na perspectiva instrumental-funcionalista, se apresenta como um meio para a obtenção de um resultado, que sob o ponto de vista procedimental é a resolução do processo, sendo para o direito material a extinção do conflito. Observa-se, portanto, a acentuação de seu caráter abstrato e o recrudescimento da insegurança jurídica. O Estado não tem atuado adequadamente na implementação de políticas públicas para a efetividade dos direitos fundamentais, levando ao aumento da jurisdicionalização do conflito social. Por sua vez, proporciona um movimento que apresenta um sistema onde se admitia a jurisdição sem ação.

A *ação*, por sua vez, torna-se cada vez mais abstrata, pois são processo e procedimento instrumentais ao direito material, e não ela. Perde sua centralidade no sistema, pois pode haver jurisdição sem ação. Transforma-se em apenas num dos tantos meios utilizáveis para o acesso à justiça. E assim institutos já conhecidos (como a própria ação penal, a reclamação aos tribunais superiores e a antecipação da prova fora da situação de urgência do CPC, que escapam ao conceito clássico de ação em que alguns se esforçam por enquadrá-los) podem ser examinados fora dos esquemas tradicionais do instituto. (Pellegrini Grinover, *Ensaio sobre a processualidade*, 5)

Os estudos a respeito da teoria da ação também se alteraram em virtude da coletivização dos direitos, ou seja, na perspectiva da teoria das ações coletivas, sobressaindo a questão da titularidade nestas ações. Pode-se, portanto, afirmar que a indisponibilidade da ação no século XXI exige uma releitura teórica e crítica a fim de que sejam revistos os seus traços históricos romanísticos, que se conservaram na modernidade.[356]A propósito das teorias da ação, deve-se lembrar que o pensamento a respeito da processualidade ampla tem um caráter

do direito de ação e o acesso à justiça. Acontece que o direito fundamental de ação, assim como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta.»

[356] Rodolfo de Camargo Mancuso, *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria das ações coletivas*, 3.ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 25. «Se é verdade que labora em prol das ações coletivas o fato de que por elas se permite a integração da coletividade na boa gestão da coisa pública, assim atendendo ao ideal da democracia participativa e plural, não é menos verdade que por essa ampla via passam a afluir ao judiciário novos e instigantes questionamentos de que é exemplo emblemático o contraste judicial sobre as políticas públicas, levando a uma releitura sobre posicionamentos antes assentados, que davam pela insindicabilidade dos atos de governo, ou dos discricionários, ou dos puramente políticos.»

centrífugo em relação a atividade jurisdicional, logo, não tem uma incidência direta sobre a teoria da ação, uma vez que não afasta o Estado da realização do direito, entretanto, redimensiona a sua atuação no campo da prestação de justiça.

Como se observa, há um encadeamento institucional entre a ação e a jurisdição, embora, não se confundam e sejam independentes entre si. As ideias a respeito da jurisdição, também são originárias do Direito Romano, mas, assim como ocorreu com os estudos a respeito da ação, há distinções entre o pensamento clássico romanístico e o pensamento atual sobre a jurisdição, que lhe confere singularidades no contexto da modernidade. No Estado moderno, a jurisdição foi entendida como a garantia de se obter um pronunciamento a respeito do direito aplicável ao caso concreto objeto do conflito jurisdicionalizado, ou seja, trata-se do «direito» à decisão proferida pelo Estado-juiz que resolva o conflito social. As teorias sobre a jurisdição controvertem a respeito de diversos aspectos que norteiam esse instituto do direito processual. Para efeito da abordagem realizada neste trabalho, se considera relevante lembrar que a natureza da jurisdição tem sido compreendida como publicística, a partir da atuação central do Estado de Direito para a resolução dos conflitos sociais e a entrega do «bem da vida»[357]. Logo, não se tratará dos problemas clássicos a respeito do *decidere* e do *imperium* enquanto características da jurisdição, por entender-se que os mesmos foram resolvidos pelas teorizações que prevaleceram a partir do século XX[358].

A jurisdição pode ser pensada como um poder do jurisdicionado em relação ao Estado, ou como um dever do Estado em relação ao jurisdicionado, como um poder-dever, ou ainda, como uma função. Mencionou-se a jurisdição como um direito do jurisdicionado, tendo se considerado, para tanto, suas relações com a garantia fundamental à ação. Entretanto, sob o ponto de vista jurisprudencialista, entende-se que a abordagem da jurisdição como uma atividade realizada para a resolução do conflito e a pacificação social com justiça, melhor se adequa à concepção de realização prática do direito

[357] Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, 59. «A função pública desenvolvida no processo consiste na atuação da vontade concreta da lei relativamente a um bem da vida que o autor pretende garantido por ela.»

[358] Ovídio Araújo Baptista da Silva, *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 2.ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, 29. «O conceito de *jurisdição*, como de resto os demais conceitos, ou o modo como os romanos entendiam ou descreviam o que fosse *iurisdictio*, sofreu no curso do tempo, uma profunda transformação. Temos de ter presente que o direito moderno utilizou-se, em sua formação, das fontes romanas dos últimos períodos de sua história, especialmente do direito romano justiniano, perante o qual tornara-se mais acentuada a equivalência entre *jurisdictio* e declaração oficial do direito, com função de "composição da lide", em oposição a *imperium*, embora nos períodos mais remotos e mesmo no direito romano clássico, aquele conceito tivesse outro sentido.»

a partir de uma intencionalidade. Nesse sentido, a natureza publicística da jurisdição perde relevância, a fim de que se compreenda que sua existência prático-axiológica é reconhecida na atividade que resolve o conflito com justiça.

o Estado estruturado por um estrito princípio de separação de poderes, o direito identificado simplesmente à legalidade, a função judicial definida por uma mera aplicação dessa legalidade. Postuladas essas coordenadas, postulado estaria o sentido do poder-função judicial, pois delas seria um simples corolário. Mas continuará a ser assim, poderá ter-se hoje por uma evidência um tal sentido desse modo constituído? Não se reconhecem problemáticas não só cada uma daquelas coordenadas como o universo político-jurídico que visaram constituir problemáticas todas elas neste nosso mundo humano-histórico e prático bem mais complexo, criticamente de outra exigência e muito menos deduzível, a implicar uma diferente circunstância político-constitucional e também jurídica em geral**,** em que é outro o Estado, outro o Direito e a intencionalidade da sua normativa realização? E em consequência não se volveu igualmente problemático o sentido a imputar hoje ao poder-função judicial? Sentido problemático esse que é assim urgente criticamente repensar-se. (Castanheira Neves, «Colóquio "O Poder (Função) Judicial e o Direito"», *Reflexões – Revista científica da Universidade Lusófona do Porto* 1 (2006), 314-315)

O tema da jurisdição é central para a realização do Direito, e, portanto, para os estudos a respeito do Acesso à Justiça. No jurisprudencialismo, a jurisdição é tratada a partir dos seus problemas internos, ou de sua intencionalidade, uma vez que a autonomia do Direito é reconhecida na sua concretização desvinculada de outros ambientes, seja político, social ou econômico. O que significa dizer, que o Direito existe e se concretiza como um fenômeno mundanal do humano histórico-cultural e comunitariamente ético. A questão da intencionalidade se apresenta fundamental para o pensamento sobre a processualidade ampla, por possibilitar a concreta e autônoma realização do Direito a partir de uma metodologia que reconheça sua existência por meio da resolução do conflito que envolve o caso. Desse modo, a ideia da jurisdição se autonomiza da concepção sobre a ação, e da necessária vinculação a atividade publicística estatal.

Bastando-nos aqui e agora reconhecer que a reinvenção da *jurisdiccio* comprometida com o veio autossubsistente de uma *filosofia practica* (assim mesmo preocupada com a autonomia constitutiva da *phronesis* e com a racionalidade sujeito/sujeito que a distingue) — ela própria distribuída (quando não fragmentada) pelos polos-exigências da *recontextualização* hermenêutica e da *problematização* retórico-argumentativa — constitui apenas um dos eixos a ter em conta. (José Manuel Aroso Linhares, «A representação metanormativa

do(s) discurso(s) do juiz: o "testemunho" crítico de um "diferindo"?», *Revista Lusófona de humanidades e tecnologia* 10 (2006), 106)

É admissível, portanto, o reconhecimento da jurisdição fora dos limites do Estado, e sem a existência da ação, sendo assim uma jurisdição reconhecida como uma atividade intencionalmente realizada para a solução dos conflitos e a pacificação social com justiça. É importante compreender que neste sentido, a jurisdição se afasta das teorias que lhe atribuem ora um caráter sociológico, ora um caráter econômico. Como intencionalidade, a jurisdição pode ser compreendida como um meio para a concretização material do Acesso à Justiça. É igualmente possível afirmar seu distanciamento da ideia sobre a heterocomposição em face do conflito, passando a se admitir sua dimensão consensual e autocompositiva. Desse modo, a processualidade ampla se apresenta como uma concepção teórica do processo e do procedimento como meios de concretização autônoma do Direito, seja em relação aos poderes estatais, seja em relação a uma epistemologia sistematicamente fechada, que vincula o Direito a um tipo de normatividade estrita, ou a uma condição ontológica, que nos dois sentidos, afirmam a justiça como uma abstração sistemática.

O processo e o procedimento se integram como meios para a realização de determinados fins, que, entretanto, não tem caráter instrumental-funcionalista, ou sociológico. Sob o ponto de vista da processualidade ampla, o processo e o procedimento são metodologias aplicadas nas esferas judiciárias, administrativas e privadas, a fim de resolver adequadamente as crises sistêmicas do Direito, seja decidindo o conflito a partir da interpretação sistêmica do Direito, e assegurando a satisfação da decisão. Seja consensualmente, pacificando os interessados a partir da sua própria compreensão do conflito, sendo que neste caso, deve-se observar a ordem pública, no que se refere à inafastabilidade do Acesso à Justiça.

Conclusão

A crítica que é apresentada neste trabalho está baseada na questão da razoável duração do processo, da efetividade jurisdicional e da segurança jurídica, identificados como problemáticos quanto ao direito fundamental ao Acesso à Justiça. Considerando o pensamento metodológico jusfilosófico do Professor Doutor Castanheira Neves, o sistema de justiça foi tratado com

vista à autonomia do Direito, enquanto um tipo de normatividade intencionalmente constituída a partir do *prius* do caso. Sob a ótica da teoria do processo, o sistema jurídico foi abordado com relação à solução dos conflitos no ambiente social. Entende-se que estes conflitos tem um caráter complexo e multifatorial, considerando-se o ambiente social a partir da crise dos fundamentos da modernidade. O interesse específico nessa pesquisa foi a crise na prestação de justiça, identificada com os problemas relacionados à interpretação e a aplicação do Direito quanto ao Acesso à Justiça.

A partir do *prius* do caso e do reconhecimento do problema do conflito social e do Acesso à Justiça, entendeu-se que há fundamento para a revisão teórica da doutrina processual a fim de se demonstrar a superação do funcional-instrumentalismo sociológico como referencial teórico para o Direito Processual. Os problemas identificados na prestação de justiça, se considerando a taxa de congestionamento dos processos, de acordo com o Relatório Justiça em números do Conselho Nacional de Justiça, publicados anualmente no Brasil, bem como, a dogmática processual, permitem com razoável segurança, afirmar que o funcional-instrumentalismo não ofereceu as respostas ao sistema de justiça. Por outro lado, se verificou o risco da sociologização e da politização do processo, desvirtuando o sentido da justiça por meio do ativismo judicial, que poderá comprometer gravemente a segurança jurídica, e em alguma medida, o próprio Estado de Direito.

É reconhecida a dimensão da crítica ao modelo de justiça fundamentado na função jurisdicional estatal, nas estruturas judiciárias, e no modelo de justiça baseado na heterocomposição como meio prioritário para a resolução dos conflitos. Por outro lado, se entende que a condição primária da crítica e da mudança depende de se assumir alguns riscos. Ao se propor a revisão do pensamento processual para a elaboração de um modelo fundamentado na ideia da processualidade ampla que oriente um sistema de justiça baseado na consensualidade no plano jurisdicional, administrativo e privado, se reconhece a possibilidade de que ocorram falhas neste modelo, criando injustiças, e eventualmente instabilidades sistêmicas. É por essa razão que se justifica a imprescindibilidade da manutenção da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário quando a ordem pública indisponível estiver em risco.

A processualidade nessa pesquisa se refere a ampliação do sistema de justiça, tendo como referencial a revisão metodológica do Direito, a fim de se considerar sua autonomia sistêmica. Desse modo, se propõe a ruptura com o funcional-instrumentalismo sociológico no direito processual. Foi apresentada uma proposta de reelaboração dos conceitos fundamentais sobre a

Teoria Geral do Processo, tendo em vista a ação, a jurisdição, o processo e o procedimento. Neste sentido, se considerou como referencial a metodologia jurisprudencialista por reconhecer o direito como uma concreta realização humana, e neste sentido, por atribuir sua matriz estrutural à justiça.

Ressalta-se que o pensamento jus-filosófico jurisprudencialista em Castanheira Neves tratou da definição metodológica para a atuação do sistema jurídico para a obtenção da decisão de mérito. Portanto, deve ser esclarecido que, esta pesquisa propôs a extensão do pensamento jurisprudencialista para a o campo teórico do processo. Ou mais especificamente, propondo-se a orientar as pesquisas a respeito da possibilidade de uma processualidade ampla que ultrapasse as concepções da prestação jurídica como uma função estatal que resolve o conflito por meio da decisão, para se admitir um sistema que priorize a dialogicidade entre os interessados parciais e a consensualidade, na obtenção da solução do conflito.

Reconhecido que o jurisprudencialismo se volta ao ato decisório jurisdicional, e, portanto, ao método heterocompositivo estatal, qual o fundamento justificador de sua apresentação como referencial metodológico para ideias vinculadas a métodos autocompositivos e consensuais? Acredita-se que o jurisprudencialismo represente uma metodologia singularmente comprometida com a realização do Direito como um meio para a concretização da justiça. Este aspecto foi considerado absolutamente fundamental para a pesquisa a respeito da garantia fundamental de Acesso à Justiça em sentido formal e, sobretudo, material. Entende-se, que não é possível falar-se em Acesso à Justiça com referência a um «tipo abstrato de Justiça, definido em um sistema normativo fechado».

O Professor Doutor Castanheira Neves, ao pensar a decisão jurídica, estava atuando no campo da solução dos conflitos sistêmicos pertinentes ao ambiente do Direito. Conquanto, sua delimitação temática tenha restringido os seus estudos ao modelo heterocompositivo, metodologicamente não nos parece que seja inadequado ou imprópria a abordagem jurisprudencialista para os modelos autocompositivos e consensuais como meios para a solução de conflitos relacionados com as crises sistêmicas do Direito.

Assim, o que se apresenta é uma discussão teórica com vista a realização prática do Direito e da justiça, realizada a partir do pensamento jurídico filosófico do professor Doutor Castanheira Neves, tendo como objetivo a revisão dos estudos da teoria processual, considerando o problema do Acesso à Justiça formal e material e o sistema normativo a partir da sua validade axiológica e da responsabilidade ética. Admite-se que é possível pesquisar

os métodos de solução dos conflitos, com referência ao humano histórico-cultural e à concreta realização da justiça. É nesse contexto, que se discute a prioridade da consensualidade em face da conflituosidade, da pessoa em relação ao Estado e do *prius* do caso diante da abstração da norma, como meios para a concretização da justiça.

Referências bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos — *Direito e Processo, influência do direito material sobre o processual*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. ISBN: 9788574209586

CALAMANDREI, Piero — *Direito Processual Civil***.** Campinas-SP: Bookseler, 1999. Vol. 3. ISBN: 9788586310812

CANOTILHO, José Joaquim Gomes — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina. 2002. ISBN: 9789724021065

CAPPELLETTI, Mauro — *Processo, Ideologias, Sociedad*. Buenos Aires: EdicionesJuridicas Europa-America. 1974.

CARNELUTTI, Francesco — *Instituições do Processo Civil*. Campinas-SP: Servanda, 1999. Vol. 1. ISBN: 9788539203826

CHIOVENDA, Giuseppe — *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller Editora, 2000. Vol. 1, ISBN: 978-8574684390

DIDIER JR. — *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. Vol. 1. ISBN: 9788594771339

Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida. Salvador: Jus Podivm, 2018. ISBN: 9788577616084

FREITAS, Juarez — *Direito fundamental a boa administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. ISBN: 9788539202430

GRINOVER, Ada Pellegrin — *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. ISBN: 9788567426440

LINHARES, José Manuel Aroso — Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de «passagem» nos limites da juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso). *StvdiaIvridica*. Coimbra: Coimbra Editora. 59 (2001).

A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferindo»? *Revista Lusófona de humanidades e tecnologia*. Porto. ISSN: 647-415. N.º 10 (2006), pp. 101-120.

LUHMANN, Niklas — *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo — *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria das Ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. ISBN: 9788520343753

MARINONI, Luiz Guilherme / ARENHART, Sérgio Cruz / MITIDIERO, Daniel — *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Volume1. ISBN: 9788520367049

MEDAUAR, Odete — *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. ISBN: 9788520332900

NEVES, António Castanheira — *Questão-de-fato – Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina. 1967.

Colóquio «O Poder (Função) Judicial e o Direito». *Reflexões — Revista científica da Universidade Lusófona do Porto*. Porto: Universidade Lusófona do Porto. Ano 1, nº 1 (2006) pp. 314-315.

Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. In Augusto Silva DIAS, org., Liber Amicorum *de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 3-28. ISBN: 9789724039510

Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. ISBN: 9789723221657

SANTOS, Boaventura de Sousa — *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora, 2001. Vol. 1. ISBN: 9788524907388

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da — *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. ISBN: 9788530924294

(Página deixada propositadamente em branco)

4. A proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves e suas implicações para (re)pensar a educação jurídica no Brasil

Castanheira Neves's jurisprudentialism and its Implications in rethinking judicial education in Brazil.

Ana Carolina Faria Silvestre
Faculdade de Direito do Sul de Minas,
FAI: Centro de Ensino Superior em Gestão, Tecnologia e Educação
https://orcid.org/0000-0003-2097-8885

Abstract: According to Castanheira Neves' jurisprudentialism, there is a dialectical constitutive relationship between the dimensions of system and problem, so that the problem cannot be thought without the system and the system cannot be experienced without the problem. The problem addresses the system according to a problematic intentionality and the system, in turn, whilst recognizing the problem as a legal problem, must be able to offer an answer (an answer that may not be «available» *for test* in the stratum of norms). The role of legal professionals, therefore, is to think, in the light of a unique and unrepeatable case, about the current meaning of the law and its appropriate response to the case. This reflection has decisive immediate and future implications. Immediately, it matters to the parties involved in the quarrel, who aim for the realization of justice, in the future it matters however for the constitution of a renewed sense of normativity. However,

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_12

does Brazilian legal education, *lato sensu*, effectively prepare law students for the challenges signaled by jurisprudentialism?

Keywords: Jurisprudentialism — Practical Reason — Legal Education

1. Notas introdutórias

Antes de adentrar à problematização do tema-desafio assumido, peço licença para algumas notas pessoais, sem as quais, talvez, este trabalho ganharia contornos de maior cientificidade e rigor, mas lhe faltaria a alma e o amor de que toda a investigação científica se deve alimentar e que, nomeadamente, conduzir-me-iam à Coimbra, nos idos de 2006. Lá, um novo mundo de signos, significados e significâncias se revelou para mim, de mim, em mim e, em meio a esse movimento radical de expansão, abertura e novidade, tive contato com os textos e a presença luminosa de António Castanheira Neves e de sua proposta jurisprudencialista de realização do Direito.

No início, a *Metodologia Jurídica* apresentou-se para mim como um desafio hercúleo, tamanha a riqueza de cada uma de suas páginas. Eram horas e horas de dedicação à leitura atenta, acompanhada de um dicionário de filosofia, mas, ao fim do dia, poucas páginas vencidas e efetivamente assimiladas. A primeira lição que eu aprendi em Coimbra, por meio dos textos do Professor Castanheira Neves, foi de que era necessário perseverar com humildade e esperança. Para além dos textos, tive o prazer inenarrável de conviver com o Professor Castanheira Neves pelos corredores da Faculdade de Direito — onde sempre nos cumprimentava com seu olhar fraterno — e, em suas belíssimas intervenções, em Coimbra e no Brasil, que sempre me emocionaram pela qualidade e clareza. Lembro-me, em Pouso Alegre, do seu zelo em falar pausadamente, preocupado com a perfeita compreensão da sua fala pelos estudantes pouco ou nada afeitos ao sotaque português.

Professor Castanheira Neves é dessas pessoas pelas quais não saímos incólumes. Sua presença e seus exemplos, pessoal e profissional, nos estimulam a darmos o nosso melhor àquilo a que nos dedicamos e a nos tornarmos um ser humano melhor. Gostaria de agradecer, profundamente, aos Professores Doutores Nuno Coelho e José Manuel Aroso Linhares, meu orientador no mestrado e, agora, no doutorado, pelo tão honroso convite para integrar-me

às Jornadas em homenagem ao Professor Doutor Castanheira Neves, na prestigiosa Faculdade Nacional de Direito, e neste volume especial que busca homenagear uma das mentes mais brilhantes da história da jusfilosofia portuguesa e em língua portuguesa. Sinceramente, espero que este livro cumpra a sua missão de propagar, o mais possível, a proposta jurisprudencialista e o pensamento de nosso Mestre Castanheira Neves. De meu lado, dedicar-me-ei, nas páginas que se seguem, a refletir sobre os desafios à educação jurídica brasileira a partir da proposta jurisprudencialista. Professor Castanheira Neves não escreveu um texto específico sobre o tema da educação jurídica, por isso, este excurso dedicar-se-á a pensar sobre o panorama atual da educação jurídica no Brasil a partir das provocações suscitadas, nomeadamente, pela proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves. A pesquisa foi estruturada a partir dos métodos descritivo-analítico, assumindo como problematização a seguinte questão: A educação jurídica no Brasil prepara, efetivamente, os educandos em Direito para os desafios da realização prática do Direito segundo as provocações suscitadas pela proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves? Compreendemos, a traço grosso, que levar a proposta jurisprudencialista a sério poderia implicar transformações no horizonte da educação jurídica no Brasil.

2. A educação jurídica no Brasil: um breve diagnóstico

O Brasil tem mais faculdades de Direito do que a China, Estados Unidos da América e Europa juntos, e esse número não para de aumentar. Segundo dados atualizados do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, há 1 115 995 advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) até o mês de janeiro de 2019[359]. Esse número seria absolutamente maior se não houvesse o exame de ordem, pois, por exemplo, no último exame unificado da OAB de 2018, somente 18,89% dos inscritos foram julgados aptos para prosseguir para a segunda fase do processo.

[359] Quadro de Advogados, <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>

O que explica o grande e progressivo aumento na oferta de cursos de Direito no Brasil? Um dos motivos, certamente, deve-se ao fascínio que este curso exerce devido ao seu tradicionalismo — que, por si só, não justifica o seu permanente índice de atratividade, pois, se assim fosse, cursos igualmente tradicionais como Teologia e Filosofia atrairiam, também, um crescente número de inscritos. Conforme pontua Cerqueira *et alii*[360], trata-se de um curso de alta atratividade devido à ilusão de ascensão econômica rápida e ao relativamente baixo investimento — cada vez mais baixo, pois, a cada dia, novos cursos de Direito são oferecidos. Muitos, sem prezar pela qualidade do ensino prestado, focados somente no preço mais baixo, penalizando a qualidade do ensino.

A partir do momento em que se gradua em Direito, tenha ele/ela frequentado uma boa instituição de ensino ou não, privada ou pública, o seu nome passará a ser digno de ser precedido pelo título de tratamento de «doutor» — esse costume teve a sua origem no período imperial, por meio da promulgação da Lei do Império de 11 de agosto de 1827, e encontrava respaldo, por exemplo, no *Manual de Redação da Presidência da República* de 2002, que esclarecia que «doutor não é forma de tratamento, e sim título acadêmico», mas «é costume designar por doutor os bacharéis, especialmente os bacharéis em Direito e em Medicina». No entanto, a 3.ª edição do *Manual* nada diz sobre o tema — o que, por si só, não implica na assunção de que não faz mais sentido insistir no uso do pronome de tratamento «doutor» para os bacharéis em Direito. Esse costume é, certamente, mais um elemento que eleva a atratividade deste curso de graduação.

Para além disso, o custo de implantação de um curso de Direito é relativamente baixo, já que não demanda laboratórios vários, com pesados custos em equipamentos ou o investimento em tecnologias sofisticadas, como, por exemplo, demandaria a instalação de um bom curso de quaisquer engenharias. Para atrair candidatos, investe-se muito em propaganda e assumem-se estratégias de *marketing* como, por exemplo, contratar poucos professores mestres e doutores, e distribuir, entre eles, todas as matérias obrigatórias do curso, sem atentar para as respectivas formações. Assim, pode-se alardear aos quatro ventos, sem incorrer em propaganda enganosa, que todo o corpo docente é constituído por mestres e doutores. Não é incomum, infelizmente, a contratação de doutores em outras áreas do conhecimento como, por exemplo,

[360] Daniel Torres de CERQUEIRA *et alii*, org, *180 anos de ensino jurídico no Brasil*, Campinas: Millennium, 2008.

em Engenharia, para lecionar nos cursos de Direito. O importante é dar visibilidade ao fato de que todos os professores do curso são mestres e doutores, não importando se pertencem a outras ciências, pouco ou nada afeitas ao Direito. Na sociedade do espetáculo, a qualidade tende, perversamente, a valer muito menos do que a quantidade, e o aluno nem sempre tem conhecimento e maturidade para perceber as diferenças entre uma possibilidade de ensino e outra. Tudo isso se hipertrofia em um contexto de crise econômica como o atual, estratégias de *marketing* cada vez mais agressivas assumidas, especialmente, pelas novas instituições de ensino superior (IES) e pela busca justificada das pessoas por ascensão econômica. Temos, aí, montado o palco para a frustração dos bacharéis em Direito que não estarão aptos a passar na prova da OAB ou, passando, depois de muito esforço pessoal e da frequência a cursinhos preparatórios, não se sentirão profissionais aptos a advogar ou a passar em concursos públicos — porque não tiveram, na faculdade, um ensino teórico de qualidade, bem como oportunidades qualitativamente elaboradas de experienciar o direito vivo, real, com rosto.

Nas faculdades de Direito, a par do diagnóstico geral supra, há ainda uma questão importante a ser relevada e que dialoga imediatamente com o problema assumido neste excurso. Trata-se do modo como, tradicionalmente, o ambiente da sala de aula está estruturado. As aulas magistrais são, ainda, a regra nos cursos de Direito do Brasil. Não se trata de demonizar, sem mais, esse gênero de aula, pois ele certamente funciona para a maior parte dos alunos, mas não haveria outros formatos mais desafiadores, que estimulariam uma posição mais ativa do aluno?

Pensar em múltiplos métodos didático-pedagógicos está alinhado com os interesses da educação no nosso século, que assume a relação ensino-aprendizagem como um processo que não se realiza para todos da mesma forma, indistintamente[361]. Os educandos possuem tipos distintos de personalidade, diferentes interesses, o seu repertório e a sua história. A par das diferenças, todos se encontram em um ambiente comum, o ambiente da sala de aula[362].

---

[361] Apesar de alinhada com os desafios do contexto contemporâneo, a preocupação com o desenvolvimento de diferentes métodos de ensino remonta-nos ao século XVI, a Erasmus e aos seus *copia*. Nesse sentido, Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, vol. 24, 2011, 7. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1479270>

[362] A pedagogia de ensino das artes liberais coloca-se em oposição à pedagogia tradicional. No horizonte dessa perspectiva pedagógica, aos alunos deve ser dada maior liberdade para escolher quais disciplinas cursar e o melhor momento para cursá-las. Segundo Sarat, o método pedagógico das artes liberais preveniria a criação de monstros obcecados pelas regras legais ou, em outras palavras, de aplicadores do Direito em busca da resposta correta (de maneira descontextualizada e despreocupada com as implicações morais e éticas de suas decisões). Para ilustrar esse gênero de profissional, Sarat descreve uma entrevista com um advogado criminalista que encarna a frieza,

There are many different types of thinkers in the world and just as many types of lawyers and law students. Some are interested in economics and public policy, some in politics and history, and some in literature, film, or other arts. A variety of methods for learning law better serves our students, not because legal education needs the interdisciplinary courses — a full slate of doctrinal lectures can and has produced fine lawyers — but because students who are invited to pursue copious ways of learning law will have copious ways of knowing law in practice[363].

As aulas magistrais ou expositivas têm o seu lugar e importância e, efetivamente, alguns conteúdos não poderão ser apresentados e discutidos segundo outra ferramenta educacional. No entanto, o professor pode lançar mão de outras ferramentas ou heurísticas, segundo a perspectiva da pedagogia do Direito, a fim de alcançar a sua finalidade precípua que é a educação para o aluno — ou centrada no aluno[364]. No entanto, nós, da academia, temos

o calculismo e o legalismo. Esse profissional teria sugerido que se o seu cliente admitisse que havia cometido um assassinato, pelo qual fora culpado outro homem que aguardava execução no corredor da morte, ele não quebraria o segredo profissional para salvar a vida deste inocente. Segundo Sarat, o método pedagógico das artes liberais na educação jurídica, em oposição às escolas de Direito tradicionais, seria capaz de evitar a criação de profissionais verdadeiramente obcecados pelas regras legais, como o autor classifica o advogado entrevistado, e, para além, ajudaria a construir um profissional moralmente superior àquele. As artes liberais seriam o caminho pedagógico para a construção de um excelente profissional do Direito em termos morais, menos rígido e mais aberto a pensar criticamente o próprio Direito e a sua dimensão performativa que ajuda a constituir nossas preferências políticas e percepção da moral. Nesse sentido, «Studying law in the liberal arts setting is appropriate because the scholar and student can "suspend belief in the object of study", in ways that law students and professors cannot. Those within the law school must do law. Those without it can study it in a purely academic fashion; the difference is similar to majoring in religious studies versus studying in seminary. For Sarat, the benefits of this critical, academic distance are many. The performative nature of law is easier to see from a distance, "how law both mirrors and helps to constitute our political preferences and our moral understandings".» Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, 17-18. Não obstante, será que todos (ou a maioria de) os profissionais do Direito formados sob a égide da pedagogia tradicional se tornam espécies do gênero descrito por Sarat? Esse é o núcleo duro da crítica de Pryal a Sarat. Segundo aquela, no núcleo da crítica de Sarat à pedagogia jurídica encontra-se a dicotomia traduzida em antagonismo e a assunção de uma visão estereotipada do profissional do Direito e, especificamente, do advogado (frio, corrupto, legalista e moralmente corrompido). As faculdades de Direito tradicionais, sustentadas na pedagogia tradicional, se esforçariam em transformar sensíveis e decentes seres humanos em advogados frios e calculistas e daí a convocação redentora da pedagogia das artes liberais para o ensino do Direito. Para todos os termos da crítica de Pryal à Sarat, ver: PRYAL, Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*.

363 Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, 24.

364 «Of course there will always be those who believe that there is only one good way to teach law students, Judge Edwards being one striking example, and that this way does not include courses in law and literature. Fortunately, the trend in legal education appears to be towards a more student--centered approach, one that takes into consideration the affect that our pedagogical methods have on how effectively our students learn what we are trying to teach them, one that also recognizes the variety of students who enter law schools today.» Katie Rose Guest. PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, 25.

buscado refletir sobre essas outras possibilidades e experimentá-las[365]? Por que motivo sustentamos que isso faz sentido à luz das provocações suscitadas por meio da proposta jurisprudencialista?

3. O Direito como tarefa e o necessário mergulho na teoria e na prática a partir da proposta jurisprudencialista: ampliando o escopo para se pensar os desafios contemporâneos da educação jurídica

O que significa ser um bom advogado? Um bom advogado, no horizonte do mundo de *civil law*, deve, certamente, conhecer e compreender, de modo holístico, a legislação vigente em seu país (e, eventualmente, em outros países) de modo a pretender satisfazer a pretensão trazida por seu cliente.

Não obstante, apesar de lidarem cotidianamente com as leis, os advogados não conhecem efetivamente todas as normas vigentes. O conhecido jargão jurídico «ninguém pode escusar-se do conhecimento da lei»[366] trata-se de uma generalização passível de ser afastada em casos concretos e, no horizonte da prática dos profissionais do Direito, deve ser assumido como um «dever-ser» que orienta a busca constante e comprometida daquele profissional pelo conhecimento e pela qualidade-credibilidade dos serviços que presta.

Os advogados não conhecem efetivamente todas as leis, mas devem ser capazes, mesmo sem as conhecer todas, de sinalizar uma (ou mais) resposta(s) hipotética(s) de resolução para o caso jurídico. Assim se dá porque, durante a sua formação universitária, foi sendo paulatinamente apresentado aos institutos jurídicos, às leis e normas, às legislações de outros países, aos acordos internacionais de que o seu país é signatário e outros, aos princípios jurídicos, ao posicionamento dos tribunais nacionais e internacionais e suas decisões

[365] Vencer este problema diagnosticado não é tarefa fácil, pois, conforme pontua Pereira, a reflexão insipiente sobre a educação jurídica no Brasil esbarra em questões de ordem estrutural, como o fato de haver poucas linhas de pesquisas que pretendam refletir sobre o ensino jurídico nos programas de pós-graduação e a mercantilização do ensino jurídico — movimento que não tende a gerar um genuíno interesse em melhorar a qualidade da educação jurídica. Nesse sentido, F. A. P. ADAID, *Análise comparativa das tendências teóricas sobre o ensino jurídico no Brasil de 2004 a 2014.* Dissertação (Dissertação em Educação) — Campinas: PUC-Campinas, 2015.

[366] O artigo 3.º da lei de introdução ao Código Civil trata do erro de direito. Compreende-se, via de regra, que o período de *vacatio legis* é suficiente para que todos os cidadãos do país conheçam a nova lei e adequem as suas condutas àqueles mandamentos. Não obstante, a presunção é relativa e pode ser afastada, excepcionalmente, em alguns casos concretos.

reiteradas (súmulas) e à doutrina. Para além da dimensão teórica, a clínica jurídica, os estágios e a participação em projetos/ações de extensão universitária, sempre desejáveis e necessários, permitem que o estudante de Direito experiencie as questões jurídicas do mundo da vida; seus problemas reais, suas idiossincrasias e os desafios cotidianos da realização prática do Direito.

Esse acadêmico é capaz de compreender, ao longo de sua formação jurídica, que o Direito é muito mais do que um conjunto de leis criadas pelos legisladores com determinadas intenções político-estratégicas e que ao exercer a profissão não deve assumir-se, redutivamente, como um mero exegeta de leis.

O Direito é um fenômeno de cariz político-cultural-jurídico que não se reduz ao Direito positivo. A juridicidade, a ideia do Direito, só é possível no horizonte de uma certa intencionalidade axiológico-comunitária que está sustentada pelos pilares do respeito incondicional à pessoa humana — «a comunidade é a convivência ética das pessoas — o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa»[367] e pelos princípios ou intencionalidades axiológicas que devem ser assumidos como valores transcendentes, porque se revelam «à consciência ética das pessoas que comungam na situação ao transcenderem-se elas mesmas na compreensão de membros coparticipantes e corresponsáveis dessa mesma situação»[368]. Sob essa orientação jurisprudencialista, o Direito nunca poderá ser perspectivado como um objeto-dado, mas sempre como uma tarefa a se realizar e cumprir e pela qual os realizadores do Direito, todos eles, devem se responsabilizar.

E se quisermos agora formular analiticamente esta compreensão do Direito, diremos que nele relevam quatro notas: a) Deixa ele de se nos impor como um dado-objecto, para se nos revelar antes como que na posição de «sujeito», ele próprio é *transcendens* de uma validade (da juridicidade, da ideia de direito) […] não é, pois, *pressuposto*, e sim *problema* […] b) é essencialmente histórico […] não porque seja objeto histórico, uma qualquer entidade objectiva ou real que se nos ofereça «dado» ou revelado na história […] mas *fieri*; possibilidade a determinar concretamente, realizando-se. É validade a predicar, problema a resolver […] c) o direito é histórico, porque é essencialmente *em acto* […] ele é o *transcendens* de uma validade. Transcendendo a realidade para perguntar pelo seu fundamento, transcendendo a objectivação para discutir dela o seu sentido, revela-se-nos o direito na tensão e distanciação de

[367] Castanheira NEVES, «O papel do jurista no nosso tempo», in Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 40.

[368] Castanheira NEVES, «O papel do jurista no nosso tempo», 40.

uma validade interrogada e fundamentante que só pode, como tal, assumir-se em anto. Recusando-se a ser para a intenção normativa apenas um objeto […] d) O direito é em acto, porque é essencialmente *axiológico-normativo* […] projecto de sentido axiológico que na humana convivência traduz o reconhecimento da dignidade da pessoa e se oferece como a realização da sua liberdade […] o direito é uma sempre inacabada tarefa de realização e transformação do homem através do seu próprio transcender-se […] manifestando o ser deste dever-se, o direito é, pois, *o acto histórico do autónomo dever-se do homem convivente.*[369]

O Direito, portanto, está sempre a constituir-se. No horizonte da realização prática do Direito, deve-se assumir uma ininterrupta relação de tipo dialético dinâmico que se estabelece entre as dimensões do sistema e do problema[370]. O Direito se vai constituindo por meio da interpelação do caso-problema jurídico, segundo uma específica e situada intencionalidade problemática, que o sistema vai assimilando.

O sistema jurídico é muito mais complexo do que um conjunto de leis ou normas. Trata-se de um sistema constituído por diversos estratos (normas, princípios positivos, transpositivos e suprapositivos, jurisprudência e dogmática)[371] cujas notas tônicas são: a *abertura intencional ao mundo*, aos casos-problema jurídicos que interrogam o sistema (segundo uma determinada e situada intencionalidade problemática) em busca de uma resposta adequada e a *provisoriedade* (o sistema jurídico é uma tarefa sempre por se cumprir).

Qual é o sentido de uma lei? A resposta a essa pergunta não estará imediato-automaticamente disponível a partir da leitura dos códigos, de textos doutrinários, da vontade dos fundadores da lei[372] ou de uma descritivo-analítica

---

369 Castanheira NEVES, «O papel do jurista no nosso tempo», 41-42.

370 Entre sistema e problema opera, segundo Castanheira Neves, uma particular relação de índole dialética. Neste sentido, Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 155.

371 «O *sistema* é uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante. O primeiro desses estratos formam-no *os princípios* […] um segundo estrato é ocupado pelas *normas* prescritas numa opção político-estratégica e de um vinculante valor normativo que provém das já aludidas *legitimidade* e *autoridade* político-jurídicas […] um terceiro estrato é expressão da *jurisprudência* […] o quarto e último estrado é ocupado pela *dogmática* (ou a doutrina jurídica). Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica,* 155-157.

372 Como adverte Dworkin, a vontade dos fundadores não passa de uma personificação perigosa. «Infelizmente, os juristas usam vários tranquilizantes intelectuais para se convencerem de que responderam pelo menos a algumas dessas questões, embora não o tenham feito. Trata-se geralmente de personificações, como, por exemplo, na expressão "a intenção do Congresso". Os juristas constitucionais têm uma personificação ainda mais perigosa à mão, na terrível expressão "Os fundadores" [...] Li inúmeros artigos em que se debate vigorosamente, ao longo de páginas, qual era a intenção dos "Fundadores" sobre determinada questão, sem nenhuma tentativa de indicar quem eram — ou são — essas pessoas, e porquê.» Ronald DWORKIN, *Uma questão de princípio*. São

investigação jurisprudencial. A lei é experimentada no mundo da vida e pode revelar-se, à luz de um caso específico, como critério concreto de resolução para o caso-problema ou não[373]. O simples fato de que uma lei foi convocada, no passado, como critério concreto de resolução para um dado caso jurídico não justifica, *per si*, a sua convocação atual, pelo julgador, como critério concreto de resolução para um caso (aparentemente) semelhante. O novo caso (único e irrepetível) à sua frente, apesar da semelhança com um dado caso julgado, demandará um atual e comprometido exercício prático-prudencial de reflexão a partir do caso (assumido como *prius* metodológico da realização prática do Direito[374]). Isso porque a «normatividade sistematicamente prévia traduz apenas a assimilação intencional […] de uma certa experiência feita e é correlativamente limitada por essa experiência»[375].

O sentido de uma lei não é estático e será alterado-transformado devido à interpelação perscrutante de novos casos-problema jurídicos situados[376]. Se é verdade que o critério de resolução para o caso concreto jurídico encontra-se — (se houver!) — no horizonte do sistema jurídico (no estrato das normas), também é verdade que o seu sentido se constitui dialeticamente a partir da interrogação perscrutante do caso jurídico concreto[377]. Entre sistema e problema estabelece-se uma relação dialética[378] que nos conduz à conclusão

Paulo: Martins Fontes, 2005, 58.

373 «É assim que, por um lado, a selecção do critério jurídico não pode desligar-se totalmente do sentido de solução que o caso solicita, só vindo mesmo aquele critério a obter nesta solução quer a confirmação da sua adequação normativa, quer a sua última determinação; e, por outro lado, a solução concreta não poderá deixar de ser o resultado da assimilação do critério pelo juízo decisório concreto.» Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 165.

374 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica,* 159.

375 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 157-158.

376 «Todo o jurista sabe que em virtude de serem as normas prescritas na previsão apenas das hipóteses mais frequentes, comuns ou típicas (*hoc sensu*) dos casos que se propõem regular — nem outras é possível prever —, não fica excluída a possibilidade de se decidir concretamente da sua aplicabilidade em termos diversos aqueles que imediatamente imporia o sentido significativo e conceitual (ou interpretável em abstracto) das normas, já aplicando-as a situações e casos que aquele sentido não cobre, já afastando a sua aplicação de casos e situações formalmente abrangidos por ele.» Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 171.

377 «Numa palavra de síntese: do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema — ou mais exactamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile regressiva e reconstrutivamente essa experiência.» Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 159.

378 «Entre sistema e problema opera a dialéctica que já sumariamente caracterizámos e que queremos sublinhar na sua particular dinâmica. Assim, se pode aceitar-se que o sistema jurídico começa sempre por delimitar e pré-determinar o campo e o tipo dos problemas no começo de uma experiência problemática […] já não é lícita a unilateral sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir dessa experiência serão unicamente os que o sistema suscite e no modo apenas por que os aceite.» Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 157.

de que aquilo que assumimos hoje, como «o Direito», trata-se de uma *possibilidade* — que se foi conformando concretamente em uma determinada experiência comunitária e segundo a intencionalidade problemática dessa mesma experiência; orientada pelas perguntas que se vão dirigindo ao sistema de normatividade aberto, não pleno e autopoiético[379].

Daí que o sistema jurídico não seja um dado (pressuposto) e sim uma tarefa (objectivo), já que há-de assimilar uma sempre nova experiência problemática e assumir numa totalização congruente as novas intenções normativas de que, através dessa experiência, o direito se vai enriquecendo[380].

O Direito, ou o seu sentido jurídico, constitui-se à luz da específica intencionalidade problemática dos casos jurídicos concretos que demandam uma resposta. Assim sendo, o que compreendemos hoje como «o Direito» poderia ser outra coisa e, certamente, mudará. O sentido do Direito não se determina definitivamente a partir da atividade do legislador, ao criar as leis; nem pelo doutrinador; nem deve ser reduzido às decisões dos juízes. O sentido do Direito hoje integra, numa unidade totalizante, todos esses estratos, mas não se determina (definitivamente) em abstrato, pois é em concreto que os seus *critérios hipotéticos de resolução* (normas) são experimentados e se ressignificam nessa mesma experimentação. Há, para além, a possibilidade de não haver nenhuma norma disponível no estrato das normas capaz de se oferecer como critério hipotético de resolução para o caso concreto, mas, reconhecendo-se o caso concreto como caso jurídico concreto, então é inescusável que se ofereça uma resposta jurídica adequada[381].

Independentemente disso, se há ou não uma norma disponível no estrato do sistema como norma aplicável, há que se compreender o Direito, sempre, como uma tarefa a se cumprir ou uma construção jurídico-cultural-civilizacional que se concretiza (sempre provisoriamente) a partir da mediação de um caso jurídico concreto segundo uma intencionalidade problemática específica.

---

379 São características do sistema jurídico: problematicamente aberto, não intencionalmente autossuficiente e autopoiético (de racionalidade prático-normativa autónoma). Neste sentido, Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 159.

380 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica,* 158.

381 Este é o caso da realização do Direito por autônoma constituição normativa. «Pode, todavia, acontecer que essa questão-de-direito em abstracto não obtenha solução, isto é, não seja susceptível de uma resposta positiva, por não dispor o sistema jurídico vigente de uma norma directamente aplicável ao caso ou que para ele possa ser critério disponível e imediato. Ora, sabemos nós, por um lado, que o direito não se identifica com o sistema das normas positivas ou sequer com o global sistema jurídico constituído e vigentes (onde já não só as normas participam) num certo momento histórico, e, por outro lado, que ao tribunal não é lícito abster-se de julgar invocando a falta de um critério legal […] isso impõe que a concreta decisão judicativa haja nessa hipótese de realizar-se, em último termo, através de uma autónoma constituição normativa.» Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 205.

Em belíssimas palavras de síntese:

> Uma compreensão da racionalidade jurídica integralmente pensada como uma dialéctica entre *práticas de estabilização* e de *realizaçã*o — com as primeiras a oferecerem a condição de *terciabilidade*-comparatibilidade indispensável às segundas e estas a proporcionarem a *perspectiva interrogante* que permite experimentar-determinar as primeiras. Práticas que, como sabemos (sem prejuízo de resto da dinâmica comum em que participam e dos «momentos» de criação de sentidos normativamente específicos em que se interpenetram), importará reconduzir aos eixos estruturantes respectivamente do *sistem*a e do *problema — plruridimensional* e *aberto* aquele (construído ele próprio como prática-procura de um compromisso de unidade, com modos de vinculação-vigência institucionalmente inconfundíveis), «pré-síntese de um interrogativo sentido concreto» este (construído como um irredutível tratamento do *novo,* mas nem por isso menos capaz de, ao assimilar o *tertium comparationis* de um *ius suum cuique tribuere*, converter o desafio da singularidade irrepetível num *concret*o judicativo-analogicamente comparável.[382]

O *realizador do direito lato sensu* (advogados, defensores públicos, promotores de justiça, serventuários da justiça e juízes) assume, no horizonte da constituição de sentido do sistema jurídico, papel fundamental e destacado não só para a consecução da justiça para o caso jurídico concreto, mas para a concretização do sentido do Direito atual (aquilo que compreendemos como o Direito hoje). Pensar o Direito hoje — a sua condição atual e aquilo que ele deve vir a ser — é, portanto, tarefa não só dos acadêmicos do Direito, mas é tarefa que compete a todos os *realizadores do Direito.* Academia e prática, sob essa orientação jurisprudencialista, não estão divorciadas ou poderão ser radicalmente separadas. Há uma imbricação constitutiva de tipo dialético entre Direito, *praxis* e *praxis* jurídica que, uma vez assumido, nos compele, a todos, a mergulhar no horizonte da teoria, da academia rigorosa, e da prática.

382 José Manuel Aroso LINHARES, *O binômio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, 138-139.

4. Desafios à educação jurídica

4.1 O ensino da teoria e o mergulho na prática

O processo ensino-aprendizagem não é linear, não é uniforme e não pode ser pensado como uma via de mão única em que a responsabilidade pelo seu sucesso ou insucesso está exclusivamente nas mãos do professor[383]. No entanto, o professor é um agente desse processo — ainda que as perspectivas pedagógicas mais atuais minimizem o seu protagonismo — e cabe a ele (re)pensar as suas práticas pedagógicas e a sua didática, de modo a facilitar a aprendizagem de seus alunos, absolutamente singulares e distintos uns dos outros. Essa provocação se hipertrofia a partir da proposta jurisprudencialista de realização do Direito, pois, conforme visto acima, no seio do jurisprudencialismo, «a ideia do direito é esta intenção axiologicamente totalizante, o direito é a histórica objectivação, sempre a constituir-se, dessa intenção»[384] e o modelo metódico de realização do Direito estrutura-se a partir de duas dimensões autônomas e igualmente problemáticas; as dimensões do sistema e do problema. O problema é assumido como o *prius* metodológico da realização prática do Direito.

A partir daí, cabe refletir sobre como tornar a sala de aula e os espaços de aprendizagem *lato sensu,* mais estimulantes e tendentes ao exercício de se pensar o Direito vivo, autônomo e constituendo à luz dos casos jurídicos. As aulas magistrais não devem ser afastadas por serem assumidas como inadequadas, mas outras possibilidades devem ser convocadas e testadas.

A prática pedagógica pode ser definida, segundo Altet[385], como os atos singulares de um profissional da educação e os significados que este último

---

383 Segundo Libâneo, o processo de ensino-aprendizagem é, fundamentalmente, um trabalho pedagógico no qual conjugam fatores externos (direção consciente e planejada proposta pela escola e pelo professor por meio da escolha e definição dos objetivos/conteúdos/métodos e formas de organização) e fatores internos (tais como as condições físicas, psíquicas e socioculturais dos alunos). A influência externa depende dos fatores internos. Neste sentido, José C. LIBÂNEO, *Didática*, São Paulo: Cortez, 1994, 14.

384 Castanheira NEVES, «O papel do jurista no nosso tempo», 41.

385 M. ALTET, «Une démarche de recherche sur la pratique enseignante: l´analyse plurielle». *Revue Française de Pédagogie* 138 (2002), *apud* Anderson A. OLIVEIRA, «O olhar da pesquisa em educação sobre a multidimensionalidade subjacente às práticas pedagógicas», *in* Ivani FAZENDA, org, *O que é interdisciplinaridade?*, 2.ª ed., São Paulo: Cortez, 2013, 59

lhes atribui. Não obstante, aquela extrapola os atos singulares realizados em ambiente de sala de aula para abarcar tudo o que o professor faz no horizonte da sua prática profissional — desde a planificação das atividades, aos encontros com os colegas de trabalho e com os pais de alunos — dentro ou fora do estabelecimento de ensino, na presença ou na ausência dos educandos.

Neste sentido, percebemos que a prática pedagógica é uma prática multidimensional no sentido em que é composta de várias dimensões que interagem mutuamente para permitir ao professor adaptar-se à situação profissional e gerir, conjuntamente com os alunos, as aprendizagens destes e a conduta da classe.[386]

No horizonte das práticas pedagógicas, podemos distinguir distintas perspectivas ou dimensões[387]. Tendo em vista os nossos objetivos estritos, limitar-nos-emos à dimensão didática, mas alertas de que a prática pedagógica é multidimensional.

A didática é o principal ramo de estudos da pedagogia[388]. Àquela cabe investigar os *fundamentos*, as *condições* e os *modos* de realização da instrução e do ensino. Ela pode ser compreendida como uma disciplina-ponte entre as bases teórico-científicas (objetivos sociopolíticos e pedagógicos que orientam referencialmente o ensino e a aprendizagem) e as propostas do ensino. Cabe a ela, converter aqueles objetivos sociopolíticos pedagógicos da educação e da escola em objetivos de ensino que deverão ser assumidos como referentes para a seleção de conteúdos e métodos; estabelecer concretamente, portanto, os vínculos entre ensino e aprendizagem.

Não obstante a importância reconhecida à didática na educação infantil, no ensino fundamental e no ensino médio; ela não galga a mesma notoriedade no horizonte da educação superior jurídica. Neste âmbito, para muitos, as aulas expositivas ou classes magistrais são perspectivadas como sinônimo de didática jurídica. No entanto, a missão de ensinar, nos tempos atuais, demanda muito mais do que o domínio atualizado da matéria a ser apresentada sob a forma de um monólogo lógico-conceitualmente estruturado em que, do

386 Anderson A. OLIVEIRA, «O olhar da pesquisa em educação sobre a multidimensionalidade subjacente às práticas pedagógicas», 59.

387 Segundo Oliveira, a prática pedagógica pode ser analisada e organizada segundo três perspectivas: perspectiva socioeducativa contextual está ligada ao contexto mais amplo e independente da vontade do professor, mas que exerce influência direta sobre as práticas pedagógicas; perspectiva socioeducativa, ao quadro de referências do professor: visão da escola e de suas finalidades (dimensão curricular), visão do ensino e da aprendizagem (dimensão socioafetiva e histórica), visão do saber (dimensão epistemológica) e a perspectiva operacional. Esta última refere-se ao quadro de referência na escola e na classe (dimensão didática, psicopedagógica, mediadora e organizacional). Neste sentido, Anderson A. OLIVEIRA, «O olhar da pesquisa em educação sobre a multidimensionalidade subjacente às práticas pedagógicas», 61-62.

388 Neste sentido, José C. LIBÂNEO, *Didática*, 14.

outro lado, estão os alunos que permanecem apáticos e fundamentalmente receptivos. Se o Direito é vivo, aberto e constituendo, é desejável que os alunos deixem de ocupar uma posição fundamentalmente passiva no ambiente de aprendizagem.

A literatura, por exemplo, pode ser mobilizada para a construção de um espaço de aprendizagem mais criativo e ativo. Ao lermos uma obra literária, de qualquer gênero, imaginamos e podemos, com Nussbaum, experienciar as emoções das personagens como espectadores judiciosos[389], ou seja, não vivenciamos emoções à flor da pele, como os personagens da trama, nem estamos completamente alheios ao drama das partes, mas podemos experienciar emoções como terceiros interessados no destino das personagens, como um amigo preocupado[390]. Pelo menos, a experiência da leitura de uma obra literária que suscite a discussão de um tema/instituto jurídico/questão jurídica é uma oportunidade para discutir, de modo estruturalmente mais aberto, o Direito e o seu sentido atual.

Por permitir ser trabalhada nos níveis narrativo e discursivo, a leitura é essencialmente mais aberta. Uma analogia luminosa, para se pensar as possibilidades significativas e pedagógicas de um texto literário, é pensá-lo como um apartamento com poucos móveis. Um texto jurídico poderia ser metaforicamente assemelhado a um apartamento com muitos móveis, com pouco espaço para novos itens. Já um texto literário, poderia ser assemelhado a um apartamento mais vazio; um espaço potencialmente prenhe de possibilidades para o leitor, que tem mais liberdade para colocar-se no texto, significá-lo e, por meio dele, refletir sobre o mundo ao seu redor.

À guisa dessa reflexão, o que diz a obra *O sol é para todos*, de Harper Lee[391], exemplarmente? No nível narrativo, ela se passa em Maycombe, Alabama, Estados Unidos da América, e é narrada em primeira pessoa por Scout, filha mais nova do experiente advogado Atticus Finch. Na segunda parte da obra, o foco é a falsa acusação contra um homem negro chamado Tom Robinson, acusado de violentar uma jovem branca, e defendido pelo advogado designado pelo juiz Taylor, Atticus Finch. Este é, brevemente, o enredo da obra. No entanto, a pergunta persiste, sobre o que diz a obra?

---

389 Martha NUSSBAUM, *Poetic Justice: the literary imagination and public life*, Boston: Breacon Press, 1995, 72.

390 A relação que se estabelece entre o espectador judicioso e as partes envolvidas na situação-problema sob análise ultrapassa a simples empatia. Segundo Nussbaum, o espectador judicioso se interessa pelos participantes como um amigo preocupado. Martha NUSSBAUM, *Poetic Justice,* 73.

391 Harper LEE, *O sol é para todos,* São Paulo: José Olympio, 2006.

Já no nível discursivo, o enredo da obra *O sol é para todos* permite aos sujeitos envolvidos — professor/alunos — discutirem o racismo estrutural e suas implicações jurídicas, avaliarem o comportamento de alguns moradores de Maycomb e questionarem, transcendendo a realidade nua, sobre os seus fundamentos e os seus porquês que alicerçam atos de racismo na contemporaneidade, refletir criticamente sobre como o Direito tem atuado e como ele poderia/deveria atuar de modo a contribuir para a construção de uma sociedade menos racista; refletir criticamente sobre as relações entre justiça e Direito, etc. O trabalho com essa obra é um exemplo de como as práticas pedagógicas dos cursos de Direito podem romper com o modelo cristalizado de ensino acadêmico e favorecer uma aprendizagem mais significativa, ou seja, o ensino da teoria e o mergulho na prática.

Em outras palavras, a aproximação entre Direito e literatura pode ser bastante promissora no horizonte da educação jurídica. Segundo Reichman, exemplarmente, a literatura deveria ser convocada como uma ferramenta para bem julgar *lato sensu* e, especificamente, para o julgamento prático/decisões práticas realizadas cotidianamente pelos profissionais do Direito, sejam eles juízes, advogados, promotores, etc.[392] Segundo o autor, a literatura não torna o profissional do Direito mais empático, na guisa de Nussbaum, mas ensina uma pessoa a conter ou a adiar o julgamento, o que tornaria a sua decisão mais tendente ao acerto, porque fruto de um processo mais profundo de reflexão[393]. Todos nós, independentemente de nossas profissões, necessitamos fazer escolhas a todo o momento. Como seres humanos que compartilham um espaço comum, não podemos simplesmente nos abster de decidir e de tomar decisões. A leitura de um livro ou, *lato sensu*, de literatura não especializada[394], sustenta o autor, permite-nos experimentar um modo diferente de julgamento[395]. Ao nos colocarmos a ler um livro, situamo-nos no

[392] «Reichman discusses the benefits of literature for legal pedagogy, in particular how it teaches law students to "judge". Judgment, after all, is hardly the exclusive province of judges--lawyers, indeed, all humans, make judgments every day.» Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, 13.

[393] «Reichman, modifying Nussbaum›s position in her book, suggests that the benefit of literature as a learning tool is not that it makes readers judge empathetically; rather literature teaches one to withhold judgment so that when judgment is ultimately rendered it is more profound and meaningful.» Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, 12-13.

[394] «In other words, reading a book, or rather, literature, requires a different mode of judging than reading law. In this "literary mode", the reader suspends judgment until the text is finished.» Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, 14.

[395] «Reichman's claims that "within these boundaries, the plot (the facts), characters, and language can all exist and develop without being subject to the kind of judgment exercised in other disciplines, such as law.» Katie Rose Guest PRYAL, *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*, 14.

alcunhado «modo literário» de suspensão do julgamento até que findemos o livro. Até ao final da leitura não estaremos aptos a nos posicionar (ou a julgar) sobre a obra ou sobre a personalidade de suas personagens, por exemplo. O julgamento definitivo, que será o resultado da reflexão cuidada de todas as *nuances* que envolvem a trama e suas personagens, só será possível após a leitura de toda a obra.

No horizonte do jurisprudencialismo, cabe ressaltar, não é correto compreender a realização prática do Direito como um problema de índole nomeadamente hermenêutica. Segundo esclarece Castanheira Neves, o problema da realização prática do Direito é normativo[396]. A aproximação entre Direito e literatura sugerida supra, portanto, não está sustentada na ideia de que aquele deveria se aproximar desta porque o problema do Direito se resolveria por meio da teoria literária ou das ferramentas disponíveis no horizonte da literatura. O que se propõe aqui é absolutamente mais simples e não vai de encontro a um dos pilares da proposta jurisprudencialista, enunciado supra, de que o problema da realização prática do Direito é, nomeadamente, normativo. À guisa de Castanheira Neves, convoca-se a literatura como um espaço prenhe de possibilidades devido à sua estrutura. Toda a experiência artística, o que inclui a literatura, não se resume a assimilar algo previamente dado, à apreensão de um objeto. Há, na experiência artística, a atuação do elemento pático, do *pathos*. Não há, portanto, passividade na experiência artístico-literária e, para além disso, ela é um solo fértil para se discutir problemas/questões culturais, políticas, jurídicas e mundanais. O educando em Direito deve ser estimulado a pensar o Direito vivo e a compreender o seu lugar no processo de constituição do Direito. Atticus Finch não conseguiu mudar o destino de Tom Robinson, mas tentou, de modo comprometido, sem descanso. Poderia ter se recusado o caso, poderia ter desempenhado o seu papel com comedido afastamento e pouco empenho — haja vista ser um caso perdido desde o seu início —, mas decidiu atuar com coragem, determinação e paixão. Um bom profissional do Direito não mudará, sozinho, o Direito hoje e nem o seu sentido, mas poderá, por meio do seu trabalho, fazer o melhor possível e, assim, lançar uma centelha de transformação que poderá, talvez, transformar

[396] «E então o objecto da interpretação não será o texto das normas jurídicas, enquanto a expressão ou o *corpus* de uma significação a compreender e a analisar, mas a normatividade que essas normas, como critérios jurídicos, constituem e possam oferecer. Se distinguirmos na norma a sua expressão significante (dimensão fenomenológica e cultural) da sua normatividade (dimensão intencional e jurídica) e que a faz ser *norma*, podemos dizer que a interpretação jurídica não visa à expressão da norma, mas à norma da norma.», Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 143.

o estrato da jurisprudência. Assim como um pesquisador incansável poderá contribuir para a transformação do estrato da doutrina, etc.

A atuação de todos os profissionais do Direito, sejam eles serventuários, advogados, juízes, professores-pesquisadores, promotores, entre outros, é importante porque o Direito, como vimos, não se resume à normatividade estabilizada, mas é vivo e deve ser pensado para além do horizonte do sistema jurídico. Sistema e problema permanecem nessa infindável relação dialética dinâmica que não se movimenta sozinha, mas é impulsionada por casos concretos jurídicos (segundo uma determinada intencionalidade problemática), por pessoas, ao fim e ao cabo, com rosto, e a literatura lhes abre o espaço para falarem sobre suas esperanças, fracassos e luta e, para os seus leitores, oferece a possibilidade de ouvi-los e, talvez, cause aquele gênero de incômodo que transforma algo em nós, que nos responsabiliza e nos põe em marcha.

Considerações finais

Cabe, portanto, retomar a pergunta que nos desafiou até aqui: A educação jurídica, no Brasil, prepara, efetivamente, os educandos em Direito para os desafios da realização prática do Direito, segundo as provocações suscitadas pela proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves? Não há uma resposta única, pois há distintas instituições de ensino no Brasil, mais ou menos comprometidas com o estudo da teoria e o mergulho na prática, a fim de promover reflexões acerca do Direito vivo, em sua totalidade integrante, que não se satisfaz somente por meio do estudo da normatividade estabilizada.

No entanto, conforme vimos, este movimento que temos testemunhado de se pensar a educação jurídica, segundo o viés econômico, transformando-a em um negócio que, como todo empreendimento, visa ao lucro, não é auspicioso. Para além, persiste no senso comum jurídico brasileiro uma herança kelseniana que compreende que o Direito é norma — e, portanto, o ensino do Direito deveria se restringir ao estudo das normas — e que a didática jurídica se restringiria às classes magistrais ou às aulas expositivas, no máximo, dialogais. Por que aulas mais criativas, em que poderiam ser propostas leituras de obras literárias, por exemplo, se o que importa é decorar o texto de lei, as doutrinas e a jurisprudência? Para que refletir criticamente sobre o fenômeno jurídico se o sistema jurídico se resume às suas normas? Sob a

perspectiva estrita de que o Direito é norma, por exemplo, não faz sentido insistir na imaginação literária ou se falar em estímulo à criatividade. No entanto, procede falar sobre essas questões à luz da proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves, pelo menos, segundo a leitura que aqui se propõe.

Se o Direito é vivo, se é processo inacabado — assim como são as pessoas (!) —, que se realiza no horizonte de uma certa experiência histórico-cultural-jurídico-mundanal, segundo uma determinada intencionalidade problemática, faz sentido, portanto, pensar em didáticas e práticas pedagógicas *lato sensu* que estimulem este olhar acerca do Direito, relevando a pluralidade radical dos acadêmicos em Direito. Por tudo isso, é tão importante a publicação de uma coletânea que visa propagar as ideias de Castanheira Neves, pois ela poderá ter o condão de provocar alterações, desde a maneira como se compreende o Direito e os seus desafios para os profissionais do Direito, até o modo como se tem pensado a educação jurídica no Brasil.

À luz do jurisprudencialismo, como vimos, o Direito é assumido como um problema. Sistema e problema são, ambos, compreendidos como abertos e em processo de constituição no seio de uma certa experiência civilizatório-mundanal, e os profissionais do Direito podem se empoderar conscientemente desse papel ou se esconder atrás das normas e da normatividade estabilizada. Caberá à educação jurídica estimular essa segunda postura mais alinhada, inclusive, com as exigências de um estado democrático de Direito.

Referências bibliográficas

ADAID, Felipe Alves Pereira — *Análise comparativa das tendências teóricas sobre o ensino jurídico no Brasil de 2004 a 2014*. PUC-Campinas. Campinas, 2015. Dissertação em Educação.

CERQUEIRA, Daniel Torres de *et al.*, org., — *180 anos de ensino jurídico no Brasil*. Campinas: Millennium, 2008. ISBN: 9788576251316

DWORKIN, R. — *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ISBN: 9788533621114

LEE, Harper — *O sol é para todos*. São Paulo: José Olympio, 2006. ISBN: 9788503012645

LIBÂNEO, José C. — *Didática*. São Paulo: Cortez, 1994. ISBN: 9788524902987

LINHARES, José Manuel Aroso — *O binômio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?* Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013. ISBN: 9789892614601

NEVES, António Castanheira — *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN: 9789723206302

O papel do jurista no nosso tempo. *In Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Vol. 1. ISBN: 9789723206753

NUSSBAUM, Martha — *Poetic Justice: the literary imagination and public life*. Boston: Breacon Press, 1995. ISBN: 9780807041093

OLIVEIRA, Anderson A. — O olhar da pesquisa em educação sobre a multidimensionalidade subjacente às práticas pedagógicas. *In* Ivani FAZENDA, org., *O que é interdisciplinaridade?*. São Paulo: Cortez, 2013. ISBN: 9788524914089

PRYAL, Katie R. G. — *Law, literature, and interdisciplinary copia: a response to skeptics*. SSRN, 2011. [Acedido a 15 de out. de 2020] Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1479270

QUADRO DE ADVOGADOS — [Acedido a 15 de out. de 2020]. Disponível em: https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados

5. Juízo probatório e analogia

Judicial evidential reasoning and analogy

Marcelo Paiva dos Santos
Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico

Abstract: This article seeks to analyze the relationship between the judicial evidential reasoning and the role of analogy in the legal decision-making process. This theme is highlighted mainly because of the arrest of former President Luis Inácio Lula da Silva and the evidential model adopted in the respective criminal process. This article attempts to show, in historical-evolutionary terms, how the evolution of the notion of process in the European-Western context came to be used as a reference for the assumption of a given concept of evidence. The reconstruction of this historical-evolutionary path is intended to demonstrate that the modern conception of evidence can bring serious damage to the criminal prosecution of white collarwhite-collar crimes. To this end, this article analyzes the asymmetric and isonomic models of order in the judicial evidential reasoning, aiming to show the virtues and weaknesses of each of the referred models and the reasons why they have historically developed. It also seeks to identify the vestiges of the modern concept of evidence in Fritz Sander's thinking as well as the weaknesses of this concept. In addition, based on Vico's thinking, it aims to demonstrate the advantages of a hybrid model, which, despite being fundamentally based on an isonomic model of order, does not completely distance itself from the asymmetric model, especially when it comes to elucidating white collar crimes.

Keywords: Castanheira Neves — Conceptions of juridicity — Rationality — Intentionality — Law's autonomy — Jurisprudentialism

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_13

1. Introdução

Não só em terreno nacional, mas também no restante continente sul-americano, tem-se verificado o aumento da polarização *direita* e *esquerda*. Especificamente no Brasil, tal polarização tem-se extremado, sobretudo em decorrência do momento ímpar da história nacional no combate à corrupção no meio político. Eventos como a prisão do ex-presidente Lula, além de potencializarem este fenômeno, evidenciam o papel dos juristas, já que é na arena jurídica que tais casos são, em última instância, decididos.

Uma das maiores discussões polarizadora desses extremismos radica na qualidade técnica da decisão judicial que levou à prisão o ex-presidente Lula,[397] mormente quanto ao conjunto probatório que serviu de base para a incriminação. Na primeira instância judicial, notabilizou-se a sentença condenatória proferida pelo juiz Sérgio Moro na *Operação Lava Jato*, que redundou na prisão do ex-presidente Lula, após a confirmação da decisão pela 8.ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região[398] — TRF4. Um dos principais argumentos convocados pelos críticos do decreto condenatório é que não teriam sido angariadas provas *objetivas* e *contundentes* que o fundamentassem. Para os adeptos dessa corrente não ficou *demonstrado* que a compra e a reforma de um apartamento no Guarujá, litoral paulista, por uma grande construtora brasileira, teria sido, na verdade, o pagamento de benefícios ilícitos em prol do ex-presidente Lula e da sua já finada esposa, D. Marisa Letícia. A condenação, portanto, não teria se pautado em provas suficientes.

Tal contexto problemático é que serviu de inspiração às reflexões que, originariamente, haviam surgido de diálogos tidos com o querido amigo Fernando Cáceres,[399] sobre as relações entre «juízo judicativo-decisório e a «processualidade" do Direito».[400] Espera-se que a presente reflexão não

[397] Ação penal n.º 5063130-17.2016.4.04.7000/PR, que tramitou junto à 13.ª Vara Federal da Justiça Federal em Curitiba/PR, sendo juiz titular Sérgio Fernando Moro.

[398] Apelação criminal n.º 5046512-94.2016.4.04.7000/PR interposta perante o Tribunal Regional Federal da 4.ª região e julgada pela 8.ª Turma.

[399] Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

[400] A expressão *juízo-judicativo-decisório* utilizada ao longo do texto baseia-se na concepção jurisprudencialista do Direito, de António Castanheira Neves. Na referida concepção, o *juízo-judicativo-decisório* seria compreendido como aquele «*juízo* (juízo poiético) chamado a constituir o normativo-racionalmente fundamentado conteúdo da decisão concreta, enquanto mediação normativo-jurídica entre o sistema jurídico (a normatividade do sistema jurídico) e o problemático caso jurídico concreto. *Juízo* que, neste sentido, se diferencia tanto da *aplicação* própria do

frustre o fascínio gerado no Fernando pelo contato com a Escola Justeorética de Viena, que redundou em monografia por ele apresentada no ano de 2016, junto ao Curso de Mestrado em *Fundamentos do Direito Alemão* da Faculdade de Direito da Universidade de Munique.[401]

Com efeito, uma das funções do pensamento jurídico, especificamente em seu viés acadêmico, é o exercício reflexivo capaz de fornecer argumentos que possam ser úteis à resolução prática de casos concretos. Trata-se daquele esforço de superação inicial que possibilita a reconstrução da base dialogal entre teoria e *praxis,* tarefa que só se perfaz a partir da tomada de consciência da própria função de *vigilância crítica* da teoria.[402] É na busca do exercício de tal *função de vigilância crítica* da teoria e à luz do caso do ex-presidente Lula — no contexto dos *crimes do colarinho branco* —, que se coloca o presente texto.[403]

Assim, a partir da Escola de Coimbra — em especial do jurisprudencialismo de Castanheira Neves[404] — e dos processualistas italianos, em mais um exercício de retorno a Vico, tentar-se-á mostrar os riscos que a assunção da noção moderna de *processo* — e, consequentemente, do modelo probatório assumido por tal concepção — pode trazer para o adequado deslinde aos delitos da referida natureza.

---

normativismo, como da *decisão* específica do funcionalismo material, e confere à decisão jurídica concreta a índole de uma *decisão judicativa*.» Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares de teoria do direito. (Sumários e textos),* Coimbra, 1999, 51-52.

401 Faz-se referência, na referida monografia, da correlação dos conceitos de processualidade e de autonomia do Direito, às formulações originais de Fritz Sander sobre a relação entre o «direito» (concebido como processo/procedimento) e a «ciência (pura) do direito» (que seria uma ciência processual). Para tanto, ver: Fernando CÁCERES, *Rechtsprozessualität und Eigengesetzlichkeit des Rechts. Der Begriff «Rechtsverfahren»* in der *ersten Phase des Werks von Fritz Sander. (1915-1925)*, Munique, 2016. Texto gentilmente cedido pelo autor. A análise dos textos de Sander, seja no original em alemão, seja nas traduções italianas, mostraram que o mesmo valeu-se de um sentido mais alargado quando utilizou a palavra *procedimentalidade* em relação à *processualidade*, pois a própria noção de *processo*, no sentido de *processo civil* ou *processo penal*, como se verificará, se constituiriam apenas uma parcela daquilo que Sander entendia como a *procedimentalidade do Direito*.

402 Martin KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlim: Duncker & Humblot, 1967, 39.

403 Alertando, também, para o problema das relações entre *juízo* e *prova* e as dificuldades decorrentes da pesquisa, aquisição e valoração probatórias nos processos que envolvem a criminalidade organizada, ver: Baldassare PASTORE, *Giudizio prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996, X.

404 Para a compreensão da proposta *jurisprudencialista*, ver: Castanheira NEVES, «O "Jurisprudencialismo" — Proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», *in* Nuno M. M. Santos COELHO / Antonio Sá da SILVA, orgs., *Teoria do direito. Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Salvador: Faculdade Baiana de Direito/Editora Jus Podivm, 2012, 09-79.

1.2 O pano de fundo privilegiado do realizar-se do Direito para a análise das relações entre juízo judicativo-decisório, processo e modelo probatório

Se, em termos metodológicos, a realização do Direito se manifesta como o «acto judicativamente decisório»[405], convocante de uma racionalidade referida a uma «decisório-normativa mediação constitutiva»[406], é porque a performatividade do Direito, ainda que não esgote a sua compreensão, caracteriza o seu momento de epifania. Daí porque Castanheira Neves invocar as conhecidas palavras de Jhering a respeito[407]:

> El derecho existe para realizarse. La realizacion es la vida, y la verdade del derecho es el derecho en sí mismo. Lo que no sucede nunca en la realidade, lo que no existe más que en las leyes y sobre el papel, es sólo un fantasma de derecho, meras palabras y nada más. Por el contrario, lo que se realiza como derecho es derecho, aun cuando no se encuentre escrito en las leyes, ni el pueblo y la ciencia hayan adquirido aún conocimiento de ello. [408]

E é justamente a *realização do Direito* aquela «atividade institucional e os actos pelos quais se decidem normativo-juridicamente questões jurídicas concretas — "casos" jurídicos»[409], que permite uma melhor apreensão do papel do *juízo* especificamente *jurídico*, do *juízo judicativo-decisório*.[410] Uma primeira nota, porém, que deve ser acentuada diz respeito às implicações que a realização prática do Direito lhe impõe. Nesse sentido, pode-se dizer

405 Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica. I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 12.

406 Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica. I*, 06.

407 Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica. I*, 12.

408 Rudolf von IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarollo*. 2.ª ed., trad. de Enrique Príncipe y Satorres, revisión de José Luis Monereo Pérez., Granada: Editorial Comares, 2011, tomo III, sección 2.ª, 425.

409 Castanheira NEVES, «O actual problema metodológico da realização do direito», *in* Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros,* vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 249.

410 Entendendo-se o *juízo jurídico* como aquela *manifestação exemplar do judicar/ajuizar humano*. Nesse sentido, ver: Baldassare PASTORE, Giudizio, IX.

que três são os vieses implicativos do Direito pela sua realização, de onde derivam três consequentes *momentos*:

> 1) O direito enquanto a *intencionalidade a cumprir* concretamente mediante a sua realização — [entendida essa intencionalidade como uma *axiológica normatividade*] […] [*momento filosófico*]
>
> 2) O direito enquanto *espaço institucional da decisão* — espaço legitimado e demarcado constitucionalmente, definido por um estatuto orgânico e jurisdicionalizado por um processo. [*momento político*]
>
> 3) O Direito enquanto *o fundamento e o critério* do juízo ou da decisão em que se consubstancia a sua realização — «fundamento» no sentido de elemento racionalmente concludente num discurso problematicamente judicativo, «critério» no sentido de um operador técnico que pré-esquematiza a solução. O Direito, portanto, enquanto o conteúdo intencionalmente fundamentante do *juízo* ou o critério justificativo da *decisão*. [*momento metodológico*][411]

Pode-se dizer que serão dois dos referidos *momentos*, o *político* e o *metodológico*, que ganharão uma primazia analítica para os fins do presente estudo.

Será no *momento metodológico* que o *juízo judicativo-decisório* — entendido enquanto o *objeto intencional* da metodologia jurídica — se perfará, valendo-se de uma específica racionalidade que se operacionaliza, preponderantemente, por um raciocínio de tipo analógico.

De outro lado, a reflexão recairá sobre o *momento político*, entendido naquela sua função de «delimitação-*contrôle*» das decisões. Isto porque, para além de vinculantes, essas decisões também são manifestações de um *poder*, demandando, por isso, o papel do princípio da separação dos poderes conjuntamente com a institucionalização orgânica e a jurisdicionalização processual.[412] A atenção a esse *momento político* se voltará ao papel que o *processo* desempenha na realização do Direito.

---

411 Castanheira NEVES, «O actual problema metodológico da realização», 251-252. Para os três *momentos* citados: *ibidem*, 252.

412 Castanheira NEVES, «O actual problema metodológico da realização», 251-252.

Ambos os momentos, o *metodológico* e o *político*, contudo, não permitem uma qualquer desconsideração do *momento filosófico*, pois estruturar mentalmente *juízos judicativo-decisórios* é pôr em marcha a racionalização judicativo-decisória da normatividade jurídica vigente, ou seja, é convocar a específica intencionalidade axiológico-normativa do Direito a ser cumprida.

É justamente a reflexão crítica sobre o *juízo judicativo-decisório* que permite melhor perceber as profundas imbricações entre o *processo* e o *juízo* e, consequentemente, a *prova*, ao ponto de se poder dizer que o *processo* não seria outra coisa que *juízo* e *formação de juízo*[413] e que a *prova* seria a alma do *juízo*,[414] ou ainda, que *juízo* e *processo* seriam conaturais.[415]

Nesse sentido, há que se convocar uma analítica crítica sobre a própria evolução da noção de *processo* para se perceber como a alteração da compreensão acerca desse instituto passou a servir de anteparo a uma dada concepção da *prova* que, especialmente em matéria jurídico-criminal, pode levar a flagrantes equívocos. É justamente nesse ponto que se perceberá a relação das discussões sobre *prova* — ensejadas pelo processo criminal que redundou na prisão do ex-presidente Lula — e a problemática do *juízo judicativo-decisório* e da *processualidade do Direito*.[416] Nesse sentido, o primeiro passo será a análise do percurso histórico identificado entre a ideia de *processus iudicium* e a noção moderna de *processo*.[417]

---

413 Salvatore SATTA, *Il mistero del processo*, 9.ª ed., Milão: Adelphi Edizioni, 2017, 24.

414 Giuseppe CHIOVENDA, «Romanismo y germanismo en el processo civil», trad. de Roberto L. Mantilla Molina, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* 16-17 (1943) 521. <http://biblio.juridicas.unam.mx>. As *provas*, enquanto garantias aptas a inserir elementos de convalidação na comunicação intersubjetiva e, portanto, para a porção de experiência que é trazida à atenção do juiz, constituem um aspecto essencial e, assim, ineludível do *juízo*. Tomando-se em consideração o papel que que a informação acurada, pertinente e imparcial desenvolve no juízo a fim de fundamentar a conclusão, torna-se legítimo instituir um nexo entre atividade judicativa e prova. A prova, desta forma, constituiria um meio para remediar a transitoriedade do juízo, corrigindo as influências subjetivas e os pré-juízos. Para tanto, ver: Baldassare PASTORE, *Giudizio*, IX e 09.

415 Giuseppe CAPOGRASSI, «Giudizio, processo, scienza, verità», *in Opere*, vol. V, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, 71.

416 Daí Giuseppe Capograssi, na esteira da *ciência moderna do direito processual* e analisando as relações entre juízo, processo, ciência e verdade, falar daquele *nexo orgânico e vital* que o *judicar* tem com o *processo*. A *construção do processo* se *organizaria* e *viveria* entorno daquele *núcleo vital*, que seria o *judicar*. Para tanto, ver: Giuseppe CAPOGRASSI, «Giudizio, processo, scienza, verità», 70.

417 Não se podendo esquecer do alerta de Knut Wolfgang Nörr de que o *direito processual doutrinal ou científico* era somente uma parcela do *gemeines Recht*. Tal *direito processual doutrinal ou científico* pode ser também chamado de *direito processual doutrinal ou comum*. Para tanto, ver: Wolfgang Knut NÖRR, «Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale», *Rivista di Diritto Processuale* LIX (Seconda Seria) 1 (2004) 01.

2. DO *PROCESSUS IUDICII* AO *PROCESSO*[418]

A percepção de Salvatore Satta sobre as relações entre o Direito e o fenômeno processual, nos idos dos anos cinquenta do século passado, já alertava para os perigos que a compreensão distorcida da noção de *processo*, baseada em uma específica e exclusiva noção de *ordem*, traria para a própria concepção da *prova*.

Na modernidade, a natural divisão que o *processo* gera entre o Direito e a sua tutela teria se degenerado em uma dissociação entre Direito e *processo*, de um modo tal que o *processo* não existiria mais em função do Direito, mas, sim, o contrário.[419]

No entanto, no período que antecedeu a concepção moderna do *processo*, esse era entendido como *juízo* e *formação de juízo* — daí porque *processus judicii* era a antiga fórmula.[420] Desta forma, *juízo*, *formação de juízo* e *processo* seriam noções intrinsecamente análogas.

Já para a noção moderna de *processo*, pode-se dizer que o mesmo não se constituiu num fenômeno unitário e homogêneo. A aquisição do conhecimento através do *juízo* pressuporia a categoria da *ordem*.[421] No sentido aristotélico, tudo aquilo que ofereceria uma certa *ordine* — *taxis* — seria mais facilmente recordável, a exemplo do que ocorreria na Matemática. Sem *ordem* não seria possível um conhecimento correto, como revelado pelas formas pré-lógicas da razão humana, ligadas aos mecanismos psicológicos da memória e da recordação. Tal conceito de *ordem* se relacionaria com outros, como aqueles de *prova*, de *relevância* e de *probabilidade*. A *ordem* permitiria selecionar, dentre inúmeras informações, aquelas que seriam relevantes e que, portanto,

---

418 Adotar-se-á a sistematização histórico-evolutiva dos períodos e respectivas *nuances* que a noção de *processo* foi angariando ao longo do tempo efetuada por Nicola Picardi, desde: Nicola PICARDI, «Processo civile (dir. moderno)», *in Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Varese: Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, 101-117.

419 Salvatore SATTA, «Il mistero», *ibidem*. 62. Desde o texto «La tutela del diritto nel processo», *ibidem*, 61-80.

420 Salvatore SATTA, «Il mistero», 23-24. Desde o texto «Il mistero del processo», *ibidem*, 11-37.

421 Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius* medioevale. (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)», *Rivista di Diritto Processuale* XLIII (Seconda Serie) 3 (Luglio-Settembre, 1988) 598-599. Tal categoria da *ordem* seria um dos termos mais complexos do léxico filosófico da tradição ocidental. Citando Chaïm PERELMAN, «Logica», *in Enciclopedia del Novecento*, vol. III, 1979, 1053, Giuliani observa que o estudo dos argumentos em um discurso fazia parte, durante o Renascimento, dos problemas de método. Descartes o teria substituído com as regras do método inspiradas pelo raciocínio e pelas análises matemáticas. *Ibidem*, 599, nota 2).

constituiriam *prova*.[422] Na Idade Moderna, essa problemática da *ordem* foi atraída pelo raciocínio *more geometrico*, cujas técnicas foram a base da ideia de *Ordnung* aceite pelos teóricos do Direito Natural moderno.[423] A ideia de *ordem* seria condicionada pela solução dada à seguinte questão prévia: a autonomia da retórica diante da lógica, da razão prática diante da razão teórica e da prova argumentativa diante da prova demonstrativa.[424]

No entanto, opostas seriam as soluções oferecidas pela lógica e pela retórica ao problema do papel do *juízo* formado pelo juiz e pelas partes na controvérsia. Lógico-cientificamente falando, sem uma *ordem assimétrica* não seria possível uma discussão racional. O caráter de cientificidade privilegiaria as operações solitárias da mente do juiz sobre a base de um *cálculo* garantido pelo recurso ao dogmatismo da evidência. Em sentido contrário, a discussão dialética encontraria o seu pressuposto na divisão do conhecimento como remédio à falibilidade do *juízo*. Na *ordem isonômica*, portanto, a pretensão de substituição pelo juiz do próprio *juízo* àquele das partes seria ilógica e iníqua.[425] Desta forma, o *processo* teria sua base axiológica alterada na mesma medida em que a ideia de *ordem* variasse quanto a sua dependência direta da resposta ao questionamento prévio sobre a prevalência da retórica sobre a lógica ou vice-versa.[426]

Além disso, a ideia de *ordem* também é ligada à ideia de *comunidade*, havendo igualmente aqui uma questão prejudicial que radicaria tanto na *ordem da comunidade* quanto na *ordem entre a comunidade*. Em ambos os casos, a ideia de *ordem* no procedimento do conhecimento prefiguraria opostos modelos de comunidade.[427]

A *ordem isonômica* no raciocínio argumentativo conteria *in nuce* um modelo de ordem comunitária em uma situação de cooperação involuntária. Isso permitiria uma correta utilização das funções sociais pela razão humana.

---

422 Alessandro GIULIANI, «Prova», *in Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII, Varese: Dott. A. Giuffrè Editore, 1988, 519-520.

423 Alessandro GIULIANI, «Prova», 519, nota 2.

424 «Logica e retorica non sono in opposizione, ma complementari nella costruzione di questo concetto centrale della logica; senza ordine non è possibile non solo la dimostrazione, ma neppure l'argomentazione: la retorica, infatti può essere interpretata come logica delle relazioni in senso debole.» Alessandro GIULIANI, *L'ordo judiciarius*, 599. Para desenvolvimentos mais recentes entre as relações conflitivas entre *retórica* e *lógica*, ver: Alessandro GIULIANI, «Prova», 577 e ss.

425 Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 599-600.

426 Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 598.

427 Alessandro GIULIANI, «Il problema della comunità nella filosofia del diritto», *in* Gino Dalle FRATTE (a cura di), *La comunità tra cultura e scienza. Il concetto di comunità nelle scienze umane*, vol. 1, Roma: Armando Editore, 1993, 84.

De outro lado, a *ordem assimétrica*, ancorada nos postulados epistemológicos de uma filosofia da *evidência*, reenviaria às operações individuais de uma razão calculante. Aqui, a vontade do legislador racional seria a única norma de reconhecimento das regras sociais.[428]

Desta forma, se na concepção derivada do Direito Natural clássico se privilegiaria o momento da *ordem justa*, na concepção derivada do Direito Natural moderno seria o momento *organizatório* o privilegiado.

E se, como dito, a ideia de responsabilidade humana tem um papel proeminente na configuração das técnicas probatórias, não se pode esquecer que o juízo de responsabilidade na concepção clássica era conexo aos teoremas argumentativos de uma razão prática, que tinha constantemente presente o *erro*, a *ignorância*, a *falibilidade humana*.[429]

Se é certo que, na lógica ocidental, o *processo* constitui um persistente ponto de referência, não se pode esquecer da heterogeneidade das implicações lógicas e éticas dos diversos modelos. A história do *processo* é permeada pelo perene conflito entre retórica e lógica, que refletem as referidas concepções opostas de *ordem*, a *isonômica* e a *assimétrica*. Tais tipos de *ordens* estariam na base, respectivamente, do *ordo iudiciarius* e do *processus* no sentido moderno.

O uso de técnicas racionais no *processo* veio sinalizar, ao mesmo tempo, o ingresso da civilidade humana e o início da lógica, que passou a pressupor a crença na capacidade da razão humana de conhecer o passado, ou seja, a *verdade do fato* enquanto acontecimento histórico.[430]

A consciência da mutação do contexto cultural legitimaria a pesquisa de um diverso modo interpretativo na passagem do *iudicium* ao *processus*, que revelaria não uma continuidade, mas uma ruptura entre a concepção medieval e aquela continental moderna do processo. O ponto mais relevante da referida transição radicaria na passagem de uma concepção extraestatal a uma concepção estatal e publicista do processo. Houve uma substituição da expressão *iudicium* por *processus* e uma alteração semântica sobre esse último termo. Por todo o Direito comum *iudicium* foi uma palavra-chave da processualística. Se adotavam os títulos *iudicium* ou *ordo iudiciarius*.[431]

---

428 Alessandro GIULIANI, «Il problema della comunità nella filosofia del diritto», 84.

429 Alessandro GIULIANI, «Prova», 520, nota 6.

430 Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 600.

431 Nicola PICARDI, «Processo civile», 102. Knut Wolfgang Nörr alerta, no entanto, que o termo *processus* já aparecia em Inocêncio III, ainda em um momento no qual o *ordo iudiciarius* doutrinal tinha visto o seu primeiro ápice. Para tanto, ver: Knut Wolfgang NÖRR, «Alcuni momenti», 06.

Pode-se dizer que desde o século XIII, os canonistas começaram a utilizar também a expressão *processus*. A transformação do traslado em termo técnico-jurídico teria se iniciado com a doutrina canonista, que passou a empregar tal expressão nas locuções *processus iudicii* e *processus iudicialis*. Ao mesmo tempo, a palavra *iudicium* adquiriu um valor polissemântico. Dentre os quinze significados de *iudicium* um deles era o de *processus*, compreendido substancialmente como aquele *iter* para alcançar o *juízo*. A partir do retorno ao latim clássico, no século XV, *processus* passou a aparecer como um barbarismo da linguagem medieval e a sua conversão em termo técnico acabou sofrendo uma desaceleração, senão mesmo uma interrupção. Nos países da Europa Central, contudo, ainda se empregava a locução durante o século XVI e seguintes. Era a persistência do latim gótico. Na França, já no século XVI se começou a utilizar o termo *procedure*. Na Saxônia, apesar da recepção do processo romano-canônico, se delineava uma orientação própria, independente da doutrina jurídica italiana. A expressão *processus* passou a fazer parte, desde então, do jargão forense, sendo adotada numa acepção simplesmente pragmática. De resto, a elaboração sobre o processo alemão e, mais em geral, a processualística da Europa Central, era ainda substancialmente impregnada pelo método e pela cultura jurídica italiana.[432]

É desde o século XVII que se pode dizer ter operada a passagem da pré-história à história do instituto *processus*. Entre os séculos XVII e XVIII, tanto na Itália quanto nas áreas que se mantiveram ligadas à tradição jurídica italiana, o discurso processualístico continuou a se desenvolver substancialmente, enquanto *iudicium* e *ordo iudiciarius*, sendo as expressões adotadas, sejam como equivalentes, sejam ligadas a outras expressões como *stylus*, *ritus*, *praxis*, *practica* e *processus*. Além Alpes, a expressão *processus* tornou-se de uso comum ou mesmo prevalecente. Foram justamente os processualistas alemães, os chamados *practici* e *antiquarii*, que se apropriaram, definitivamente, de tal conceito, tornando-se a expressão *processus* o sinal distintivo de uma importante fase da processualística alemã.[433] A tradição historiográfica, contudo, tenderia a menosprezar tal nota, reduzindo-a a um papel puramente preparatório do mais notável pensamento jurídico do século XIX.[434]

---

[432] Nesse sentido: Nicola PICARDI, «Processo civile», 103-104.

[433] Nicola PICARDI, «Processo civile», 104-106. «Ci si riferisce a quella lunga, articolata e complessa elaborazione dottrinale che va dai giuristi dell "*usus modernus*" a quelli dell'età del giusnaturalismo.» *Ibidem*, 105.

[434] Nicola PICARDI, «Processo civile», 106.

Para além de um problema terminológico, a passagem do *iudicium* ao *processus* se configurou numa mutação radical no próprio modo de conceber o fenômeno processual. Se por um lado se centrava a atenção no *iudicium*, como na obra de Scaccia, por outro, dentre os equivalentes terminológicos da expressão *processus* não vem enumerado o *iudicium*, tal como ocorreu na obra de Althusius. Aqui, a emergência da noção de *processus* levou ao ocaso do *iudicium*, que acabou por cobrir somente um setor da experiência processual.[435] Tais visões distintas tinham em suas bases dois diversos tipos de lógica, ou seja, dois instrumentos de análise do fenômeno processual:[436] a dialética voltava-se ao *iudicium* e a lógica dos anos de 1600 voltava-se ao *processus*.

As referidas distinções entre o *ordo iudiciarius* e o *processus* também representaram diferenças importantes para a lógica probatória no plano da certeza moral. A relevância de tal implicação, portanto, não dizia respeito unicamente ao problema do *conhecimento*, ou seja, ao *problema da verdade,* mas também ao *problema da conduta humana* desde o dever de comunicar a verdade. Desta forma, geraram-se reflexos sobre os métodos de prova da verdade. O filósofo moral contrapunha-se à pretensão do lógico de monopolizar o problema da verdade. Era a contraposição da *verdade prática*[437] — peculiar da *doxa* — em relação à verdade teórica — peculiar da *episteme*.[438] No Direito Natural moderno, ao contrário, subentendia-se o tácito postulado da epistemologia moderna, segundo o qual a verdade seria uma só como a lógica. A implicação moral de tal postura monista foi a ideia da fratura entre a lógica e a ética. À obrigação de dizer a verdade correspondia o direito à informação do juiz.[439]

---

435 Para um detalhamento analítico comparativo entre as obras de Scaccia e Althusius: Nicola PICARDI, «Processo civile», 106-107.

436 Nicola PICARDI, «Processo civile», 107.

437 *Verdade prática* essa que era muito mais complexa em relação à verdade demonstrativa, pois enquanto relativa à situações conflituosas, não excluiria a responsabilidade da escolha. Para tanto: Alessandro GIULIANI, «Prova», 524.

438 Aroso Linhares também ressalta a *moderna consagração da episteme* verificável desde a concepção moderna da *prova* e a drástica redução dos tipos de racionalidade que essa consagração progressivamente foi impondo, afetando relevantes expressões do pensamento jurídico, constituindo-se, assim, num efetivo declínio de uma experiência autônoma da *praxis* e da *phronêsis*. Para tanto, ver: José Manuel Aroso LINHARES, «Evidence (or Proof?) as Law's Gaping Wound: A Persistent False Aporia?», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 88 (2012) 68.

439 Alessandro GIULIANI, «Prova», 522.

2.1 O contraponto «dialética e *iudicium*» *versus* «lógica dos anos de 1600 e *processus*».

Sigismondo Scaccia[440] (1564-1634), em seu *Tractatus de iudiciis,* sentiu a necessidade de invocar as obras lógicas de Aristóteles. Foi a partir da distinção aristotélica entre a *apodítica* — ciência demonstrativa e verdadeira — e a *dialética* — argumentação discursiva e provável — que Scaccia procurou mostrar que a *jurisprudentia* não seria uma *scientia*.

No silogismo apodítico ou científico, não somente se ligariam corretamente as premissas com uma conclusão, mas haveria que se partir, também, da premissa verdadeira para alcançar a conclusão verdadeira. O critério seria constituído pela verdade objetiva. As conclusões alcançadas seriam não somente lógicas, mas também verdadeiras. Esse seria o único silogismo que teria valor do ponto de vista da ciência.

Já no silogismo dialético, ter-se-iam como pontos de partida *opiniões*, configurando-se também *opiniões* os pontos de chegada. A dialética seria essencialmente a arte do diálogo, da discussão e da persuasão. A verdade atingível seria unicamente uma verdade provável, que poderia ser verdadeira ou falsa. O critério fundamental aqui seria constituído pela *opinião* e pelo *consenso*.[441]

A dialética permitiria raciocinar em um setor que, em certo sentido, seria intermediário entre o *certamente verdadeiro* — discurso apodítico —, onde seria possível conseguir raciocínios certos, rigorosos, demonstrativos, e o *certamente falso* — raciocínio sofístico. Este seria o método de indagação peculiar, seja da controvérsia judicial, seja dos problemas filosóficos. Os problemas seriam estruturalmente controversos no sentido de que não seria possível uma solução definitiva. Seriam o reflexo de inevitáveis e ineliminâveis aporias. Os seus procedimentos não seriam demonstrativos, mas argumentativos enquanto pressuporiam o diálogo, a colaboração das partes em uma situação de controvérsia, como existiria no processo.

Em termos aristotélicos, portanto, a dialética se desenvolveria através de interrogações. De outro lado, se demonstrasse, o dialético deveria renunciar às perguntas. A dialética, desta forma, ofereceria uma lógica da relevância em termos negativos, seria um catálogo de regras de exclusão para eliminar os erros na argumentação, ou seja, as falácias. Se não fosse possível determinar aquilo

[440] Desde a obra *Tractatus de iudiciis*, conforme citado por Nicola PICARDI, «Processo civile», 106, nota 30.

[441] Nicola PICARDI, «Processo civile», 107-108.

que fosse verdadeiro, haveria critérios de exclusão do falso. Todo o interesse gravitaria sobre o momento processual da perquirição ao invés da solução.[442]

Uma vez estando no âmbito daquelas coisas que mudariam, ao *iudicium* não poderia ser aplicado o silogismo científico, a lógica do verdadeiro-falso. Desde um ângulo tópico, seria compreensível, em razão das referidas características do raciocínio dialético, que o interesse dos processualistas da época fosse direto, sobretudo, ao procedimento probatório, considerado como um procedimento de perquirição conduzido em termos negativos, a partir de regras de exclusão, bem como ao estudo da patologia da argumentação, para descobrir os erros e o abuso.[443]

Nesse sentido, na experiência jurídica medieval, muito tempo antes de Scaccia, eram perceptíveis os primeiros sintomas do processo de corrupção e de formalização da tópica.[444] A subordinação da retórica à dialética, sobretudo depois do ano de 1250, exerceu uma influência negativa sobre a originária ideia do provável, que passou a assumir aspectos de objetividade, mesmo para o afirmar-se daquela concepção em termos de frequência e estatísticas, que era latente nos *Tópicos*.[445] Depois de 1250 decaiu, por diversas vias, a concepção da verdade provável que se contrapunha à verdade necessária.[446] O conceito medieval de *probabilidade*, por sua vez, não guardava quase que nenhuma relação com a noção moderna, que passou a ser compreendida em termos estatísticos e objetivos. Até então, a probabilidade aparecia ligada à *opinião*, ao *assentimento*. Havia certa identificação entre o provável e o contingente. Não só se reconhecia no pensamento medieval que um vasto campo do conhecimento era provável no sentido de que fugia a uma determinação científica, mas se empenhou na pesquisa dos limites e das técnicas da *ratio probabilis*. Neste setor é que seria possível o recurso à *prova*.[447] A ideia do provável, desta forma, aparecia ligada àquela da aprovação e da credibilidade.[448] Uma proposição provável não poderia ser expressa em termos de *verdade* e *falsidade*, mas admitiria vários graus de probabilidade, não restando excluída jamais

---

442 Alessandro GIULIANI, *Logica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, Varese: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, 16.

443 Nicola PICARDI, «Processo civile», 108.

444 Nicola PICARDI, «Processo civile», 108.

445 Alessandro GIULIANI, «Il concetto di prova», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, Varese: Dott. A. Giuffrè Editore, 1975, 117. «Una concezione del probabile in termini oggetivi è latente nei *Topici*, dato che il valore delle opinioni sembra dipendereda un criterio numerico.» *Ibidem*, 34, nota 31.

446 Alessandro GIULIANI, «Il concetto di prova», 107.

447 Alessandro GIULIANI, «Il concetto di prova», 115-116.

448 Alessandro GIULIANI, «Il concetto di prova», 116, nota 2.

a probabilidade contrária. A preferência de uma probabilidade em relação a outra se daria sempre tendo em conta um sistema de valores. A verdade provável, considerada enquanto o único grau de verdade possível nas coisas humanas, vinha em contraposição à verdade necessária: existia uma lógica do provável como uma lógica do necessário.[449]

Quanto à segunda relação — a lógica dos anos de 1600 e a noção de *processus* —, pode-se dizer que é em Johannes Althusius —– 1563-1638 — que se pode encontrar a gênese da ideia moderna de *processo*. Althusius indica as regras fundamentais, ditadas por Pierre de la Ramée — 1515-1572 —, enquanto os princípios lógicos diretivos da sua obra jurídica. Em tal altura, os lógicos se distinguiam entre aristotélicos e ramistas.[450] No referido contexto,

[449] Alessandro GIULIANI, «Il concetto di prova», 116.

[450] Particularmente importante para a contraposição entre aristotélicos e ramistas. Foi pela obra *Aristotelicae Animadversiones*, escrita no verão de 1543, que Pierre de la Ramée, no dizer de Aquilino Ribeiro, apresentou «libelo e análise, em que ousava condenar a doutrina peripatética como ridícula, inepta, bárbara e rotineira, e o autor como ímpio e desaforado sofista». — VI — De outro lado, surge a obra do português António de Gouveia, denominada *Em prol de Aristóteles. Contra as opiniões malévolas de Pierre de la Ramée*, escrita já no outono de 1543, onde o mesmo desfere duro golpe ao citado texto de Ramée. Gouveia, nas palavras de Aquilino Ribeiro, para além de apontar errada interpretação léxica de Ramée, refuta suas ideias, alcunhando-o de *sofista*, e apresenta uma ideia rápida, mas clara, do *Organon* de Aristóteles. — IX — Nas palavras de Gouveia a Ramée, «Para que não julgues que tão grande lhe é atribuída gratuitamente vou tentar explicar-te em breves palavras em que consiste a estrutura do *Organon* a fim de que compreendas duma vez para sempre que era impossível escrever sobre esta terceira parte da filosofia com tanto saber e exactidão ou com melhor instinto didáctico. Com efeito, pois que a lógica é uma espécie de serva e caudatária de todas as artes e ciências, às quais é de mérito falar ao sabor da verdade e não da opinião, aquele que pretender ocupar-se de métodos e sistemas *pro dignitate* tem a maior necessidade da *Apodixis*, que Quintiliano chama prova evidente, Cícero razão necessária, e nós simplesmente demonstração. E por isso, porque ela só dentre as formas da argumentação gera em nossos espíritos o verdadeiro conhecimento das coisas. Portanto, o primeiro requisito da lógica consiste em explicar qual é o processo da demonstração evidente. Agora como a opinião é caminho andado na investigação da verdade e do mesmo modo de uma probabilidade sob o ponto de vista da experiência, à lógica compete também averiguar do sistema de hipóteses conforme aos sentimentos e razões dos indivíduos. É a esta parte da lógica […] que Aristóteles dá o nome particular de dialéctica, nome que equivale à palavra latina *disputatrix*.» — 66-67 — Fazendo uma explicação da estrutura do *Organon* — 68 e ss. — à Ramée, Gouveia, explica que «Ora se nós reduzimos a matéria do Juízo dos Primeiros Analíticos porque neles se contém a maneira de construir o silogismo e as leis do raciocínio, como nos Segundos Aristóteles se ocupa apenas dos elementos da prova necessária, apodítica, como estás a entender, pois parte de premissas certas e juízos evidentes, o objeto destes livros é menos expor as regras do raciocínio do que mostrar qual deve ser o mecanismo da demonstração. A fim de que se compreenda bem o que acabo de referir, é preciso que se saiba que considero o juízo como fazendo parte da dialéctica. A distinção essencial das artes e das ciências está em que uma diz respeito à atividade mecânica, outra ao entendimento. Ensinam aquelas o que é o bem e o mal, estas o que é o verdadeiro e o falso. […] Ora se Aristóteles ensinou nos Primeiros Analíticos […] [a] forma de demonstração, havia de repeti-la nos Segundos? Agora se pretendes que nestes tratados é abordada a matéria do Juízo, pois que se ocupam da demonstração, prova evidente e necessária pela qual é julgada e reconhecida a verdade das coisas, garantia única do conceito de certeza, não só não contesto o que dizes, mas louvo a inteligência com que exerces reflexões tão inspiradas.» — 69-70 — Para o prefácio de Aquilino Ribeiro à sua tradução de *Em prol de Aristóteles*: Aquilino RIBEIRO. Prefácio à seguinte obra: António de GOUVEIA, *Em prol de Aristóteles*, trad. e prefácio de Aquilino Ribeiro, Lisboa: Livraria Bertrand, 1940, III-XIII. Para o texto de Gouveia: António de GOUVEIA, *Em prol de Aristóteles*, trad. e prefácio de Aquilino Ribeiro, Lisboa: Livraria Bertrand, 1940.

Ramée, na esteira de Rodolfo Agrícola — 1443-1485 —, representou a referência quanto à ruptura com a estrutura clássica que a lógica havia creditado a Aristóteles.[451] As circunstâncias justificadoras de tal movimento contra Aristóteles se fundaram no desenvolvimento da nova dialética em relação à problemática e à técnica do processo continental na sua segunda fase, com a consequente aceitação daqueles métodos que acabaram por determinar o ocaso das técnicas da *ratio probabilis* e a formulação do novo conceito de dialética. Esse novo conceito passou a impor soluções e modificações à teoria tópico-retórica do *status* e das *provas*, influenciando, decisivamente, sobre a concepção moderna do raciocínio do juiz como um silogismo. Teriam sido negligenciadas as ligações da nova dialética com as técnicas do processo. Nessa segunda fase do procedimento romano-canônico se assistiu a um progressivo e decisivo distanciamento das técnicas da *ratio probabilis*. Agrícola não desconsiderou as implicações lógicas de um raciocínio judicial que, na perquirição do fato, vinha se estruturando como um mecanismo técnico. A fixação fática se dava independentemente do respeito ao princípio do contraditório. O interesse era menor pelo procedimento da perquirição, pela lógica da investigação. Passou a se reconhecer ao mundo dos fatos uma autonomia completa. Quando se admite o fato como qualquer coisa de externo e objetivo, diminui-se o aspecto da contraditoriedade na perquirição, que no passado era essencial sob o influxo das teorias retóricas e dialéticas. Como consequência lógica, se o juiz deveria colocar como base da decisão o fato confessado, a *questão de fato* era completamente separada da *questão de direito*, que só era conhecida pelo juiz. Ademais, deveria haver uma relação de necessidade entre o fato e a consequência jurídica.[452] Se na hipótese argumentativa o fato histórico aparecia irredutível a um fato empírico — *verdade provável* —, na hipótese lógico-científica o mesmo apareceria homogeneizável a um fato empírico — *verdade material* — ou a um fato relacional — *verdade formal*.[453]

Desde Agrícola, o problema fundamental passou a ser o de individualizar os nexos necessários entre as coisas. Voltou-se a atenção não mais ao procedimento da perquirição, mas à decisão, passando-se a priorizar o momento do *juízo.* A ruptura da tradição tópica representou o início de uma orientação sistemática do pensamento.[454] Para Ramée, a matemática constituía o protótipo sobre o qual moldar cada forma de conhecimento. O método passou a

[451] Nicola PICARDI, «Processo civile», 108.

[452] Alessandro GIULIANI, «Il concetto di prova», 207-209.

[453] Alessandro GIULIANI, «Prova», 521.

[454] Alessandro GIULIANI, «Il concetto di prova», 217.

se constituir na passagem gradual dos princípios gerais e universais àqueles particulares. Passou a se refutar a silogística clássica, que aparecia agora como um *jogo de verbalismos vazios*. Igualmente, verificou-se a difusão da lógica metodológica cartesiana e, por fim, iniciou-se a impostação dos temas e das características que seriam típicas da moderna lógica formal.[455]

Houve, desta forma, a repercussão nos estudos jurídicos em geral, tanto da lógica de Ramée, quanto da lógica dos anos de 1600, desde seu valor *científico* e, em particular, no estudo do *processo*. Althusius aparece como um dos exemplos que se dedica ao Direito Processual, partindo de critérios racionalístico-matemáticos, tendendo à representação panorâmica e esquemática, apoiando-se, também, em tabelas de resumo de toda a matéria. No que se refere à *quaestio*, Althusius, após examinar a *actio* e a *exceptio*, passava ao tratamento do *ordo et forma quaestiones tractandae*, em que vem reservada tecnicamente a expressão *processus*, que passou a ter um significado diverso daquele havido no antigo *ordo iudiciarius*.[456]

O referido modelo desenvolvido por Althusius acabou tendo um particular sucesso. Chamou a atenção dos processualistas alemães do chamado *usus modernus*, sobretudo daqueles que eram mais interessados nos problemas de lógica. Johannes Brunemann, de Frankfurt, iniciou o tratamento do modelo justamente a partir da noção de *processo*, desclassificando o *juízo* para sua estrutura interna, passando a analisar o processo desde a ótica da eficiência.[457]

Contudo, a noção moderna de *processo* não se esgota em seus aspectos lógicos. Ela precisa ser conjugada tanto com o jusnaturalismo quanto com o nascente Iluminismo. As alterações se operaram seja no plano metodológico seja ao nível institucional. As conexões entre problemas lógicos e metodológicos eram mais diretas, havendo grande probabilidade de que em tais relações pudesse estar a origem daquela *ciência do direito processual* alemã — a *Prozessrechtswissenschaft* —, que veio contribuir para assinalar a mais completa diferença entre a processualística continental e aquela anglo-americana.[458]

A aplicação da lógica ramista ao *processo* representou um momento de transição de um modo de pensar orientado sobre o problema para um modo de pensar sistemático, modelado sobre o saber científico.[459] Daí se poder dizer que, desde o século XVI, por influência de Ramée, passou a se estudar

455 Nicola PICARDI, «Processo civile», 109.

456 Nicola PICARDI, «Processo civile», 109.

457 Nicola PICARDI, «Processo civile», 109-110.

458 Nicola PICARDI, «Processo civile», 109.

459 Nicola PICARDI, «Processo civile», 111.

as regras da retórica fora do seu contexto, tratando-as como *flores de estufa*, desprezando sua função dinâmica e inegável no discurso que visa persuadir.[460]

O *procedimento*, por sua vez, de uma disciplina que estudava a verdade provável tornou-se, ao menos tendencialmente, uma ciência da verdade absoluta. Em Althusius, o espírito racionalístico-matemático que operou a separação da matéria em *membra* e *species* pré-anunciou a distinção entre *parte geral* e *parte especial*, assumida pelos códigos. Foram os passos iniciais do longo percurso que a *nova methodus* de Leibniz passou a realizar historicamente. Teria sido somente no século XVIII que se romperam, definitivamente, os velhos esquemas, vindo à luz aquilo que seria designado por *Systema processus*, percebendo-se o emprego frequente, nos títulos das obras, das expressões equivalentes, tais como *princípios*, *fundamentos* e *teoria*. Entre os primeiros exemplos de tratamento sistemático da matéria podem ser considerados os chamados manuais de Halle, o que se ligou, em geral, ao ensinamento do Direito Processual nas universidades alemãs do Iluminismo.[461]

Desde o século XVIII, os processualistas da Europa Continental assumiram a função de *systematis conditor*. Para além de se limitarem a uma simples disposição da matéria em ordem lógica e clara, eles tendiam a reordenar a multiplicidade dos fenômenos processuais sobre a base de proposições fundamentais. Buscavam-se postulados ordenados para se reconhecer o valor de *princípios* dos quais derivariam, por legítima consequência, através de um ininterrupto fio condutor de raciocínio, as demais proposições. Cada proposição derivada conteria todas as características das noções das quais teriam derivado, para além de alguma outra tida como *particular* ou *especializante*.

---

[460] Chaïm PERELMAN. *Lógica jurídica. Nova Retórica*, trad. de Vergínia K. Pupi, revisão da tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão e revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios, 2.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004, 161. «No mesmo sentido, Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca acentuam a separação entre a dialética e a retórica operada por Rodolfo Agrícola e Ramée, quando se reduziu a retórica ao estudo dos meios de expressão ornamentados e agradáveis e se transferiu para a dialética problemas de ordem, de exposição, de método, que eram tradicionalmente tratados nas obras de retórica. Passou a ser apregoada a existência de uma ordem que se sobreporia às demais, que seria a ordem da natureza das coisas, com a qual o discurso racional deveria se conformar. Ao *método de prudência* — relativo à opinião —, opôs-se o *método de doutrina*, onde aquilo que fosse *naturalmente* mais evidente haveria que ter precedência. Tal modelo desse método universal seria geralmente tomado em empréstimo das ciências. Todo o esforço de Descartes teria consistido em dar à referida *ordem natural* o aspecto construtivo das matemáticas.» Lucie OLBRECHTS-TYTECA / Chaïm PERELMAN, *Tratado da argumentação*, trad. de João Duarte, Lisboa: Instituto Piaget, 2006, 548.

[461] Nicola PICARDI, «Processo civile», 111-112. «Uma das características das universidades alemãs da época era o ensino baseado em livros de estudo, onde as lições catedráticas se constituíam numa ulterior pontual explicação. Halle, fundada em 1694, e Göttingen, que remonta a 1737, foram as primeiras universidades alemãs do Iluminismo. Era reservado amplo espaço nos programas acadêmicos para o ensino do direito processual, desenvolvendo-se, consequentemente, uma ampla manualística.», 112, nota 91.

Princípios e proposições processuais iriam, após o referido tipo de raciocínio, coordenados e concatenados entre eles, para sustentarem-se reciprocamente.[462]

Muitas obras da época, valendo-se da linguagem wollfiana, tinham uma estrutura unicamente didática, tratando-se de *pseudosistemas*, pois que ordenados os princípios e proposições segundo as leis da memória e não do intelecto, como os verdadeiros sistemas exigiam. No entanto, também para os chamados *pseudosistemas* valia o ideal do *calcolemus*: as proposições iam colocadas numa ordem pela qual as proposições seguintes deveriam ser explicadas pelas precedentes. No referido esquema, a ideia do sistema processual representou o passo decisivo sobre o caminho da ciência jurídico-processual alemã. No pensamento alemão, a sistematicidade foi destinada a ser identificada com a cientificidade.[463]

2.2 O contributo da *estadualização* do procedimento para a consolidação da passagem do *iudicium* ao *processus*.

Não se pode ignorar as críticas de Knut Wolfgang Nörr sobre a tese de Nicola Picardi quanto à extraestatalidade do processo medieval relativamente ao aspecto etimológico dos termos *iudicium* ou *ordo judiciarius* e *processus*. No entanto, não se pode esquecer que nenhuma objeção houve à tese de Picardi relativa ao modelo isonômico havido no período medieval. Tal modelo isonômico era calcado em um modelo retórico-dialético e argumentativo da prova, em contraposição ao modelo assimétrico, que se assentava sobre a lógica apodítica, que marcou a noção moderna de *processus*.[464] A *extraestata-*

[462] Nicola PICARDI, «Processo civile», 112. Citando Christian Wolff — 1679/1754 — e Kant — 1724/1808, Picardi observa que «il sistema consiste nella chiara determinazione dei princìpi (*Feststellung der Prinzipien*), nella ricerca del rigore dei procedimenti probatori (*Strenge der Beweise*), nell'evitare gli arditi salti nelle illazioni (*Sprünge in Folgerungen*).» *Ibidem*, 112, nota 98.

[463] Nicola PICARDI, «Processo civile», 112-113. «Daí Giuliani afirmar que a revolução intelectual ligada à epistemologia moderna ter gerado consequências no campo das *provas*. Tal revolução teria oferecido os fundamentos epistemológicos e éticos ao conceito moderno de *prova*, elaborados pelos teóricos do direito natural moderno. No âmbito epistemológico, o dogmatismo da evidência determinou o clima cultural, ao qual a espessura lógica e filosófica ligaram-se à persistência de um ideal de uma prova *luce meridiana clarior*. No âmbito ético, a epistemologia moderna se constituiu em um fator não negligenciável de solicitação e de maturação da problemática relacionada à moralização do processo, desde a conexão ao dever de verdade na república dos doutos.» Alessandro GIULIANI, «Prova», 557.

[464] Como acentuado por Daniel Mitidiero, que ressalta a crítica lançada por Knut Wolfgang Nörr quanto ao aspecto etimológico conferido por Nicola Picardi aos termos *iudicium* ou *ordo judiciarius* e *processus*, em: Daniel Francisco MITIDIERO, «A lógica da prova no *ordo judiciarius* e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação», *in* Danilo KNIJNIK, coord., *Prova judiciária. Estudos sobre o novo direito probatório*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, 71. Para o texto de Nörr, ver: Knut Wolfgang NÖRR, «Alcuni momenti», 06-07. Mitidiero observa que o próprio Picardi teria

lidade referida por Picardi quanto ao *iudicium* ou *ordo judiciarius* não pode conduzir à ideia de que a jurisdição, no período medieval, não apresentava um caráter público.[465] Daí o próprio autor reconhecer o caráter público do *ordo iudiciarius* sem, contudo, negar-lhe a sua *extraestatalidade*. Afinal, tal *ordo iudiciarius* era formado pela praxe dos tribunais e pela doutrina.[466]

Não é ao acaso que a passagem do *iudicium* ao *processus* encontrou um solo fértil na Europa Central dos séculos XVII e XVIII. Naquela época, sobretudo nos territórios germânicos, a situação que se verificava na administração da justiça era de desordem. Isso se dava não somente no âmbito do *Reichkammergericht*, mas também nos tribunais estatais. A demora nos processos já tinha se tornado proverbial para os germânicos.[467] A degeneração do processo comum e o consequente fenômeno da assim chamada *lites immortales*, tornou-se um tema privilegiado no século XVIII, sobretudo no clima cultural que havia se estabelecido na nova Universidade de Halle.[468] O abuso da tradição dialética teria sido uma das causas da crise da justiça. Acrescia-se a isso o abuso da argumentação, que acabava por transformar a dialética em estéreis jogos de palavras e mesmo em erística. Também havia se proliferado o falso testemunho. As novas correntes lógicas, representantes da ruptura com a tradição, geraram um indubitável fascínio nos processualistas. A tradição tópica acabou sendo

---

apontado o uso do termo *processus* no âmbito do direito comum, mas com um significado diverso daquele emprestado à processualística moderna. Daniel Francisco MITIDIERO, «A lógica», 71, nota 13. Para o referido texto de Picardi, ver: Nicola PICARDI, «L'esame de coscienza del Vecchio Maestro», *Rivista di Diritto Processuale* XLI (1986) 537-538. Nörr também observa, com base em Mario Ascheri e Jeroen Chorus, que no processo comum do século XVIII se podia verificar a existência de ambos os modelos de ordens, o *isonômico* e o *assimétrico*. Para tanto, ver: Knut Wolfgang NÖRR, «Alcuni momenti», 08. Nörr também contesta que a separação decisiva entre os dois tipos de ordens se teria dado no século XIII, conforme tese de Giuliani, não lançando objeções, porém, quanto à caracterização dos modelos de ordens em si. Para a crítica de Nörr, ver: «Alcuni momenti», 09.

465 Nesse sentido: Daniel Francisco MITIDIERO, «A lógica», 71-72, com desenvolvimento da temática em *ibidem*, 72 e ss. Knut Wolfgang Nörr, referindo-se às indagações da Escola Histórica no campo do direito processual civil, que a partir do terceiro decênio do século XVIII se teria voltado também ao processo civil, observa que em tal período o direito processual civil, assentando-se nos calcanhares da doutrina jurídica de Kant, se teria colocado no âmbito do direito privado. Ademais, para Nörr, a dimensão estadualística do direito processual civil poderia ser rastreada já em Grozio e Pufendorf. Para tanto, ver: Knut Wolfgang NÖRR, «La Scuola Storica, il processo civile e il diritto delle azioni», trad. del Prof. Bruno Cavallone, *Rivista di Diritto Processuale* XXXVI (Seconda Serie) 1 (Gennaio-Marzo 1981) 23-24.

466 Daniel Francisco MITIDIERO, «A lógica», 72. Para o texto em que Picardi reconhece o referido caráter público ao *ordo iudiciarius* sem negar-lhe o viés extraestatal, ver: Nicola PICARDI, «*Audiatur et altera pars* — Le matrice storico-culturali del contradditorio», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (2003) 08, parte I.

467 Picardi cita que o adágio sintetizado que se consolidou na época *Spirae lites, spirant non expirant*. Nicola PICARDI, «Processo civile», 113, nota 104.

468 Oito teriam sido as causas da crise da administração da justiça nos territórios germânicos de então: «la legislazione, *scriptorum processualium turba*, i formalismi processual, la distinzione dele cause in ordinarie e sommarie, il *mendacium*, il comportamento degli avvocati, i rinvii, le interlocutorie.» Nicola PICARDI, «Processo civile», 113, nota 107. No mesmo sentido: Alessandro GIULIANI, «Prova», 557-558.

abandonada pelos mesmos. O raciocínio de tipo matemático deveria aparecer adaptado a resolver em termos de eficiência, contribuindo para o problema de fundo: *de processibus abreviandis*. Daqui é que se gerou a polêmica com a processualística italiana e com o processo romano-canônico, cuja recepção implicava um excesso de garantismo, com a consequente crise da justiça. Foi no referido cenário que se maturou um evento traumático para a história do procedimento: a apropriação, pelo príncipe, do *ordo iudiciarius*.[469]

O procedimento, até a Idade Moderna, era considerado manifestação de uma razão prática e social, que se realizava no tempo através da colaboração da prática dos tribunais e da doutrina. Durante o Direito Comum tardio, ainda se reconhecia ao tribunal o poder de estabelecer os modos do seu operar. O procedimento, com o seu caráter público, argumentativo e justificativo, representava um capítulo da dialética. O *ordo iudiciarius* tinha uma natureza originária e, em certo sentido, extraestatal. Nem mesmo o papa poderia prescindi-lo. A intervenção do príncipe ou de uma vontade externa, representava, nesse sentido, uma *perversio ordinis*. A partir da formação dos Estados modernos, apesar da grande resistência, passou a se afirmar o princípio da estadualidade do processo, desde a reivindicação, por parte do soberano, do monopólio da legislação em matéria processual. Os dois primeiros Códigos de Processo foram vistos já no século XVII, quais sejam o saxão e o francês, ambos produzindo efeitos ab-rogativos sobre a *praxis*. Foi apenas no século XVIII que a referida legislação acabou gerando implicações sobre o plano cultural. A marca d'água da referida legislação — que se estendeu também à educação jurídica, ao ordenamento judiciário e ao processo — foi a eficiência, dando-se especial atenção ao momento organizativo.[470]

2.3 A passagem do *ordo iudiciarius* ao *Prozess-Ordnung*

A atribuição do estatuto de *ciência* e a afirmação do caráter estatal ao *processo* foram somente dois aspectos de uma mutação radical que tinha se investido sobre a noção de *ordem*, ou seja, sobre a tessitura interna do fenômeno processual. Mudanças conceituais do gênero se realizaram na história com

469 Nicola PICARDI, «Processo civile», 113-114.

470 Nicola PICARDI, «Processo civile», 113-114. «Esemplare può essere considerata la *Justizreform* prussiana che, con il *Prozess-Ordnung* del 1781, realizzò un modelo di processo che si coloca agli antipodi del modello italiano.» *Idem.*

graduação e uma série de passagens intermediárias. Duas situações opostas mostram os efeitos da alteração. De um lado, o originário processo comum, que remontava à tradição italiana e, de outro, o processo prussiano do século XVIII.[471] Na sua concepção originária, o *ordo iudiciarius* ou *ordo iuris* era compreendido como *ordo quaestionum*.[472] O processo comum, portanto, se configurava como um modo de resolver *questões*. O jurista medieval, como o dialético, não fazia uso de silogismos, mas resolvia, distinguia *questões*.[473]

Concordando com o seu caráter extraestatal, o *ordo quaestionum* constituía-se em um instrumento de tutela da parte nos confrontos, seja com o juiz seja com o príncipe. A pedra angular do processo comum europeu era representada pelo contraditório, considerado como metodologia de investigação da verdade, mas da específica *verdade provável*.[474] O contraditório, nesse sentido, constituía a estrutura de suporte também a propósito do *ordo probationum*. Nenhuma *prova* poderia ser colocada como fundamento do *juízo* se não fosse preventivamente submetida ao seu exame crítico. Desta forma, ao *ordo iudiciarius*, compreendido como *ordo quaestionum* e *ordo probationum*, se reconheceu um caráter extraestatal no sentido de que dependia não de uma vontade ordenadora externa, mas dos próprios princípios da dialética. O *ordo iudiciarius* visava garantir a igualdade entre governantes

---

[471] O *Beweisrecht* prussiano era ligado a um procedimento escrito, baseado sobre o princípio do segredo. Alessandro GIULIANI, «Prova», 570.

[472] Alessandro Giuliani explica que «L'histoire du droit probatoire est marquée par le conflit persistant entre rhétorique et logique, qui reflete deux conceptions opposées de l'*ordre*; nous pourrions definir la première 'ordre isonomique' el l'autre 'ordre asymétrique': eles sont à la base de l'*ordo iudiciarius* medieval et du *processus* dans le sens moderne (il nous vient de penser à l'*Ordnungprinzip* dans le procès prussien du XVIII[ème] siècle). […] La méthode dialectique est la logique de l'ordre dans la théorie de l'argumentation considerée dans ses deux chapitres: la théorie de la controverse et la théorie de la preuve. Le champ de la pertinence est determine par des règles d'exclusion, soit à propos de l'*ordo quaestionum* soit a propos de l'*ordo probationum*, selon la terminologie des juristes du moyen âge.» Alessandro GIULIANI, «La logique de la controverse dans la procédure judiciaire», *in* Fernando GIL, coord., *Controvérsias científicas e filosóficas. Actas do Colóquio organizado pelo Gabinete de Filosofia do Conhecimento na Universidade de Évora (2-7 de Dezembro de 1985)*, Lisboa: Fragmentos, 1990, 32 e 34. No mesmo sentido: Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 600-601, referindo-se à história do *processo*, que também teria sido marcada pelo mesmo conflito entre retórica e lógica que afetou o direito probatório, e 607. O transplante da metodologia da pesquisa, peculiar do raciocínio retórico, é subentendido na distinção-conexão entre o *ordo quaestionum* e o *ordo probationum*. Tal bipartição corresponde àquela dos dois capítulos da retórica: teoria da controvérsia (*status*) e teoria da prova (*argumentum*). Alessandro GIULIANI, «Prova», 526.

[473] Alessandro GIULIANI, «La controversia. Contributo alla logica giuridica», *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali* XXXIX (1967) 167-168.

[474] «Il contraddittorio è il cardine della *forma probandi* nel ragionamento retorico-dialettico: la verità emerge in termine negativi attraverso la esclusione delle inferenze argomentative irrilevanti. Il contraddittorio offre al giudice un sapere che nessuna mente individuale potrebbe ricercare autonomamente: l'interesse delle parti serve inconsapevolmente alla ricerca della verità *pratica*, irriducibile ad una verità necessaria peculiare delle scienze dimostrative.» Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 606.

e governados, entre os juízes e as partes, e entre as próprias partes. O juiz possuía um caráter profissional e não burocrático e assumia uma posição neutra, mas não passiva, sendo que lhe competia escolher, no contraditório das partes, entre duas hipóteses argumentativas, evitando cada *perversio ordinis*. O *ordo iudiciarius* era o típico exemplo de *ordem isonômica*.[475]

Num modelo baseado sobre tal ordem, a dimensão cairótica da temporalidade constituía um obstáculo para separar o *fato* do *valor*, a *questão de fato* a respeito da *questão de direito*.[476] A dimensão da temporalidade, peculiar da argumentação e axiologicamente orientada, era constitutiva do *iudicium*.[477] No ocaso do referido modelo verificou-se que a *ordo temporis* trouxe uma dimensão cronológica da temporalidade, que foi fruto da tripartição do *ordo* proposta por Bártolo no século XIV. Os singulares momentos passaram a ter que ser identificados com precisão. A problemática da temporalidade, portanto, acabou sendo absorvida e reconduzida àquela dos prazos processuais. O referido fenômeno permite estabelecer uma continuidade com a noção de *processus* da Idade Moderna.[478]

No ápice da passagem do *iudicium* ao *processus*, ou seja, no século XVIII, quando já se tratava do ponto de chegada de uma concepção formal do *ordo*, que tinha agora abandonado a ideia originária do *ordo quaestionum et probationum*, não se verificava mais, na sua base, uma orientação problemática e uma lógica argumentativa, antes, uma racionalidade subjetiva, formal e calculante. Tal modelo estadualizado do processo privilegiou o momento organizativo e a impostação da eficiência.

A função judiciária também se alterou; despersonalizou-se e foi atribuída a um juiz concebido como *homo burocraticus*, que passou a exercer sua atividade de forma previsível, fungível e controlável. Agora, o processo era ancorado ao *ius iurisdictionis*, apresentando um caráter decisivamente publicístico. Passou-se a ter uma instintiva desconfiança pela controvérsia, pelo diálogo e pelo testemunho.

Desta forma, com o jusnaturalismo moderno, se iniciou a decadência do princípio do contraditório, que se converteu em uma contraposição de teses e, em última instância, numa prova de força. Abandonou-se a metodologia dialética da investigação. Iniciou-se, assim, o processo de formalização e de

475 Nicola PICARDI, «Processo civile», 114-115.

476 Alessandro GIULIANI, «Prova», 525. «Os fatos com os quais se confrontava o dialético eram irredutíveis aos fatos empíricos. Pertencentes ao passado, a reconstrução desses fatos era inseparável da valoração.» *Idem.* «Na *ordem assimétrica*, ao contrário, o desconhecimento da função axiológica do intelecto encontrou o seu prolongamento em técnicas procedimentais que são independentes dos valores.» *Ibidem*, 526.

477 Alessandro GIULIANI, «Prova», 536.

478 Alessandro GIULIANI, «Prova», 540 e nota 84.

transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações. A verdade provável deu lugar ao controle e à crença na existência de uma verdade objetiva, absoluta, pré-constituída, exceto para identificá-la com a verdade material ou com a verdade formal. Tais verdades poderiam ser delineadas também fora do contraditório. Também houve uma tendência à desvalorização da prova testemunhal em prol do documento, da prova pré-constituída e da prova legal.[479]

Se os princípios do *ordo* medieval dependiam daqueles da retórica, de outro lado, os *principia processus iudiciarii*, conectados ao *Ordnungprinzip* do processo prussiano do século XVIII, dependiam da lógica.[480] A legislação processual em solo germânico do século XVIII teria sido o produto de um ambicioso projeto construtivístico de uma razão antirretórica, que impôs a ordem no Direito Racional em um setor dominado pelo conflito dos interesses. Os *principia processus iudiciarii* eram pressupostos e não positivados em um texto normativo.[481] Ônus da prova, presunção e fato, por exemplo, tinham um significado diferente nos dois modelos, refletindo, portanto, a distância nas soluções sobre questões fundamentais, como aquela relativa aos poderes substitutivos do juiz.[482] No *ordo* medieval, a substituição constituía uma violação da neutralidade e imparcialidade do juiz. Na ordem isonômica, as partes tinham um paritário ônus da prova, compreendido como ônus da persuasão, o que se fundamentava no princípio do contraditório. De outro lado, no *processus*, o juiz passou a ser o responsável pela condução do processo, conforme o ideal leibniziano do juiz enquanto *advocatus partium generalis*. A ordem assimétrica, portanto, passou a legitimar a substituição por parte do juiz — *iudex potest in facto supplere*.[483] Os *principia processus iudiciarii*, conexos ao *Ordnungprinzip*, dependiam da lógica, ao contrário dos princípios do *ordo* medieval, que dependiam dos princípios da retórica.[484] O novo *ordo*, portanto, passou a apresentar um caráter *assimétrico* enquanto fundamentalmente definido sobre a autoridade, sobre a hierarquia e sobre a lógica burocrática.

---

479 Nicola PICARDI, «Processo civile», 116-117. «A problemática da comunicação intersubjetiva, ligada tradicionalmente à lógica retórica da controvérsia, vinha recuperada pela lógica da informação (no caso da verdade material) e pela teoria formal da disputa (no caso da verdade formal). Alessandro GIULIANI, «Prova», 526.

480 Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 601.

481 Alessandro GIULIANI, «Prova», 563-564.

482 Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 601. «A proibição de substituição no fato encontrava a sua compensação na liberdade de valoração da prova — *secundum conscientiam*. Na segunda fase do *ordo iudiciarius* teria triunfado o princípio oposto — *iudex potest in facto supplere* —, que teria representado um ponto de continuidade com a teoria moderna do *processus*. Tal princípio resultaria ligado ao dogma que o juiz *secundum allegata iudicat*.» *Ibidem,* 601 e nota 9.

483 Alessandro GIULIANI, «L'*ordo judiciarius*», 601.

484 Alessandro GIULIANI, «Prova», 521.

As progressivas desviações da concepção tradicional do *ordo iudiciarius* encontradas nos séculos XVII e XVIII resolveram-se numa ruptura com o *Prozess-Ordnung* prussiano de 1781, um modelo de processo construído sobre a pesquisa da verdade pelo juiz — *Offizialprinzip*.[485] Na ordem assimétrica, há uma repartição do ônus da prova com o juiz.[486] Não se pode esquecer, contudo, de modelos *mistos*, tal como o francês, destacando-se a obra de Domat. Tais modelos tiveram maior sorte, pois representaram uma importante mediação entre o *ordo iudiciarius* e o *Prozess-Ordnung*.[487] No entanto, o último canto do cisne da tradição tópica,[488] desde a noção do contraditório entendida como *combat*, era constitutivamente ambígua, pois se perfazia em função de uma lógica da *informação* e não do *diálogo*, reenviando-se, assim, àquela ideia de *verdade manifesta* compatível com os princípios da epistemologia moderna.[489] O *processo*, desde tal período, passou a ser visto como uma *ciência*.[490]

3. O ápice da resistência dos valores do *ordo iudiciarius* no final do século XVIII: a influência da filosofia retórica de Giambattista Vico.

Pode-se dizer que foi sobre o fundamento da filosofia retórica de Vico que os valores do *ordo iudiciarius* encontraram sua fortaleza. Isto se ancorou naquele elemento fundamental de mediação que se constituiu a lógica de Antonio Genovesi, compreendida como a *arte de pensar, raciocinar e disputar*. Em tal modelo lógico de Genovesi, a prova dos fatos passados constituía o tema dominante de uma lógica que equiparava o método historiográfico com o judicial, radicando o fundamento do juízo histórico justamente na *analogia*.[491] A concepção da certeza moral como certeza histórica, proposta

485 Nicola PICARDI, «Processo civile», 117.

486 Alessandro GIULIANI, «Prova», 521.

487 Nicola PICARDI, «Processo civile», 117.

488 Para se dizer com Giuliani: Alessandro GIULIANI, «Prova», 567.

489 Alessandro GIULIANI, «Prova», 567-569.

490 Alessandro GIULIANI, «Prova», 564. «A universidade do Iluminismo na Alemanha de então determinou uma ruptura com as universidades medievais, introduzindo um novo modo de pensar, que se ligava a uma ideia de *razão* que, em oposição àquela dialética, poderia ser definida como *burocrática*.» *Idem.*

491 Nesse sentido: Alessandro GIULIANI, «Prova», 542, 546 e nota 111. Alessandro Giuliani, citando, Antonio Genovesi, desde *La logica per gli giovanetti*, observa que «è da avvertire ad un punto fondamentale in materia di credenza, ed è, che gli uomini non si danno altro fondamento del lor

por Genovesi, permitia evitar os efeitos perversos seja do sistema probatório baseado sobre a aritmética das provas, seja daquele baseado sobre uma versão irracional do livre convencimento do juiz.[492] Decisivo, portanto, foi o pensamento de Vico para a preservação do *ordo judiciarius*.

É assim que se pode afirmar que a Alemanha e países contíguos de língua germânica, ainda que tenham recepcionado autores italianos como Antonio Genovesi e Gaetano Filangieri, ambos ligados ao pensamento de Vico, acabaram por adotar justamente posturas contrárias ao vichismo.[493] A pujança do pensamento de Genovesi, que havia feito renascer na Itália os estudos de filosofia do procedimento e da lógica probatória[494], não foi suficiente para ofuscar a sedução causada pelo método dos modernos.

4. Vestígios da noção moderna de *processus* na Escola Justeorética de Viena: o caso exemplar do modelo de racionalidade jurídica de Fritz Sander[495]

E se de tudo o que foi dito ainda restar algo por se dizer, sobretudo para que o Fernando possa melhor avaliar as minhas intuições originárias de suspeita à proposta de Fritz Sander quanto à *processualidade do Direito*, é que a flagrante assunção por teóricos da Escola Justeorética de Viena do neokantismo e da noção moderna de *processus* deixou consequências negativas para

credere o discredere in istoria, salvoché le proprie sperienze ed idee, per analogia alle quali essi credono, o discredono; ond'è che questa analogia entra a formare la forza dell'autorità; perché la mente umana non potrebbe giudicar dell'incognito, che per quel che conosce», in Antonio GENOVESI, *La logica per gli giovanetti*, Nápoles, 1818, 94 e ss.

492 Alessandro GIULIANI, «Prova», 546-547.

493 A obra de Antonio Genovesi de lógica recepcionada na Alemanha foi: Antonio GENOVESI. *Elementorum artis logico-criticae. Libri V. Post tertiam neapolitanam editio in Germania prima, sumptibus J. W. Krakamp et haeredum Ch. Simonis biblio*, Coloniae Agrippineae, 1753. Conforme explicação Paolo BECCHI, *Vico e Filangieri in Germania*, Napoli: Casa Editrice Jovene, 1986, 104, nota 15. Becchi, ressaltando a necessidade de ser reescrita a história do vichismo nos finais dos anos de 1700, que induzisse a um radical repensar das relações entre Filangieri e Vico, observa que «appare sempre piú insostenibile la tesi secondo la quale Filangieri sarebbe stato uno tra i maggiori esponenti dell'abstrattismo e del formalismo illuministico.», *ibidem,* 98-99.

494 Conforme observação de Alessandro Giuliani, tendo em conta informação de Nicolini, desde *Della procedura penale*, 12, *in* Alessandro GIULIANI, «Prova», 545, nota 109.

495 A análise sobre as posições de Fritz Sander se referem àquilo que pode ser chamado de *primeira fase* no pensamento do autor, compreendida no período de 1915 a 1925. Para tanto, ver: Fernando CÁCERES. *Rechtsprozessualität und Eigengesetzlichkeit des Rechts. Der Begriff «Rechtsverfahren»* in der *ersten Phase des Werks von Fritz Sander. (1915-1925)*, Munique, 2016.

as construções teóricas que dali emergiram. E é justamente desde a análise do operar-se da razão jurídica e a relação disso com o caráter processual do Direito que se pode melhor perceber a fragilidade da proposta de Sander. A perscrutação de índole teorética assumida pelo mesmo, apesar da insistente tentativa de realçar o viés dinâmico do sistema das normas, contrapondo-se à dogmática jurídica, tida para ele como uma *ciência da estática*,[496] acabou sendo decisiva para a definição de Direito decorrente de tal modelo.[497]

Partindo da premissa de que a compreensão do Direito demandaria o entendimento do proceder da sua específica atividade de razão, Sander centra-se no estudo do modo de proceder da razão jurídica em relação à experiência, ou seja, no estudo da constituição da racionalidade jurídica. Se o problema para Kant dizia respeito à possibilidade de subsumir a experiência sob uma regra do intelecto, também Sander entendeu que a razão jurídica procederia mediante um análogo processo. A razão jurídica seria procedimental na medida em que se resolveria na constante atividade de subsunção dos fatos às asserções jurídicas.[498] Tudo se operaria através de uma síntese entre *categorias* e *fatos* mediada por *esquemas*.[499] As *figuras fundamentais da vontade pura*[500] *do*

---

496 Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale nella filosofia del diritto e il concetto di procedura giuridica.» trad. a cura di Andrea Bixio e L. Scuccimarra, *in L'educazione giuridica — VI. Modelli storici della procedura continentale*, Nápoles/Turim: ESI, 1994, 264.

497 Conforme observação crítica de Andrea BIXIO. «Il problema della dimensione procedurale del diritto e l'opera de Fritz Sander», in *L'educazione giuridica — VI. Modelli storici della procedura continentale*. Nápoles/Turim: ESI, 1994, 249-250.

498 Sander entendia que haveria apenas uma *analogia* e não uma *identidade* dos problemas das ciências naturais e da ciência jurídica. A *forma*, isto é, o *método lógico* seria o mesmo. O *material* é que seria diferente: nas ciências naturais, o material decorreria das sensações, ao passo que na ciência jurídica, o material se traduziria nas proposições jurídicas. A diferença do material também determinaria uma diferença de método. O objeto da ciência jurídica seriam proposições jurídicas. Desta forma, uma consciência já constituída; algo tido como *mental*/*mentalizado*. Consequentemente, o método das ciências jurídicas seria a análise descritiva da reflexão. O objeto das ciências naturais abarcaria, pelo contrário, os objetos transmentais indicados por sensações. O método das ciências naturais, seria, assim, o conhecimento constitutivo. Nesse sentido, ver: Fritz SANDER, *Kelsens Rechtslehre. Kampfschrift wider die normative Jurisprudenz*, Tübingen: Verlag von J. C. B.Mohr (Paul Siebeck), 1923, 70 e 92-93, aqui, citando, também, seu texto *Faktums der Revolution*. A lógica do direito, no entanto, se diferenciaria da *lógica formal*, pois, desde a distinção de Emil Lask, entre o *lógico-reflexivo* e o *lógico-constitutivo*, Sander explica que teria sido ele que teria conseguido mostrar que a *ciência jurídica* e o *direito* estariam ligados, respectivamente, à *lógica reflexiva* e à *lógica constitutiva Ibidem,* 86.

499 Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 269-270.

500 «A noção de *vontade pura* utilizada por Sander foi tomada de Hermann Cohen, desde a obra *Ethik des reinen Willens.* Nesse sentido, Sander explica que a *vontade pura* seria uma consciência, sendo-lhe imanente a lógica, o pensar, o juízo e o conceito. Ela se relacionaria através do tempo à realidade. A *vontade pura* consistiria justamente nas atuações jurídicas, leis, decisões, os quais seriam *significados*, *sentido*, *relação intencional* e não um conglomerado de ações físico-psíquicas. […] A noção de *vontade pura* de Cohen teria se tornado uma construção ambígua, segundo Sander, pois estaria impregnada pelo conhecimento, não sendo ela própria conhecimento. O direito, nessa concepção de Cohen, não significaria nem conhecimento das ciências naturais, nem ética, mas, sim, uma esfera de juízo soberana, cuja realidade se constituiria no tempo e no espaço e se relacionaria a fatos empíricos — também em Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 89. «A filosofia do direito

Direito, tais como soberania, Estado, asserções jurídicas, imputação, suporte fático, entre outras, haveriam que ser deduzidas pelo modo transcendental, como condições de possibilidade da experiência jurídica e não pelo modo metafísico, enquanto patrimônio psíquico-social. O problema radicaria, desta forma, em como as categorias puras se relacionariam com a experiência possível.[501] Daí o *esquematismo transcendental* da *vontade pura* ser o *processo jurídico*. A *vontade pura* do processo jurídico ligaria as asserções jurídicas aos suportes fáticos.[502] O processo jurídico, portanto, garantiria a continuidade da *vontade pura*. No processo jurídico, a *vontade pura* se desenvolveria em modo gradual, construindo o seu conteúdo em uma estrutura graduada de asserções jurídicas e suportes fáticos. O *processo*, no sentido do *processo civil* ou *penal*, representaria somente um determinado nível do *procedimento/processo jurídico*. Em tal *processo*, as categorias jurídicas, já esquematizadas, limitadas e realizadas na forma relativamente concreta dos *conceitos* das leis ordinárias, alcançariam, através da referência às situações de fato juridicamente relevantes, uma ulterior concretização ao nível das sentenças e dos juízos.[503] A doutrina de que o Direito consistiria em *processos jurídicos* não significaria nada mais que a distinção da legalidade soberana das funções dos significados jurídicos, da unidade da relação da intenção jurídica sobre os seus objetos.[504]

Tal construção preservaria a não dissolução da autonomia da razão jurídica, mantendo-se a dinamicidade do sistema jurídico desde o processo de subsunção dos fatos às categorias da razão jurídica. Em tal propositura o Direito Processual e, mais em geral, o *procedimento* se apresentariam como

---

seria um ramo soberano da filosofia transcendental, que se relacionaria ao fato do *direito* e não ao fato da *ciência jurídica*. Propugnando uma ruptura da filosofia baseada apenas nas formulações de Franz Brentano das *três províncias*, que seriam relacionadas à *verdade*, ao *bom* ou ao *belo*, para Sander seria um preconceito entender que apenas as ciências naturais representassem uma esfera da experiência. Essa seria, pelo contrário, aquela região dos sentidos que incluiria um contexto de intenções, de significados relacionados com suporte fáticos espaciotemporais. Sander observa que, para evitar mal-entendidos, teria passado a evitar o uso do conceito de *vontade pura*, apesar de parecer adequado tal conceito para designar a especificidade axiomática dos juízos reais do direito. Bastaria simplesmente falar de *direito* e *processualidade do direito*.» Fritz SANDER, *Kelsens*, 83-84 e 85-86.

501 Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 272.

502 Para Sander, os *fatos juridicamente relevantes* se constituiriam apenas em correlação com o *processo jurídico* como unidade de todos os axiomas noéticos dos juízos jurídicos. Apenas por força dos axiomas noéticos soberanos, a exemplo da competência, os fatos se apresentariam como *fatos concretos juridicamente relevantes*. Apenas os juízos jurídicos conteriam as condições da concreção jurídica de suportes fáticos. *Fatos concretos juridicamente relevantes* nunca seriam objeto da ciência jurídica, mas apenas objeto do conhecimento do Direito. Os juízos do Direito seriam considerados nas suas relações intencionais com os suportes fáticos concretos. A teoria da experiência jurídica se dirigiria, sobretudo, à relação sujeito-objeto dos suportes fáticos do processo jurídico, sendo os fatos meramente objetos indiretos da ciência jurídica. Fritz SANDER, *Kelsens*, 75.

503 Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 270.

504 Fritz SANDER, *Kelsens*, 94.

os modelos mais idôneos para repensar a própria definição de Direito.[505] A questão processual do Direito, portanto, seria o caminho para resolver o problema da relação entre razão e dinamismo do sistema, entre razão jurídica e produção e reprodução do ordenamento.[506]

E é justamente a partir da compreensão do esquematismo kantiano e do *proceder* da razão que se pode perceber alguns vestígios do modelo de *ordem assimétrica* que imperava ao tempo de Sander e que acabou sendo assimilado pela sua proposta. A assunção do quadro lógico kantiano por Sander, ainda que tenha permitido superar uma específica visão dogmática da jurisprudência e de individualizar o caráter dinâmico da racionalidade jurídica, desde a dimensão

[505] Andrea BIXIO, «Il problema», 252-253. «Se il diritto si presenta sempre più come qualcosa di dinamico, i suoi principi, la sua "definizione" deve essere espressa in modo che tenga conto di quel carattere. Sotto questo aspetto il fenomeno procedurale diviene qualcosa di qualificante, non più di subordinato concettualmente al diritto sostanziale.» *Ibidem,* 258.

[506] Andrea BIXIO, «Il problema», 253. Para Sander, diferenciando a *doutrina procedimental pura* da *doutrina procedimental empírica*, «La dottrina della procedura puo essere pura (trascendentale) o empirica. La dottrina procedurale pura indaga, senza rapportarsi alla concreta esperienza giuridica, come le fondamentali figure categoriali della volontà pura possano svilupparsi in principi sintetici: con quali costruzioni schematiche la volontà pura può creare l'unità dell'esperienza giuridica, costruire l'oggetto di essa attraverso il riferimento delle sue fondamentali figure categoriali all'intuizione dei fatti giuridicamente rilevanti. II problema della dottrina procedurale pura è dunque il problema trascendentale del riferimento delle forme fondamentali della volontà pura all'esperienza possibile. La dottrina procedurale empirica pone invece il problema empirico del rapporto graduale delle forme fondamentali della volontà pura con Ia esperienza reale. La dottrina procedurale empirica come dottrina dei percorsi empirici delle forme di asserto giuridico si scompone nella dottrina della legislazione costituzionale (percorso della legge costituzionale), nella dottrina della legislazione ordinaria (percorso della legge ordinaria), nella dottrina della emanazione di decreti originari e delegati (percorso del decreto originario e delegato), nella dottrina del processo civile e penale (percorso delle decisioni e delle sentenze), nella dottrina del procedimento amministrativo (percorso degli atti amministrativi), nella dottrina dei diversi procedimenti esecutivi (percorso delle sentenze e degli atti esecutivi, questi ultimi presenti nel sistema giuridico solo come forme di asserto giuridico esperibili in modo documentale), e così via. La dottrina procedurale empirica mostra dunque come i principi sintetici puri della volontà dedotti in modo trascendentale dalla dottrina procedurale pura agiscano progressivamente sui gradi del diritto empirico in concrezioni sempre più perfette. La dottrina procedurale empirica è possibile solo nell'orizzonte della dottrina procedurale pura (trascendentale).» Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 272. Como se observa, o esmiuçamento do constituir-se do especificamente jurídico em tal modelo de racionalidade jurídica acaba por se reduzir no processo de constituição das *asserções jurídicas* em seus mais variados âmbitos, ou seja, no próprio pr ocesso de elaboração dos textos legais e constitucionais, agregando-se a isso os processos de formação de juízos judicativo-decisórios e juízos administrativos. O inafastável nível reflexivo, exercido pela *intenção problemática e constitutiva do pensamento jurídico*, «fazendo tematicamente problemática a constituição da juridicidade, […] [orientando] criticamente a vida jurídica e [considerando] a autêntica validade do direito que concretamente se realiza», acabaria por se diluir em tal modelo. Afinal, «Não é só a prática do direito ou a sua função concretamente regulativa, que tem uma natureza prático-normativa, prático-normativos são também a sua matriz constituinte e a essência do pensamento jurídico.» Para as duas últimas citações, desde o modelo jurisprudencialista de Castanheira Neves, ver: Castanheira NEVES, «As fontes do direito e o problema da positividade jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LI, Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1975, 119 e 185. Para Sander, ao contrário, «Se il "diritto dottrinario" vuole essere "diritto" deve potersi manifestare in forme di asserto giuridico e fattispecie, in elementi della procedura giuridica. In questo modo, pero, è già pervenuto all'unità del diritto, non e più "diritto dottrinario" — un settore della materia giuridica differenziato in base a motivi psico-sociologici — ma semplicemente "diritto" cioè giudizio o sentenza o atto amministrativo o un'altra forma di asserto giuridico.» Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 288.

procedimental/processual da juridicidade, acabou por cair nos mesmos inconvenientes do esquematismo kantiano. Isto porque, apesar de individualizada, a *processualidade jurídica* não vem compreendida como uma via para esclarecer em que modo seria possível que a estrutura dinâmica da realidade e do Direito, o proceder desde uma série de atos[507], poderia se constituir sem nulificar a constitutividade das regras, das normas, da razão, contentando-se, portanto, com o simples reconhecimento de referida constitutividade. Tal constitutividade seria obtida por via demonstrativa,[508] tendo como pressuposto a noção de Estado como o *procedimento constante*, a premissa, o critério objetivo de valoração e a via de constituição das relações dos suportes fáticos. O Estado como *procedimento/processo*, portanto, seria o critério objetivo de valoração de todas as determinações da *vontade pura*.[509] A ciência jurídica nunca poderia realizar significados jurídicos constitutivos — determinações de fatos juridicamente relevantes. Essa execução seria reservada aos atos juridicamente determinados — atos de órgãos — e, assim, ao Direito. A ciência jurídica, portanto, conseguiria apenas refletir sobre a execução dos atos jurídicos.[510] *Atos jurídicos* seriam aqueles plenos atos psíquicos dos homens, nos quais se poderiam encontrar os *momentos jurídicos*.[511]

---

[507] Sander explica que a sequência temporal de atos não se relacionaria com o tempo do ato, mas, sim, com o tempo do objeto; não sobre a sequência temporal dos atos jurídicos, mas sobre a sequência temporal dos objetos jurídicos, os fatos jurídicos é que se relacionariam com a ordem temporal produzida no processo jurídico. A ordem do tempo do objeto jurídico, a sequência temporal dos objetos das proposições jurídicas, portanto, e não a sequência temporal delas próprias. Fritz SANDER, *Kelsens*, 94.

[508] Andrea BIXIO, «Il problema», 256.

[509] Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 276.

[510] Fritz SANDER, *Kelsens*, 104. O *objeto* da ciência jurídica seria o *direito*. O objeto científico *direito* seria o *real* direito, enquanto um objeto de um conhecimento do *ser jurídico*, seria exclusivamente o *direito histórico*, *positivo*, aquele direito que em qualquer modo se poderia verificar em reais atos psíquicos dos homens. Uma *teoria realística do direito* haveria que ser determinada pela objetividade do objeto científico *direito*. O *direito*, portanto, seria qualquer coisa de *real*, não sendo produzido pelo jurista; seria algo fechado em si mesmo, independente da ciência. A ciência do direito haveria que encontrar e determinar aquilo que a realidade histórica *direito* contivesse em si mesma, sem ter em consideração os próprios ideais científicos do direito. Fritz SANDER, «Sui compiti di una teoria realistica del diritto», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* IV (1924) 375-376.

[511] Fritz SANDER, «Sui compiti di una teoria realistica del diritto», 377. Sander dividia os *momentos jurídicos* em *gerais* e *individuais*. *Gerais* seriam aqueles momentos encontráveis em todos os atos e *individuais* aqueles encontráveis somente em certos atos jurídicos. O momento jurídico geral encontrável em todos os atos jurídicos, mas somente em atos *jurídicos*, seria a competência — *Zuständigkeit*. *Ibidem*, 377-378. A *competência*, como *axioma fundamental do direito*, significaria somente o *símbolo lógico-jurídico* do *fato* metajurídico *potência — Macht —*, ao qual *fato* se refeririam todos os atos jurídicos e no qual todos os atos jurídicos estariam incluídos. O direito, assim, segundo a sua essencial característica, não seria um fenômeno lógico ou ético, mas um fenômeno de *potência*. *Ibidem*, 378. Nesse sentido, a *teoria dos momentos essenciais gerais do direito* seria uma *teoria da essência do direito* como filosofia do direito. Seriam *momentos jurídicos não independentes* aqueles que se encontrariam em todos os atos jurídicos. A *filosofia teorética do direito* seria uma *teoria dos momentos jurídicos do direito não autônomos*, que poderiam ser encontrados em uma

A consequência mais funesta de uma tal propositura radicaria no seguinte: a *processualidade* do Direito, ao invés de colocar em questão as figuras tradicionais que se acreditariam ser coessenciais à realidade jurídica — destacando-se aqui a figura do Estado, pois sem o Estado não haveria Direito racional — acabou por reforçar a centralidade da figura do aparelho estatal, ligando-a a concepções ideológicas que o mundo não tardou ver os nefastos resultados.[512]

A *constitutividade* do especificamente jurídico, portanto, e os efeitos do referido constituir-se sobre o direito positivado, desde a via *demonstrativa* e justamente desde a *processualidade* do Direito, sinalizam para um significativo vestígio do encampamento da *ordem assimétrica moderna* no modelo pensado por Sander.[513]

O vestígio se torna mais evidente quando se verifica em tal modelo que a *demonstrabilidade* do problema lógico da unidade sintética, observante das condições formais da experiência jurídica, seria exemplarmente representada no caso da *decisão probatória — Beweissbeschluss*. Colocar-se-ia o suporte fático como meramente possível, alçando e delimitando o problema da sua determinação, indicando, portanto, o caminho do processo de determinação.[514] Baseando-se nas lições de Paul Natorp, desde *Os fundamentos lógicos das ciências exatas*,[515] Sander aponta que o suporte fático — *Tatbestand* — inicialmente posto como meramente possível, deveria se tornar *suporte fático real*. A *prova* atuaria justamente nessa passagem do *demonstrável* ao *demonstrado*. Os singulares atos da *prova* seriam os experimentos da *vontade pura*. Na *prova,* o suporte fático viria reconduzido à realidade; a *prova* seria a *indução da vontade pura*.[516]

---

realidade psíquica. *Ibidem*, 379. No referido texto em italiano se traduziu *Macht* por *potenza*, o que, na língua portuguesa, poderia ser traduzido como *poder*.

512 Andrea BIXIO, «Il problema», 256.

513 Para Sander, a execução do Direito se realizaria no processo; por isso, o conceito de Direito estaria conectado ao conceito de ação. Fritz SANDER, *Kelsens*, 79.

514 Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 283-284.

515 Paul NATORP, *Die logischen Grundlagen der exakten Wissenschaften*, Leipzig/Berlin: Druck und Verlag von B. G. Teubner, 1910.

516 Fritz SANDER, «Il metodo trascendentale», 284. Sander, no entanto, na tentativa de preservar o viés dedutivo de realização do Direito proposto, observa que «Tuttavia ciò non basta poichè essa deve diventare deducibile ed essere presentata come un caso all'interno di un generale contesto di forme di asserto giuridico. "Letteralmente induzione significa riconduzione (*Hinleitung*), deduzione significa derivazione (*Herleitung*). Il processo che riconduce alla circostanza di fatto, cioè al principio di realtà, non è nient'altro che la prova sperimentale del secondo grado della modalità; prova esperienziale proprio in riferimento alla circostanza caratteristica, che esso in quanta tale e sempre incompiuto, colto nella realizzazione ma mai condotto ad alcuna conclusione definitiva. Il fine cui aspira è pero il raggiungimento di una tale conclusione, consistente in un nuovo principio superiore dal quale deve derivarsi e svolgersi deduttivamente il fatto in questione. Dunque ogni induzione tende perlomeno in ultima istanza alla deduzione. Ma il dedurre da un principio superiore (la conoscenza più generale) è il senso della necessità scientifica. La prova deduttiva, l'aristotelica *Apodeixis,* è ciò sulla cui base Kant ha chiamato apodittico il giudizio che coincide con il giudizio di

5. Notas conclusivas

A análise histórico-evolutiva da *ordem isonômica* e da *ordem assimétrica*, e dos modelos probatórios daí decorrentes visou extrair, sobretudo, o que de relevante pode ser aproveitado do modelo *assimétrico*. Isto em razão dos chamados *crimes do colarinho branco* e das recorrentes defesas técnico-jurídicas que clamam por uma suposta inafastabilidade de provas *objetivas* que possam *demonstrar* o vínculo dos acusados com os respectivos crimes que lhes são imputados. Nesse sentido, o problema pode ser equacionado, mais uma vez, a partir das antigas lições de Vico.

Não se pode dizer que Vico não tenha sentido os influxos iluministas em razão do fato de ter se contraposto a Descartes.[517] A posição contrária que Vico assumiu em relação aos inovadores iluministas, o fez abandonar os estudos científico-filosóficos e se dedicar ao estudo dos clássicos. Tais estudos é que o teriam induzido a se contrapor a Descartes, o que pode ser visto nas aulas inaugurais *De nostri temporis studiorum ratione* — 1708 — e *De antiquissima Italorum sapientia ex linguae latinae originibus eruenda libri tres* — 1710.[518] É assim que, em *De nostri temporis*, Vico faz uma reflexão sobre os métodos de estudo, propondo uma compreensão integrada entre o método dos antigos, desde a Tópica, e o método dos *Críticos*, ou seja, dos modernos.[519]

---

necessità. *La necessità del fatto non significa nient'altro che la fissazione (Feststellung) nella legge.* Se dunque l'induzione conduce dai fatti alla legge, come espressione generale di un ambito definito di fatti, la deduzione — nella misura in cui essa descrive evidentemente un percorso speculativo inverso — ricava i fatti dalla legge nota e li determina perciò come non solo certi dal punto di vista fattuale, ma necessari".» Para o trecho de Natorp citado por Sander, ver: Paul NATORP, *Die logischen*, 91.

[517] Max Harold Fisch e Thomas Goddard Bergin observam que Vico, ao menos em suas seis primeiras lições inaugurais — 1699-1706 —, foi largamente cartesiano: «In the third he seems even to share the contempt of Descartes and Malebranche for history.» Thomas Goddard BERGIN / Max Harold FISCH, introdução da seguinte obra: Giambattista VICO, *The Autobiography of Giambattista Vico*, First printing, Cornell Paperbacks, translated from the italian by Max Harold Fisch and Thomas Goddard Bergin. Ithaca and London: Cornell University Press, 1975, 37.

[518] O primeiro texto constituiu-se em um escrito dedicado ao futuro Carlos VI e lido à presença do vice-rei Vincenzo Grimani, em outubro de 1708. O segundo texto corresponde ao *Liber metaphysicus*, que seria o primeiro de três livros que Vico intencionava reunir sob o título *De antiquissima Italorum sapientia ex linguae latinae originibus eruenda libri tres*. Para essas informações de Andrea Battistini: Giambattista VICO, *Principi di scienza nuova*, ristampa 7, nuova edizione, Milão: Oscar Mondadori, 2011, 32. Para os textos: Giambattista VICO, *Del modo di studiare ai nostri dí. Orazione alla gioventú studiosa delle lettere*, versione italiana di Francesco Sav. Pomodoro, illustrate da Giuseppe Ferrari, opere di Giambattista Vico, vol. I., Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1858, 195-259, e, Giambattista VICO, *Della antichissima sapienza degl'italiani. Tratta dalle origini della lingua latina*, libri tre, versione italiana di Francesco Sav. Pomodoro, illustrate da Giuseppe Ferrari, opere di Giambattista Vico, vol. I, Napoli: Stamperia De' Fratelli Morano, 1858, 63-135.

[519] É o que se depreende da análise da seção 3 de *De nostri temporis studiorum ratione*. Giambattista VICO, *Del modo di,* 205-210, especialmente a 209, onde Vico adverte que tanto um dos dois métodos

É desde tal percepção aguçada de Vico sobre a vantagem da conciliação entre os referidos métodos de estudos que se pode sugerir uma igual conciliação entre os dois modelos de *ordem* no processo, a partir de um *juízo integral*, para se falar com Vico. Isto, sobretudo, em razão do caso exemplar dos chamados *crimes do colarinho branco* e das dificuldades da coleta probatória em tais modalidades delituosas. Se a substituição pelo juiz na prova dos fatos, por um lado, fere um modelo isonômico de ordem, a compreensão da prova enquanto *argumento* e a formação do juízo judicativo-decisório com base na *narrativa probatória*, de outro, reforçam tal modelo.[520]

Nesse sentido e, atento a um modelo argumentativo-prudencial de realização do Direito, a exemplo do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, não se pode esquecer da distinção que separa o problema do *processo* — e o tipo de ordem sobre a qual o mesmo se assenta — do problema *metodológico* da prova — entendida enquanto *argumento*. Afinal, o modelo argumentativo-prudencial de realização do Direito não afasta a noção moderna de processo fundada em um modelo de ordem assimétrica, tal como não afasta, consequentemente, meios de prova que hodiernamente podem ser decisivas, sobretudo para o deslinde dos chamados crimes do colarinho branco, a exemplo das provas de índole técnico-científicas. No entanto, a preservação de uma *ordem isonômica* do processo, com o respectivo modelo probatório daí decorrente, onde as partes são responsáveis pela construção da verdade processual, sempre submetida ao crivo do contraditório, também guarda sua relevância. Desta forma, pode haver significativos ganhos na manutenção de um tal modelo flexibilizado. Isto porque não se pode esquecer que os modelos probatórios precisam se adequar às finalidades próprias de cada ramo do Direito.[521]

Finalmente, resta dizer que será justamente desde o *combustível* e o *fogo*[522] do realizar-se do Direito, ou seja, desde a *analogia* que se fundará a lógica performativa do jurídico em tal empreitada.

---

puramente empregado seria inadequado quanto o outro, mas que a conjugação de ambos, em um *giudizio integro*, seria o adequado, desde, portanto, um pensar integral. E, também, desde as seções 6 e 7: *ibidem,* 217-221 e, ainda, em *ibidem,* 225 e, na seção 18, na 255.

520 Para Giuliani, o risco de uma legitimação de uma ordem assimétrica, construída originariamente em função de um sistema de provas legais, resultaria desequilibrada pelo reconhecimento dos mais amplos poderes ao juiz, sem uma compensação ao nível da determinação dos limites do seu convencimento. Alessandro GIULIANI, «Prova», 576.

521 Chaïm PERELMAN, «La preuve en droit, essai de synthese», in Paul FORIERS / Chaïm PERELMAN, *La Preuve em droit*, Bruxelles: Société Anonyme D'éditions Juridiques et Scientifiques, 1981, 357. «Les moyens de preuve admis varient aussi dans le temps, selon la prééminence accordée à telle ou telle valeur.» *Idem.*

522 Alusão às qualificações atribuídas por Douglas Hofstadter e Emmanuel Sander para a analogia na seguinte obra: Douglas HOFSTADTER / Emmanuel SANDER, *Surfaces and Essences. Analogy as the Fuel and Fire of Thinking*. New York: Basic Books, 2013.

TERCEIRA PARTE

A CONCEÇÃO JURISPRUDENCIALISTA EM CONTRAPONTO/CONFRONTO COM «IDIOMAS» VIZINHOS

(Página deixada propositadamente em branco)

1. O Jurisprudencialismo revisitado

Jurisprudentialism revisited

Luiz Fernando Coelho
Universidade Federal do Paraná, Universidade Federal de Santa Catarina,
Centro de Ensino Superior CESUL
https://orcid.org/0000-0003-2001-8323

Abstract: The following text addresses the jurisprudentialism of Castanheira Neves, trying to emphasize enriching aspects for the current philosophical-legal thinking. Hence the title proposed, a *revisit*, in the sense of entering some of the philosophical spaces traced by Neves, which I refer to as *portals*, instead of items or chapters. The first evokes its phenomenological heritage, either as a path to the understanding of the juridical being, or as an orientation towards the realization of the values of law. The second emphasizes the existential autonomy of law because of an imminent relationship between law and legal thought, a criticism of legal reason leading to the third portal, the model of knowledge presupposed in jurisprudential theory. The convergence of this triple investigation is the basis for a conclusion, already solidly supported by the epistemology of the social sciences, but which acquires its own originality in the basic thesis of our honoree, that thinking about law is not an act of spectators, but of protagonists of the legal phenomenon as an existential fact.

Keywords: Jurisprudentialism — Existential phenomenology — Radical historicity — Legal methodology — Legal epistemology

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_14

1. Introdução

Nesta comunicação em homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves proponho algumas reflexões sobre o problema da autonomia do Direito, a partir das teses expostas por este eminente Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Quando me refiro a uma *revisita*, é como se procurássemos as portas de entrada para o grande *hall* do jurisprudencialismo, sendo que cada uma delas entreabre um caminho a ser percorrido. É claro que estes são muitos e variados, mas neste estudo vou restringir-me a três, os quais correspondem à uma visão crítica que tenho desenvolvido ao longo de uma trajetória acadêmica dedicada à Filosofia do Direito: *um portal lógico-metodológico*, um *portal epistemológico* e um *portal fenomenológico*. Vamos percorrer cada um, porém, há pressupostos gnosiológicos a considerar.

Em todo processo de conhecimento interligam-se três fatores: o *sujeito cognoscente*, o *objeto cognoscendo* e o *conceito* que o representa na mente do primeiro. No saber jurídico, sujeito é o jurista, todos quantos lidam com o Direito, profissionalmente ou não, o objeto é o fenômeno jurídico, e o conceito é o conjunto das ideias que o representam na mente do sujeito, organização intelectual que pressupõe um paradigma epistêmico adequado ao estudo racional do Direito. Temos, então, três dimensões, nas quais se projeta a teorização jurídica: um plano subjetivo ou *lógico*, um plano objetivo ou *fenomenológico,* e um plano conceptual ou *epistemológico*. O jurisprudencialismo transita nessas três dimensões: como *logos*, *episteme* e *phaenomenon*. Ou seja, oferece uma lógica inerente à sua metodologia, constrói uma arquitetura racional adequada a seu objeto e desvela um conjunto de fatores que constituem o fenômeno jurídico.

Mas não é essa a ordem aqui seguida. Para melhor compreensão das teses suscitadas nesta exposição, o primeiro portal a ser adentrado é o fenomenológico, pois é o conceito do Direito que vai circunstanciar tanto a metodologia para seu acesso, quanto o correspondente paradigma epistêmico. Ademais, deve-se levar em conta que o plano lógico se confunde com o metodológico, eis que, operando a consciência com um tipo de pensamento, a ciência da lógica oferece os instrumentos categoriais necessários à efetiva realização do Direito no espaço social. Ou seja, não se pode tratar da metodologia do Direito, como *theoresis* e *praxis*, sem mergulhar na problemática lógica da juridicidade.

A autonomia do Direito, objeto nuclear deste encontro, é investigado nos três portais. Não obstante, proponho-me a apresentar, quando oportuno, um ponto de vista pessoal, uma direção de pensamento que tenho adotado em vários trabalhos, e que se consolidam na *teoria crítica do Direito* de minha elaboração pessoal.[523]

O primeiro dos vieses, ora tidos como portas de entrada para o jurisprudencialismo, interfere desde logo na definição do sujeito da relação intelectual que configura o conhecimento jurídico; nesta, tem-se privilegiado o jurista, vocábulo que não se restringe a uma profissão, mas que se refere à pessoa que, em decorrência de sua excelência científica, possui aptidão para o trato teórico e prático do Direito, e efetivamente o realiza como produto dessa atuação. Leva-se em conta, ademais, que o jurista é o elemento central criador do Direito, em função de seu trabalho intencionado para o respectivo objeto, o qual deve voltar-se para um compromisso com as diversas expectativas provenientes das circunstâncias que o cercam.

Entretanto, no entendimento usual do jurista enquanto sujeito cognoscente, ocorre a exclusão de um elemento de suma importância, o universo das pessoas destinatárias da juridicidade — *súbditos do Direito* —, cuja existência faz lembrar que, ademais das atitudes científicas, não se pode negar que a facticidade do Direito se manifesta igualmente por meio da experiência vulgar. Tal alargamento da noção de sujeito, no contexto da atividade cognoscitiva vinculada à juridicidade, repercute nas aludidas dimensões do conhecimento.

2. O portal fenomenológico: a radical ontologia jurisprudencialista

No horizonte de suas vertentes doutrinárias, o jurisprudencialismo é portador de uma herança fenomenológica, seja como caminho para a compreensão do ser jurídico, seja como via para a realização dos valores do Direito. Com efeito, a fenomenologia está presente na obra de Neves em vários momentos, mas cumpre destacar a influência de Gerhart Hussserl, cuja noção de temporalidade embasa a compreensão do Direito como radicalmente imerso no tempo e vinculado à pessoa humana que se produz ao dizer o Direito,[524] bem

[523] Luiz Fernando COELHO, *Teoria Crítica do Direito*, 5.ª ed., Curitiba; Bonijuris, 2019. Edição espanhola: *Teoría Crítica del Derecho* (Prólogo de Gonçal Mayos), Porto: Editorial Juruá, 2018.

[524] Gerhart HUSSERL, *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abbandlungen*, band I, Frankfurt a. M.:

assim, a do viés fenomenológico do existencialismo em Heidegger; ademais, convalida a crítica elaborada pelo próprio Edmund Husserl quando se refere à insuficiência da lógica formal para dar-se conta do dinamismo próprio do pensar científico, ao ter-se em conta a perspectiva subjetiva do pensamento que ajuíza, conhece e investiga[525]; aporia que Neves pretende superar através da metodologia jurisprudencialista, calcada numa compreensão original do que se apresenta como essencial na juridicidade.

O portal fenomenológico depara-se com esse problema: considerar o Direito como manifestação de um *ente* dotado de unidade estrutural que, desde o momento de sua existência, torna-se princípio e fundamento de todas as outras características essenciais, e que reflete um critério de verdade, a facticidade do que existe fora da consciência. É a questão ontológica basilar, que, vinculada ao jurídico, exige respostas que não se esgotam no exame dos distintos momentos do ser, mas que se estendem aos modos de ser, especialmente a relação entre a juridicidade e seus destinatários, pessoas reais e as comunidades a que pertencem, não se limitando aos sujeitos tidos por juristas: descobrir a essência do ente nessa relação é a meta trilhada através da via fenomenológica, a solução ao problema do ente enquanto ente.

Por outro lado, a mesma indagação oferece um lado aporético assinalado por Hartmann: a objetualidade não pode reduzir-se à essencialidade, o que faz com que, na análise do fenômeno como fato comprovável, exista a possibilidade de perda da essência do ser, na medida em que seja confundida com a essência do fenômeno.[526] É a questão básica da ontologia tradicional, quando se confronta o correlato dos discursos racionais com o ser dos entes respectivamente investigados.

A distinção entre objetualidade e essencialidade é importante para responder à indagação sobre os critérios de verdade dos enunciados que expressam o pensamento racional. Um conceito objetivamente considerado pode não corresponder a um ente ontologicamente autônomo, mas nem por isso perde sua condição de objeto para o cognoscente; tal distinção repercute nos aspectos metodológicos e epistemológicos relacionados com o mesmo conceito, e está subentendida na separação estabelecida por Kelsen entre normas e proposições jurídicas.[527] Do mesmo modo, na distinção entre linguagem

Vittorio Klostermann, 1964, 67-114.

525 Castanheira NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade. Ensaio de uma Reposição Crítica*, tomo I: *A Crise*, Coimbra: Almedina, 1967, 196, 859.

526 Nicolai HARTMANN, *Ontologia,* México: Fondo de Cultura Económica, 1905, 189.

527 Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito,* 2.ª ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra: Arménio

jurídica e sua metalinguagem. São pressupostos subentendidos na ontologia jurisprudencialista, cuja análise leva a uma constatação preliminar, que o Direito é um ente cujo ser se reveste de singularidade que o distingue no universo das regiões do ser.

Para melhor compreensão dessa problemática, enfrentada por Neves, permito-me resgatar a concepção egológica da juridicidade, teorizada por Carlos Cossio, mais ou menos na mesma época da apresentação da tese jurisprudencialista.

Tomando por critério a classificação dos objetos do conhecimento apresentada por Cossio, podemos considerar dois tipos extremos: reais e ideais. Os primeiros têm existência em si, e subdividem-se em três subtipos: naturais, culturais e metafísicos. Os ideais não existem propriamente, mas se constituem como objetos na medida em que são pensados.

Entre os objetos reais, interessam-nos os culturais, que se caracterizam pela presença de valores em sua composição, ou seja, além de sua materialidade que os torna reais, envolvem um sentido que lhes é atribuído pelos sujeitos, os valores. Tornam-se objetos culturais em virtude de neles incidirem valores, também classificados em vários tipos, conforme o substrato real sobre o qual incidem. Tudo o que é racionalmente criado pelo ser humano é cultura e, como tal, são estudados, utilizados, manipulados ou simplesmente observados. Cossio distingue entre objetos mundanais, cujo substrato para a incidência de valorações é um objeto material — uma obra artística ou utilitária, por exemplo — e objetos egológicos, os quais têm por substrato as ações humanas. O Direito é um destes objetos, e a definição egológica deixa claro que sua essência ontológica é a conduta em interferência intersubjetiva.[528] Esta concepção coincide com a proposta pelo jurisprudencialismo, como passamos a expor.

A partir de uma leitura fenomenológica, é possível verificar que no jurisprudencialismo os três ingredientes do processo cognoscitivo apresentam-se em unidade dialética, definida por Husserl como *intencionalidade* imanente à consciência: o objeto é, portanto, o correlato intencional[529] que se projeta como *intersubjetividade*, a união das subjetividades individuais em torno de ideias que, aos poucos, se generalizam, configurando o que tem sido analisado

---

Amado, 1962, 137 e s.

[528] Carlos COSSIO, *La Teoria Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad,* 2.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. Ver também: *Teoria de la Verdade Jurídica,* Buenos Aires: Losada, 1954.

[529] Edmund HUSSERL, *Investigações Lógicas*, trad. Zelyko Loparic e André M. C. Loparic, 2.ª ed., São Paulo: Abril Cultural, col. «Os Pensadores», 1985. Ver texto introdutório de Marilena de Souza Chauí.

como inconsciente coletivo.[530] É fenômeno da vida societária produzido mediante a comunicação, elemento central na complexificação sistêmica da sociedade.[531] É também fator preponderante na ideologia, não no sentido de adesão racional e voluntária a ideais ou propósitos com alcance religioso, ético ou político, mas no sentido psicossocial de representação da sociedade e do universo no inconsciente coletivo, a imagem que ela se projeta de si mesma, e que está sujeita à manipulação mediante os processos de comunicação, no sentido de influenciar os comportamentos individuais e coletivos.[532]

A noção de intencionalidade constata a impossibilidade de pensamento puro, pois todo pensar dirige-se a um objeto. Tal afirmação significa que, na dinâmica do conhecimento jurídico, o Direito é o correlato intencional da consciência cognitiva do jurista.

Mas... em que consiste esse objeto? A resposta exigida vai além da condição de uma analítica do Direito em função de seu vínculo com o processo cognoscitivo, para ingressar na analítica do ser jurídico, onde a originalidade do pensar neviano supera todo o transcendentalismo com que a jusfilosofia tem tratado do tema.

Para responder, valho-me da distinção que Husserl estabelece entre dois fatores que se dialetizam na intencionalidade: *noema* e *noese* (*noesis*). O primeiro são os dados, os noemas — *noemata* —, que defluem do objeto para a consciência. É deles que dimana um significado decorrente de sua essência e circunstância envolvente. O segundo é o aspecto subjetivo da atribuição de significados, compreendendo todas as atitudes que interferem na apreensão intelectiva dos noemas, a cognição através da percepção, imaginação, ideologias racionais ou psicossociais, vivências místicas e religiosas, bem como o próprio saber como atitude consciente direcionada ao que se postula como verdadeiro. É uma correlação entre duas dinâmicas no ato único de conhecer, a do sujeito como *noesis* e do objeto como *noema*, o que configura o método fenomenológico: a redução dos elementos empíricos verificáveis, redução eidética, até chegar ao que permanece invariável no objeto, um *a priori* material.[533]

---

530 Carl Gustav JUNG, *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*, trad. de Maria Luiza Appy e outros, Petrópolis: Voze, 2016.

531 Niklas LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento*, trad. de Maria da Conceição C. Real, Brasília: UNB, 1980, 215.

532 Sobre a diferença entre ideologia racional e ideologia no sentido psicossocial, ver Luiz Fernando COELHO, *Teoria Crítica do Direito,* op. cit. 141.

533 Joaquim de CARVALHO, prefácio a E. HUSSERL, «A Filosofia como ciência de rigor», trad. de Albin Beau, 2.ª ed., Coimbra: Atlântida Editora, LIII-LIV.

Admitindo-se que o social seja portador de uma essência, esta identifica seu horizonte interno como algo que se apresenta como objeto. Mas além do horizonte interno, o conhecimento atinge seu horizonte externo, a abrangência de seu significado em função das circunstâncias *hic et nunc*. À proporção que estas são determinadas pelo sujeito no encontro noema/noese, o significado do objeto não é autônomo, como algo que dele sai e o qual a mente acessa, mas heterônomo, porque atribuído ou influenciado pelo sujeito.

Ao tratar-se do social, bem como das regras da moralidade e da juridicidade que o integram como expressões comunicativas, mesmo o significado essencial resulta heterônomo, pois não existe essência prévia do social, como não existe essência anterior do jurídico; é o sujeito quem as constrói, trabalho da razão prática, edificação que ocorre no plano concreto mediante a participação do sujeito em seu objeto pelo próprio ato de conhecer, e no conceptual, por meio da elaboração teorética na conformação de um paradigma de saber racionalmente escolhido pelo sujeito. Uma dinâmica que se apresenta como atividade empírica a revelar o real e suas variáveis, bem como as relações manifestas por induções, deduções e intuições; uma organização de ações a revelar uma objetividade, não como *a priori* universal, à moda do platonismo, mas situado, imanente ao objeto, todavia passível de apreensão pela consciência, e também de transformação em consequência da relação *noema/noesis*, a traduzir uma vivência, não um pensamento abstrato.

Projetado neste panorama, verifica-se que Neves identifica a construção da essência ontológica do jurídico no desenvolvimento temporal do sentido do Direito, o qual resulta de uma *poiesis* normativo-constitutiva, cujo referencial de validade é a evidência de uma historicidade ao mesmo tempo autônoma e condicionada.

Como assim, se a preexistência de condições evidencia o caráter histórico do Direito em decorrência de seus antecedentes circunstanciais? Como admitir essas pré-condições e, ao mesmo tempo, preservar a autonomia ontológica do Direito, no sentido dimanado de sua compreensão como intencionalidade?

É a mesma aporia que Nietzsche suscitara em relação à moralidade, ao afirmar que esta não passa de interpretação moral de fenômenos da existência. Os valores morais, expõe, originam-se na antítese da divisão do trabalho social. A classe dominante associa o bem ao que lhe diz respeito e o mal à classe plebeia; entre os segmentos dominados, as pessoas simples, de modo geral, o que se apresenta de mau vincula-se às elites.[534] Nesse diapasão, po-

[534] Friedrich NIETZSCHE, *Genealogia da Moral: uma polêmica*, trad. de Paulo César de Souza, São

de-se asseverar que não há Direito em si, pois o que existe é um modo de interpretar fatos da vida, precisamente o *sentido* do Direito.

Para referir-se a tal singularidade ontológica, vale-se Nuno Coelho da expressão *historicidade radical,*[535] alusão ao modo como Neves define a intersubjetividade constituinte da experiência jurídica. Tal locução pode ser lida como compreensão radicalmente ontológica que vê na historicidade a essência mesma do propriamente jurídico; incorporação jusfilosófica da visão que assevera a precedência do existir do Homem sobre sua essência, que ele não passa de projeto vocacionado para o *eidos* de si mesmo, uma enteléquia permanentemente construída em virtude da liberdade responsável que impregna as respectivas escolhas.[536] É a compreensão *ontológico-radical* do ser, expressão utilizada por Dussel em sua crítica da modernidade.[537] Também Heidegger considera sua analítica existenciária do *Dasein* — o ser-aí, a realidade humana — um ponto de partida *radical* para a compreensão do ser em geral, mais radical que o *cogito* cartesiano e mais radical ainda que toda consciência transcendental, seja kantiana, seja husserliana.[538]

É esta radicalidade na compreensão da historicidade do Direito que vislumbramos em Neves, cuja elaboração teorética forma-se na contextura de suas observações relativas à noção de natureza das coisas como estrutura categorial-objetiva. Relembra o Mestre, relatando Heidegger,[539] que para o pensamento histórico-existencial o ser não é *ob-jectum* ou *Gegenstand* numa existência anteposta, objetiva e delimitada; não é *ens*, mas fundamento que pressupõe o problema do ser, cuja solução não é a evidência imediata, como na metafísica anterior, mas o mediato, a revelação obtida pela intermediação problemática. Se o ente se funda no ser, este não pode pensar-se senão através do ente, pois só perante ele é fundamentante. Daí a distinção entre verdade ôntica, que diz respeito ao ente no seu ser, e verdade ontológica, a do ser do ente. Por isso, só há ser na medida em que ele existe como verdade. A mesma contextura conduz a conceber-se a existência como modo de ser, identificada com sua própria verdade e como ser no mundo — *Dasein* — e,

---

Paulo: Companhia das Letras, 2009.

535 Nuno Manuel Morgadinho dos Santos COELHO, *O Princípio Ontológico da Historicidade Radical e o problema da Antinomia do Direito: ensaio de aproximação filosófica ao Jurisprudencialismo*. <https://web.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/228/209>

536 Jean-Paul SARTRE, *O Existencialismo é um Humanismo*, trad. de Vergílio Ferreira, São Paulo: Abril Cultural, 1978, col. «Os Pensadores».

537 Enrique DUSSEL, *Hacia una Filosofía Política Crítica,* Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001, 403.

538 Martin HEIDEGGER, *El Ser y el Tiempo*, trad. de José Gaos, México: Fondo de Cultura Económica, 2004.

539 Martin HEIDEGGER, *El Ser y el Tiempo*, 2 e s.

ao mesmo tempo, configuradora do mundo. Donde a *historicidade radical* da existência que se revela, assim, como historicidade do ser, historicidade ontológica da verdade do ser.[540]

A ontologia radical do Direito indica, portanto, sua historicidade, não como fato temporal, mas como instância de autodeterminação do humano aberto para o ser e incumbido de dar-se a si mesmo sua essência ontológico-existencial.[541] Nas palavras de Neves, «o direito só pode compreender-se e o seu problema só pode resolver-se como tarefa axiológico-normativa a cumprir numa autonomia histórico-prática».[542] O Direito é essencialmente histórico — explica Neves —, não como substância real que se nos ofereça prontamente acabada ou revelada na história, mas apresentando-se a si mesmo como historicidade, fazendo história. O direito é atualidade — não *factum*, mas *fieri*; possibilidade a determinar concretamente, *transcendens* de uma validade a predicar, problema a resolver, «e por isso não realidade objetiva, mas objetivo para uma realidade».[543]

Em outro lugar, descreve o Mestre a «tectônica composição do universo jurídico» em quatro planos correlacionados e em sucessiva implicação: axiológico-normativo, dogmático, problemático-dialético e praxístico. Este quarto plano constitui o momento culminante do processo histórico-concreto de constituição da juridicidade, o momento em que a normatividade jurídica axiologicamente validada e dogmaticamente objetivada «constitui-se e assume-se em referência à prática histórico-social». Destaque-se a importância atribuída a esta instância de realização concreta a configurar a mediação entre o problema e o sistema. Entre os fundamentos da *praxis* assim situada na tectônica, inclui Neves os princípios, mas cuida de afastar a hierarquização recorrente entre princípios e regras, substituída pela distinção entre fundamentos e critérios, aqueles apoiados nos princípios e estes nas regras.[544]

O Direito é tarefa que se faz, não substância que se descobre; é a realização judicativo-decisória de um fazer-se, assumir-se como tal, ainda que não ignorando as circunstâncias históricas específicas dos problemas também

---

[540] Castanheira NEVES, *Questão de Facto – Questão de Direito,* 751.

[541] Castanheira NEVES, «Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito»*, in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, Coimbra: Almedina, 2002, 839.

[542] Castanheira NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 909.

[543] Castanheira NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito*, 41.

[544] Castanheira NEVES, «O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito», in *Revista Brasileira de Direito Comparado* 37 (2009), 50 e s.

específicos que configuram o «*novum* problemático, irredutível à previsibilidade dos esquemas dogmáticos».[545]

Conforme Fernando Bronze, a juridicidade é assim encarada como *factum* da experiência imediata do Direito, ou seja, as próprias relações dos sujeitos particulares, entre si e para com a sociedade.[546] São vínculos que abrangem uma estrutura normativa dotada de função prescritiva e organizatória, bem assim, os efeitos imediatos e mediatos dela decorrentes. Os primeiros são identificados nos modos históricos de racionalização e institucionalização, esta nada mais que a mesma racionalidade objetivada em padrões estandardizados de comportamentos,[547] o que coincide com a noção clássica de instituição ofertada por Maurice Hauriou, ideia que se realiza e mantém juridicamente no meio social.[548]

No tocante ao fenômeno jurídico, tal projeção inverte a relação de causalidade entre a consciência e seus produtos, como denunciara Marx, o que implica a aceitação do Direito como racional em sua estrutura regulativa, ordenamental e decisional. Tais são os efeitos imediatos da experiência histórica do Direito, complementados pelos mediatos, visualizados por Bronze em termos de concretização axiológica.[549] É possível identificar nesses resultados os fatores condicionantes da historicidade como *constituens* normativo-existencial, mas que não anulam a autonomia ontológica do Direito, à medida que se possa estatuir que o ser do Direito é seu dever-ser. Ainda que se lhe negue a configuração de uma essência previamente dada, o jurídico se revela na experiência imediata que ocorre no ato decisional, o qual não se exaure no seu momento psicológico, mas abrange toda a estrutura normativa em sua relação dialética com a situação de conflito a ser solucionada.[550]

Historicidade radical não se confunde nem com a descrição dos acontecimentos do passado, a que comumente se diz *história*, nem com o *historicismo*, a ideia de que esse desenrolar dos fatos aponta para um sentido que possibilita antever o futuro, nem com o significado aposto por Savigny, o

---

545 Castanheira NEVES, «A autonomia do Direito hoje e o contributo do Jurisprudencialismo», in Elaine Harzheim MACEDO / Daniela Boito Maumann HIDALGO, orgs., *Juridição, Direito Material e Processo. Os pilares da obra ovidiana e seus reflexos na aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 33.

546 Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito,* 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 31 e ss.

547 Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito,* 120.

548 Maurice HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, trad. de Cesarini Sforza, Milão, 1931. Ver também J. T. DELOS, «La Théorie de l'Institution», in *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, 1931, 97.

549 Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito,* 152.

550 Fernando BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito,* 152.

entendimento de que o legislador, ao construir as regras positivas, apenas dá forma à normatividade que se constrói nos subterrâneos da vida social através do costume.[551] Em Neves, a compreensão da historicidade avulta da distinção, entre *sistema* e *problema*, as dimensões noemáticas do Direito que suportam seu alcance noético, o sentido axiológico do Direito a culminar na justiça que deve impregnar o *decisum*. O sistema incorpora a intencionalidade normativa e o problema, a intencionalidade problemática, linguisticamente proposta como indagação, pergunta sobre as possíveis respostas hauridas no sistema, que, de modo bastante prosaico, pode significar simplesmente a ordem jurídico-normativa no entendimento tradicional, mas que é muito mais do que isto.[552] A intencionalidade noética defronta-se com a intencionalidade noemática, a qual advém das situações reais de conflito na coletividade, a partir do momento em que impactam a normatividade jurídica: é o caso concreto e as respectivas circunstâncias.

Eis aí o Direito em sua essencialidade: a experiência histórica que se consubstancia em sua problematicidade, característica basilar que leva o fenômeno jurídico a confundir-se com a própria essência humana em desenvolvimento. O Direito não ocorre na história, ele é sua própria história, tal como o ser humano é onticamente seu próprio devir. E assim, o Direito pode ser ontologicamente compreendido como *dialético*, uma dialeticidade que se define por sua historicidade radical, conceito que identifica o ser jurídico com o *ser-em-si* do humano, o qual é produto de uma criatividade ao mesmo tempo ontológica e antropológica.

Ontologicamente, reafirma-se a vocação do humano para um aperfeiçoamento racional ilimitado, uma tendência que poderia identificar-se com o absoluto hegeliano, desde que não considerado fora do ser do Homem, eis que ele mesmo se constrói desde o surgimento do *homo sapiens*, há aproximadamente há aproximadamente setenta mil anos.[553] A sociologia vem em apoio da antropologia, ao tomar o imperativo categórico kantiano, a consciência do dever — *sollen* — por objeto de observação empírica que comprova a existência de um sentido básico e permanente do *dever* e do sentimento de justiça no inconsciente coletivo. É um fenômeno histórico que tem sido

[551] Friedrich von SAVIGNY, «Da Vocação do nosso Tempo para a Legislação e a Ciência do Direito», *in* SAVIGNY / KIRCHMANN / ZITELMANN / KANTOROWICZ, *La Ciencia del Derecho* (coletânea), Buenos Aires: Losada, 1949.

[552] Castanheira NEVES, *Questão-de-fato — Questão-de-direito*, também citado em *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Editora Coimbra, 1993, 155.

[553] Duval Norah HARARI, *SAPIENS — Uma breve História da Humanidade*, trad. de Janaína Marco Antônio, 19.ª ed., Porto Alegre: L&PM, 2018, 11-39.

constatado desde que Ehrlich passou a estudar o *direito vivo* da sociedade e as condições pelas quais se desprendem as regras superpostas, podendo ser citados, entre outros, Petrazhitski, Timasheff, Max Weber, Pontes de Miranda e Cláudio Souto.[554] Ademais, a fundamentação antropológica recupera a visão cosmogenética de Teillard de Chardin e o existencialismo jurídico de Fechner, Mayhofer e Baptista Machado.[555]

Do até agora exposto, pode-se concluir pela autonomia ontológica do Direito, ou seja, que ele hospeda um ser-em-si que se autoedifica e concomitantemente se objetualiza numa normatividade dialética, ao detectar a transformação do sistema a cada nova situação conflitual que exija solução adequada, com justeza prático-normativa, eis que o caso decidendo é o *prius* metodológico da interpretação.

A normatividade especificamente jurídica assume feição praxiológica ao realizar-se mediante a problematicidade concreta do caso decidendo, quando se adéqua à sua solução judicativa no momento em que o sistema a exige.[556] O entendimento recorrente de que o Direito é um dado preexistente donde dimana um significado autônomo que compete ao jurista descobrir é ultrapassado pela visão do sentido do Direito como *posterius*, a resposta haurida no sistema e canalizada para o problema. O Direito não é o princípio, mas a realização do princípio. Não é pressuposto da experiência, é a experiência mesma que se realiza através do exercício jurisdicional.[557]

A compreensão noemática do sistema como intencionalidade normativa levanta dúvidas e discussões.

A primeira versa sobre a definição do ser jurídico: em Neves, trata-se da reunião em unidade ôntica de três fatores dialeticamente implicados — o sistema, o problema e o sentido. Sob o enfoque fenomenológico, os dois primeiros projetam-se do objeto cognoscendo, enquanto que o terceiro dimana da subjetividade do sujeito. Aí radica a questão: a intencionalidade noética do jurista não espelha uma postura racional, mas sim, sua postura ideológica, quando atribui significados aos *noemata* objetivamente considerados, os quais envolvem a vivência passada e a formação teórica do jurista, seus obstáculos epistemológicos e toda a sorte de influências psicossociais.

554 Cláudio SOUTO, *Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1978, 45 e ss.

555 P. Teillard de CHARDIN, *O Fenômeno Humano*, Rio de Janeiro: Martins, 1965. Ver também J. Baptista MACHADO, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1965.

556 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 34.

557 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 34.

Ou seja, mesmo que o magistrado queira conscientemente sentir-se neutro em termos de religião, moralidade e cultura, não pode desvencilhar-se dessas influências. Então, o significado do Direito não é autônomo, algo que dele brote e que seja apreendido, mas heterônomo, ou seja, ideológico. O conceito de Direito absorvido pelo senso comum teórico dos juristas é sempre ideológico. Ademais, concordando com o jurisprudencialismo, é um significado sempre renovado em cada decisão judicial.

Isto importa que a atribuição de objetividade ôntica ao Direito, que ele se ubíqua em alguma das regiões do ser como objeto natural, ideal, cultural ou metafísico, é um pressuposto sem correspondência na realidade fenomênica; o Direito não se institui autonomamente em virtude de potencialidade ontológica, mas é permanentemente constituído pela experiência, na medida em que se problematizam os conflitos e respectivas soluções normativas. A objetividade do Direito é sempre *ideológica*, ao acentuar que o ser jurídico consiste em uma criação intelectual comprometida com um *status* de dominação e manutenção de privilégios de toda ordem.

Aí avulta a segunda questão, o otimismo valorativo com que o senso comum teórico dos juristas entende o Direito. Àquela essência ontológica acrescenta-se uma característica axiológica positiva, omitindo os valores negativos da herança jurídica, como a escravidão, o despotismo, o desprezo pelos direitos humanos, para ressaltar seu correspondente positivo. E, assim, o Direito é definido como *ars boni et aequi*, identificado na justiça, no bem comum, na igualdade, na liberdade, enfim naqueles ideários que ao longo da história têm sido recorrentemente estatuídos como bastiões da fé liberal.

O mito dessa positividade axiológica tem a finalidade de ocultar os aspectos perversos do Direito, o uso das leis para semear o ódio, a discórdia e o desejo de vingança. A história do Direito revela que em nome desses valores são cometidos os crimes mais hediondos contra a Humanidade; a bondade essencial do Direito não passa de artifício retórico para sua imposição ideológica ao consenso da macrossociedade dominada, e seu caráter ético está na dependência de seu uso como instrumento de controle social.

Quando o jurisprudencialismo expõe o sentido do Direito, está implícito que nele estão compreendidos os grandes valores multilaterais, como a segurança, a ordem, a paz e, principalmente, a justiça. É o sentido que levou Miguel Reale a definir o direito como ordem na procura do bem, Ronald Dworkin a postular a integridade da ordem jurídica como virtude social a impor a todos que *levem os direitos a sério*. E ainda em John Rawls, quando se refere à *well ordered society*.

O que cumpre sempre relembrar é que o Direito, sem deixar de ser *Direito*, pode ser utilizado tanto para o bem quanto para o mal, e que a escolha depende do grau de alienação da sociedade regida por esse Direito.

Ademais, a intencionalidade normativa caracterizada jurisprudencialisticamente como sistema é o Direito Positivo entendido como único, estatal e racional, a noção construída desde o Iluminismo e que se consolidou com o Positivismo. Tal noção omite a existência da produção normativa paralela à do Estado e até contra ele, que se revela nos grupos sociais mais ou menos coesos, como certas minorias que têm suas normas de convivência substancialmente idênticas às regras oficiais, que só não são jurídicas porque a cultura consolidada no pensamento prevalecente a não as considera como tais.

O pressuposto da unicidade do Direito esquece a realidade do pluralismo, não somente o clássico assinalado por Ehrlich e Kantorovich, mas aquele que responde aos anseios e interesses dos excluídos da sociedade, os *outsiders* de Becker,[558] os favelados de Pasárgada, objeto da análise de Boaventura de Sousa Santos[559] e os desprovidos engajados em movimentos sociais, no olhar de Wolkmer.[560]

Poder-se-ia então concluir que a ontologia jurisprudencialista não se afasta do culturalismo, na medida em que considera a juridicidade como produto da atividade racional, tal como não se afasta do jusnaturalismo, em sua versão antropológico-existencial. Mas há uma diferença marcante. Tanto o culturalismo quanto o jusnaturalismo apregoam a existência ôntica do Direito como *prius* de sua efetiva realização, sendo que no jurisprudencialismo não existe essa essência prévia, ela só se concretiza no momento precisamente decisional, quando ao problema é dada a solução justa inspirada e não determinada pelo sistema.

Isso fica bem claro no exame das implicações metodológicas, tema de nosso próximo item.

---

558 Howard S. BECKER, *Outsiders*, Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

559 Boaventura de Sousa SANTOS, «Notas sobre a História Jurídico-social de Pasárgada», *in* Claúdio SOUTO / Joaquim FALCÃO, *Sociologia e Direito*, São Paulo: Pioneira, 1999.

560 Antônio Carlos WOLKMER, *Pluralismo Jurídico — Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*, 3.ª ed., São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

3. O portal lógico-metodológico: uma crítica da razão jurídica

Recordando o entendimento de Neves, enfatiza-se a autonomia existencial do Direito enquanto diálogo constante entre a *questão de fato* e a *questão de direito*, o qual faz com que seus efeitos diferenciados sejam produzidos por ele mesmo. Tal noção acarreta implicações nos planos lógico e epistemológico do conhecimento do Direito.

No plano lógico, a metodologia jurisprudencialista decorre da relação de imanência entre Direito e pensamento jurídico. A juridicidade não pode ser objetivamente apreendida se introduzir vieses que não se coadunem com seu *modus* constitutivo peculiar, como desde logo, na apresentação de sua tese de doutoramento, declara Neves.[561]

Trata-se de racionalidade específica, definida como *crítico-reflexiva*: crítica, porque voltada para a principal meta do saber que se reputa racional, neste caso a verdade jurídica; e reflexiva, porque tal descoberta volta-se para si mesma, uma verdade intelectivamente construída, a qual se opera mediante o diálogo constante entre sistema e problema; Ferraz Jr. o define como *reflexividade* da relação *pergunta-resposta*, modelo primário da discussão que não se resume no questionamento de objetivos e fundamentos de todo discurso racional, os quais devem ser justificados, mas envolvendo o questionamento das próprias justificações. Trata-se, então, de captar a discussão como um processo de argumentação, o que significa tratar do ato de discutir como ato de persuadir e convencer.[562] Colocação análoga levou Viehweg à separação metodológica entre questões dogmáticas e zetéticas, a partir da evidência de que toda investigação jurídica está sempre vinculada à relação entre problemas que exigem soluções e respostas referidas a problemas específicos.[563]

No jurisprudencialismo, a pergunta sintetiza linguisticamente o problema e a resposta advém do sistema, ambos correspondendo à dimensão noemática do jurídico, enquanto que o sentido à sua dimensão noética. Sendo assim, a problemática lógico-metodológica deflui da relação entre *logos* e *praxis*: o conhecimento jurídico não é senão o próprio Direito a refletir sobre si, ao

561 Castanheira NEVES, *Questão-de-Fato — Questão-de-Direito*, apresentação.

562 Tércio Sampaio FERRAZ Jr., *Direito, Retórica e Comunicação*, 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, 5 e s.

563 Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid: Taurus, 1964.

mesmo tempo em que institui e constitui seu objeto, visto que o momento de constituição da juridicidade é o concreto decisório.

A metodologia jurídica vem a ser, então, a instância racional que possibilita ao julgador, a partir das fontes sistêmicas, estabelecer o sentido jurídico da solução dada ao problema. Se tivermos em conta que a exigência de racionalidade se impôs no pensamento ocidental com o Iluminismo, e que, através da história, ela teve diversos modos de se manifestar, é de se indagar que tipo de racionalidade o método crítico-reflexivo envolve.

Pode-se adiantar que se trata de racionalidade distanciada da concebida desde Descartes, na pressuposição do sujeito pensante e inspirada no modelo axiomático-sintético da geometria euclidiana, sendo, por isso, denominada *razão geométrica*. Na evolução desta forma iluminista, a partir de Leibniz, a matemática passou a ser considerada uma construção do sujeito e, com Herder e Vico, a racionalidade veio a revestir-se de caráter dialético-histórico. Se, por um lado, o sujeito constitui e constrói o próprio objeto, precisamente nesse mesmo processo se constrói a si mesmo em um *feedback* absolutamente inseparável.[564] Neste horizonte, a metodologia calcada na ontologia jurisprudencialista insere-se nessa racionalidade, postura a exigir um pensar dialético, em que os raciocínios analíticos são apenas parte do procedimento mais amplo, consistente em um fazer consciente que é ao mesmo tempo um saber.

Uma analítica do Direito, como norma e *decisum*, revela uma aporia,[565] a inadequação entre o ser da norma, concebido como dialético, em contraposição à sua universalização conceitual, preconizada pela metodologia nucleada no pensamento lógico-formal; é que o conhecimento dirigido ao fenômeno jurídico, cujas condições de validade devem ser pesquisadas e estabelecidas, opera-se numa dimensão lógica que exige, além do plano formal-abstrato, um alcance metodológico-material. A lógica exsurge, portanto, como meio de avaliação crítica desse instrumental, a fim de que o sujeito efetive um conjunto de objetivos sociais, políticos, ideológicos e valorativos, mas em seu papel próprio de sujeito de um saber que é também um fazer, e que tem seu pleno momento existencial na concreta decisão judicial.

Aí surge o problema do confronto entre hermenêutica, teoria da interpretação, integração e aplicação das leis, e metodologia, procedimento adequado para a descoberta da verdade que, no caso do Direito, é a fundamentação justa da resposta exigida pelas partes processualmente litigantes, a solução

564 Gonçal MAYOS, *Macrofilosofía de la Modernidad*, Rota: dLibro, 2012, 52 e s.

565 Tércio Sampaio FERRAZ Jr., *Direito, Retórica e Comunicação,* 20.

justa das lides judiciais. No enfoque dogmático, a interpretação é direcionada às formas de expressão do que comumente se entende por Direito,[566] sendo a preocupação metodológica a eficácia dos métodos linguístico-semiológicos, lógico-formais ou dialéticos, histórico-normativos ou institucionais, sistemáticos em sentido lógico ou sistêmicos no sentido sociológico.

Tudo isso pressupõe o Direito como normatividade já anteriormente estabelecida, o que é incompatível com o jurisprudencialismo, cujo enfoque não está na compreensão de significados que se comunicam à experiência judicial, mas na determinação do fundamento de uma concreta decisão judicativa. O jurisprudencialismo procura, por isso mesmo, distinguir entre a interpretação dos signos comunicacionais do Direito e a teorização do método, metodologia e metodonomologia, respectivamente, palavra introduzida por Bronze.[567] A metodologia refere-se à expressão significante da norma, sua dimensão fenomenológica e cultural; a metodonomologia, cujo significado etimológico alude às regras do método, à dimensão intencional e jurídica da norma, ou seja, «o que a faz ser norma», a «*norma da norma*», nas palavras de Neves.[568]

Se o problema hermenêutico é o de uma *compreensão*, o problema metodológico é o de um *juízo* voltado para o acesso e assimilação da normatividade especificamente jurídica, revelada nos parâmetros normativo-jurídicos dos problemáticos e concretos juízos decidendos. Essa atitude exige a constituição de instrumentos específicos de avaliação da interpretação jurídica, nas suas também singulares dimensões de pressupostos intencionais, cuja racionalidade é também apontada por Fernando Bronze, segundo três critérios considerados em conjunto ou separadamente: as valorações como razão fundamentante, objetivos pragmáticos como razão finalística e a articulação de formas comportamentais, para atenuar a complexidade inerente ao sistema jurídico, uma racionalidade sistêmica. O alcance dessa metodologia é a reafirmação da autonomia do Direito também no campo lógico-metodológico, sem necessidade de buscar os fundamentos da decisão em outros domínios culturais.

Não obstante, se tivermos em mente a ideia de racionalidade sistêmica fulcrada na concepção luhmanniana da sociedade complexa,[569] poder-se-ia objetar que a complexidade do jurídico induz à sua desconstrução como

---

566 R. Limongi FRANÇA, *Formas e Aplicação do Direito Positivo,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

567 Fernando BRONZE, *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença (Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

568 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 143.

569 Niklas LUHMANN, *Ilustración Sociológica y otros ensayos,* trad. de H. A. Murena, Buenos Aires: SUR, 1973. Ver também *La Differenziazione del Diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. de R. de Giorg e M. Silbemagi, Bolonha: Mulino Spa, 1990.

ontologicamente autônomo. Para responder a esta questão, releva a separação inicial entre objetualidade e essencialidade, pois a metodologia a que se refere Bronze diz respeito ao momento existencial que o jurisprudencialismo centraliza no juízo decisório, e não à aproximação intelectiva ao fenômeno objetivado mediante fundamentos e critérios, uma distinção que Neves cuida de estabelecer ao tratar da interpretação jurídica como «momento da concreta e problemático-decisória realização do direito».[570] É um espaço hermenêutico metodonomológico.

Não obstante, tal postura engendra consequências merecedoras de reflexão, notadamente quando leva inexoravelmente a um tratamento unitário dos tipos de conhecimento que se forjam como análise conceptual do fenômeno jurídico e como exercício de uma atividade racional. Com efeito, depreende-se da análise jurisprudencialista a impossibilidade da separação absoluta entre esses dois tipos de conhecimento, um ocorrente no espaço subjetivo, como *logos* e outro no plano fenomenológico, enquanto Teoria do Direito, separação a que aludimos na introdução.

Isso explica a dificuldade em delimitar o campo da jurisprudência como ciência e o da lógica do Direito enquanto seu núcleo metodológico; a primeira exige a intercomplementação de dois modos de conhecer, o dogmático, dirigido à normatividade manifesta nas instâncias nomogenéticas, e o lógico, dirigido às condições de validade de um pensamento caracterizado como jurídico. Este não fica limitado a categorias lógico-analíticas, porquanto o *logos* específico do Direito constitui uma intencionalidade a convergir para uma lógica da concreção jurídica e não para uma analítica circunscrita às relações sintáticas e semânticas de suas formas de expressão. As relações pragmáticas estão integradas neste *logos* constituinte e instituinte.

Dessa articulação subjetivo-objetiva decorre a necessidade de repensar os pressupostos da racionalidade jurídica, pois as operações intelectuais que o jurista deve efetuar para desincumbir-se de sua tarefa de dizer o jurídico — *jurisdição* —, leva-o a *raciocinar*, *valorar e decidir*. O ato decisional — e não somente a ação jurisdicional é decisional, pois todo ato juridicamente relevante decorre de opção entre valores conflitantes — é operação complexa, onde entram, além de fatores lógicos, também os de caráter intuitivo e emocional.

A lógica ordinária tende a excluir essas valorações de seu objeto, mas a ciência da lógica ao serviço do Direito vem justamente questionar tal exclusão, quando se constata que o ato decisional é levado a efeito pelo jurista na

570 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 142.

dimensão fenomenológica, objetiva e dogmática de seu saber, como protagonista de ações cuja complexidade envolve sua participação no respectivo resultado. Ademais, o plano lógico do conhecimento jurídico imbrica-se com o epistemológico, na medida em que os critérios de verdade pressupostos no respectivo discurso pressupõem um paradigma epistêmico portador de uma pré-compreensão que não pode ser ignorada numa perspectiva crítica que analisa seus pressupostos ideológicos, uma *crítica da razão jurídica*.

A partir dos fundamentos fenomenológicos articulados, o desvelamento da pré-compreensão constata que o acesso racional ao Direito não pode estar dissociado da realidade social, e que a interpretação da lei não se exaure no conhecimento linguístico ou lógico da mesma, mas envolve a tomada de decisões que vão repercutir mediata ou imediatamente no mundo. Sendo assim, a tarefa científica do jurista comporta um conjunto de atos gnósicos tendentes à revelação do sentido jurídico das regras dimanadas da própria sociedade, impostas através da autoridade que a pretende representar, ou espontaneamente observadas em virtude de uma adesão ideológica. Em tais condições, a dogmática jurídica converge para a hermenêutica, na situação de teoria da interpretação das leis e de exercício efetivo dessa interpretação.

Na medida em que a lógica do Direito se vale da ciência da lógica no entendimento ordinário, ela deixa de ser lógica de normas e decisões *jurídicas*, para transmutar-se em lógica de enunciados ditos *normativos* ou *deônticos*, tão somente em virtude do liame imputativo — *dever-ser* — que os distingue das proposições apofânticas. Portanto, quando o pensamento se ocupa dessas formas abstratas, trata-se de uma analítica de proposições jurídicas, não de uma analítica do Direito. E assim, exsurge o problema da validade dos enunciados que expressam a juridicidade de ambos os discursos, o normativo e o decisional.

Quando o portal fenomenológico entreabre nova compreensão do Direito, com o socorro da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer,[571] que se não coaduna com a tradicional, quando a juridicidade passa a incorporar seu sentido ético mais autêntico, o *justo*, a metodologia resgata a ideia do Direito como *juris prudentia*, e as decisões concretas passam a inspirar-se em fatores outros, como o bom senso, a razoabilidade, o equilíbrio emocional, a equidade, a prudência, os tópicos, entre outros. Por conseguinte, os pressupostos lógicos do pensamento jurídico concreto não podem ser axiomatizados em

[571] Lênio STRECK, *Hermenêutica Jurídica (e)m Crise*: *uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 11.ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Ver também Raimundo Bezerra FALCÃO, *Hermenêutica,* São Paulo: Malheiros, 2000.

termos de cálculo analítico, mas levam em conta essas valorações, adotando modelos que espelham um *logos* de razoabilidade, que não deixa de ser um aspecto prático da racionalidade.

A clássica noção aristotélica de equidade jamais deixou de estar presente na hermenêutica geral do Direito desde as insurgências iniciais contra dogmatismo exegético, conceptualista e analítico, tendo procurado sua roupagem pós-positivista no *logos del razonable* de Recaséns Siches,[572] na nova retórica de Perelman e do grupo de Bruxelas, com sua lógica das probabilidades, da argumentação e da controvérsia,[573] e na tópica de Viehweg, destinada a lidar com problemas existenciais e não com sistemas abstratos.[574] A estas diversas tendências corresponde uma lógica, não demonstrativa, mas inventiva, exposta em uma série de ensaios que convergiram para o pensamento dialético. [575]

Essa cosmovisão viu-se renovada na hermenêutica constitucional, quando se postula a adoção dos princípios da ponderação e da proporcionalidade.[576] Em situações análogas, a linguagem jurídica fala em precaução, prudência e cautela, temas presentes na metodologia centrada no método tópico-problemático, de Viehweg, e convergindo para o discursivo-argumentativo de Alexy[577] e para os métodos científico-espiritual de Smend,[578] hermenêutico-concretizador de Hesse,[579] normativo-estruturante de Müller[580] e o método da constituição aberta de Häberle.[581]

Não obstante, a valoração jurídica não exclui a possibilidade de adoção dos critérios de verdade e falsidade para as normas e para os raciocínios do Direito. Entretanto, uma vez admitidos os valores, na objetividade de sua contingência histórica, a verdade e a falsidade desses raciocínios passam a

---

572 Luís RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofia del Derecho*, 4.ª ed., México: Porrúa, 1970.

573 Chaïm PERELMAN, *Tratado da Argumentação — A Nova Retórica*, São Paulo: Martins Fontes, 1996. Ver também «Propos de Ia Règle de Droit — Réflexions de Méthode», *in La Règle de Droit*, Bruxelas: Établissernents Émile Bruylant, 1971.

574 Theodor VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid: Taurus, 1964.

575 Michel VILLEY, «Donnés Historiques», in *Archives*, XI, X.

576 Willis Santiago GUERRA FILHO, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., São Paulo: IBDC e Celso Bastos, 2001.

577 Robert ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica — A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

578 Rudolf SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

579 Konrad HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1991.

580 Friedrich MÜLLER, *Teoria Estruturante do Direito,* trad. de Peter Naumann e outros, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

581 Peter HÄBERLE, *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

ser polarizados em torno dos mesmos. Na complexidade inerente ao jurídico, fatores irracionais[582] e crenças operativas[583] atuam na atividade legiferante e decisória, desde a determinação psicológica que explica a adesão a certos diretivos, até como conteúdo do enunciado final da regra concreta em que a sentença se constitui. Mas esta será sempre resultado de uma inferência pela qual se estabelece o equilíbrio entre todos os outros fatores.

A valoração jurídica se exerce de três modos implicados: estimativo-emocional, projetado a partir de elementos irracionais, normativo-constitutivo, dimanado da moralidade social, e lógico-anancástico, estes atuantes analogamente às leis naturais, no sentido explicitado por Von Wright.[584] Não obstante, uma vez estabelecidas, as valorações atuam no processo decisório como derivação inexorável de regularidades descobertas nas relações das entidades lógicas entre si. A valoração apofântica interfere, assim, na juridicidade, para estabelecer o equilíbrio entre as emocionais e as propriamente normativas, mas as três formam estrutura dialética unitária. No sistema jurídico, as regras e os valores atuam como imperativos independentes[585], diretivos pessoais heterônomos, objetos psicofísicos que, uma vez expressados, se desligam da fonte de produção e passam a existir independentemente.[586]

Nem a subsunção, nem o irracionalismo abrangem a riqueza de *nuances* do pensamento jurídico decisional. A realização de valorações independentes normativamente configuradas importará que se estabeleça racionalmente certo equilíbrio, traduzindo no tocante à conduta do magistrado, o ideal da *ars boni et aequi*. Na prática, a consciência jurídica, que exprime a vivência dos valores comunitários, exige que o magistrado se desvincule das pressões do meio circundante para realizar a justiça, que se mantenha equidistante no que concerne ao ânimo das partes em litígio e não se deixe influenciar por fatores catatímicos. Se a sentença prolatada falha na realização da justiça, as consequências não se cingem às partes, podendo gerar danos irreparáveis à coletividade.

---

582 Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2.ª ed., trad. de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

583 Alf ROSS, *Hacia una Ciencia Realista del Derecho,* trad. de Júlio Barbosa, 2.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961. Observação: a atividade judicial como *política* será retomada ao tratarmos do portal epistemológico.

584 G. Henrik von WRIGHT, *Norma y Acción. Una Investigación Lógica*, trad. de Pedro Garcia Ferrero, Madrid: Tecnos, 1970.

585 Karl OLIVECRONA, *El Derecho como Hecho,* trad. de Gerónimo Cortés Funes, Buenos Aires: Lib. Jurídica, 1953, 104.

586 Karl OLIVECRONA, *El Derecho como Hecho,* 29. Ver também Alf ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.,* 317 e ss.

No trato dos fatores que influenciam a conclusão decisória, surge, então, o problema da injustiça da lei, o que pode ocasionar decisões *contra legem*. Estas podem ter o objetivo de preservar a coerência axiológica do ordenamento, situação em que o magistrado, sem rebelar-se propriamente contra a norma, declare-a inaplicável, tendo em vista que sua aplicação a determinado caso poderá contradizer valorações acolhidas constitucionalmente como direitos fundamentais, ou mesmo as derivadas dos princípios gerais do Direito.

Se os raciocínios do jurista compreendem as valorações, o componente ideológico da complexidade da experiência jurídica, os estudos relacionados com a lógica das normas evidenciam que, desprovidas de sua concreção, reduzem-se a uma entidade abstrata inteiramente vazia, embora preenchida com os conteúdos que o jurista, ao aplicar a lei, lhes atribui. É nesse momento de encontro noético e noemático que se configura a plenitude do ser jurídico, como *dasein* e *mitsein*. É igualmente o momento em que o conhecimento jurídico se realiza como participação do sujeito em seu objeto intencional, que não é atuação alienada, mas processo consciente de reconstrução do Direito e da sociedade. É a metodologia do Direito, como *theoresis* na reconstrução conceptual de uma dialeticidade fenomênica e, ao mesmo tempo, como realização do próprio fenômeno em sua dialeticidade específica. Metodologia que, em outro lugar, designei como *dialética de participação*,[587] incluindo a teoria da argumentação, a tópica e a pragmática do Direito, enfoques especiais que acabam por integrar-se na compreensão propiciada pela razão dialética. E, assim, a lógica da decisão desemboca na hermenêutica, pois toda tarefa de interpretação, integração e aplicação do Direito envolve, além dos aludidos fatores emocionais, a aplicação prática dos princípios da lógica dos raciocínios, com vistas à decisão concreta, correta e justa.[588]

A razão dialética pode ser definida em função de dois pressupostos objetivamente presentes no ser e, subjetivamente, no modo como a inteligência os apreende: *totalidade* e *movimento*.[589]

A noção de totalidade opõe-se à concepção de que o real seja constituído de partes ou elementos, conceitos relativos correspondentes a uma abstração

[587] Observação: sobre a dialética da participação, ver Luiz Fernando COELHO, *Teoria Crítica do Direito*, op. cit. cap. I, item 3.

[588] Rafael BIELSA, *Metodologia Jurídica*, Santa Fé: Castellvi, 1961. Ver também Martin STONE, «Interpretação e metodologia na teoria jurídica», *in* Andrei MARMOR, org., *Direito e Interpretação,* São Paulo: Martins Fontes, 2000, 145-232.

[589] P. V. KOPNIN, *Fundamentos Lógicos da Ciência,* trad. de Paulo Asevedo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, 74. Ver também Álvaro Vieira PINTO, *Ciência e Existência,* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, 68.

do espírito cognoscente, que têm sua razão de ser na referência a um complexo estrutural. O movimento é qualidade intrínseca do existente. Existência e movimento são inseparáveis, mas a aparente evidência de que somente os objetos físicos se movem impede que se possa atribuir essa característica aos seres ideais, aqueles cuja existência se exaure no ato de pensá-los. Todavia, o real e o ideal movem-se, a natureza, a matéria, o espírito, as formas, as ideias, tudo se move.

A partir de Aristóteles, tem-se que o movimento se relaciona com alguma das categorias do ser, revelando-se como o ato daquilo que existe em potência, enquanto se atualiza antes de estar realizado em ato.[590] Daí a definição de movimento, como *atualidade do possível em devir enquanto possível*[591], noção relacionada com a ideia do *devir* ou *vir-a-ser*, fundamental para o entendimento da dialética da sociedade, da História e do Direito. Em Hegel é a passagem do ser que se afirma como tese ao não-ser que constitui sua antítese, superando-se ambos numa síntese que se afirma como nova tese. Esta noção assinala o devir como transformação a envolver um sentido de aperfeiçoamento — *Aufhebung.*[592]

A metafísica hegeliana foi aproveitada por Marx, que lhe atribuiu conteúdo histórico e alicerçou-a na realidade social,[593] o que não prejudicou os alicerces hegelianos para a compreensão da dialética enquanto forma de racionalidade; e assim, pode-se concluir que o devir do pensamento e da sociedade sinaliza o retorno sobre o superado para elevá-lo de nível e libertá-lo de suas limitações.

A razão dialética articula o ser, o pensar e o comunicar da experiência jurídica, com o fazer que catalisa essa experiência, e dessa união entre a subjetividade do pensar e a objetividade do fazer é que se forja a dialética da participação como método para pensar e realizar o Direito. A partir de Husserl, pode-se concebê-la como transferência da *noesis* para o plano noemático, pois o objeto só se constitui em função do sujeito que, dele participando, o constrói.

Tais reflexões fornecem os fundamentos para que se caracterize o jurisprudencialismo como uma compreensão dialético-racional, que supera a racionalidade geométrica dominante no pensamento jurídico desde o Iluminismo. Talvez esse *logos,* praxiologicamente ubiquado na relação sistema/problema, responda à crítica dirigida à hermenêutica tradicional: que ela espelha uma

---

590 Aristóteles, *Categorias,* cap. 14

591 Aristóteles, *Metafisica,* Livro XI, cap. 9.

592 Friedrich HEGEL, *A Fenomenologia do Espírito,* trad. de Henrique Cláudio de Lima Vaz, São Paulo: Abril Cultural, col. «Os Pensadores», vol. XXX, 1974.

593 Karl MARX / Friedrich ENGELS, *A Ideologia Alemã,* 4.ª ed., trad. De Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira, Lisboa: Presença, 1980. Ver também Karl MARX, *Teses sobre Feuerbach*, in Karl MARX / Friedrich ENGELS, *Obras Escolhidas,* São Paulo: Alfa Ômega, vol. III.

principiologia inteiramente mitológica, pois faz referência a pressupostos, senão falsos, pelo menos dubitáveis em sua aptidão e eficácia jurídico-metodológica: o primado da lei, o legalismo dogmático, a autonomia dos significados e a univocidade igualmente significativa da lei, o suporte semântico dos significados normativos, especialmente quando têm a vontade ou intenção — *mens legis* — por referencial, a função descobridora do intérprete e a teoria da subsunção.

Ora, o jurisprudencialismo afirma que o primado não é da lei, mas da justiça, que a resolução dos litígios deve ser tópica, com fulcro em problemas tangíveis, e não sistemático, a partir de princípios, que a intencionalidade normativa é a heteronomia,[594] multivocidade e pragmaticidade dos significados a incidirem sobre o problema, nos quais interfere a subjetividade hermenêutica do julgador, que a função hermenêutica é criadora de sentidos e não de mera reprodução de significados preexistentes.

Quanto à subsunção, o jurisprudencialismo aponta que as decisões jurídicas, especialmente as judiciais, não são ideologicamente neutras, pois o magistrado é portador de valores, crenças e preconceitos, herdeiro de um passado teórico que interfere no ato decisional. O pressuposto do livre convencimento do juiz[595] leva-o a procurar realizar a justiça, mesmo que tal aspiração aparentemente implique decisão *contra legem*, e a teoria da equidade põe em relevo essa característica da atividade jurisdicional, de o magistrado procurar realizar a justiça concreta das situações vividas. Aí radica o princípio básico da dinamicidade do Direito, o fundamento da verdade jurídica identificada na justiça e haurida pelo julgador como intencionalidade dimanada do sistema.

4. O portal epistemológico: o paradigma jurisprudencialista

O novo paradigma de saber jurídico que deflui da ontologia e da metodologia jurisprudencialistas evoca a reflexão crítica de Bachelard a respeito dos obstáculos que maculam a exigência positivista de neutralidade da ciência. Contra a regra que preconiza a separação entre sujeito e objeto, pondera

[594] Luis Alberto WARAT, *Mitos e Teorias da Interpretação da Lei*, Porto Alegre: Síntese, 1979.

[595] Mario GUIMARÃES, *O juiz e a função jurisdicional,* Rio: Forense, 1958, cap. XXIII.

Bachelard que o cientista é produto de uma circunstância ideológica passada e presente que se interpõe entre ele e seu objeto, e que este é reconstruído por aquele. A ciência contemporânea é mais do que uma descrição de fenômenos: é uma produção de fenômenos e, por isso, a neutralidade ideológica da ciência é uma impossibilidade epistêmica.[596] Também Popper compartilha tal posicionamento, em relação ao positivismo lógico, ao anatematizar o princípio da verificação e substituí-lo por um critério de aceitação pelos cientistas interessados: uma teoria científica é verdadeira apenas provisoriamente, enquanto aceite como tal, e a verdade de seus enunciados mantém-se em virtude de certo grau de concordância por parte da comunidade científica. É essa aceitação, e não a correspondência com os fatos, que condiciona a verdade do saber. [597]

Ao tratar das ciências sociais, deve-se levar em conta que o cientista faz parte de seu objeto, eis que, quando ele o observa, o objeto já não é o mesmo, pois ter-se-á modificado em virtude do próprio ato de tornar-se conhecido. É uma postura que já Nietzsche compartilhara, ao tratar da relação entre os valores e os agentes da valoração.[598] Está subentendida, igualmente, na tentativa do realismo escandinavo de reconstruir o Direito como ciência empírica. A aparência de que toda decisão, envolvendo efeitos que se inserem no conjunto de fenômenos jurídicos, é efetivamente ato criador de Direito, levou Alf Ross a tratar de modo unitário o papel das diversas instâncias na elaboração do Direito, sob o denominador comum de *política jurídica*.[599] Esta abarca todos os problemas práticos decorrentes do alcance técnico do Direito para a consecução de objetivos sociais. Ao lado, portanto, de uma política *de lege ferenda,* evidencia-se uma *de sententia ferenda* que não pode ser ignorada, enquanto parte da ciência do Direito.[600] Tal como Engisch, reconhece que as palavras da lei e as outras fontes nomogenéticas induzem o juiz e as autoridades que administram o Direito a sentirem-se obrigados pelos textos. Não obstante, *toda administração de justiça contém um ponto*

---

596 Gaston BACHELARD, *La Formation de l'Esprit Scientifique*, Paris: 1967. Ver também «Noumène et Microphysique», *in* Études, Paris: Vrin. Ver também Pierre QUILLET, *Introdução ao Pensamento de Bachelard*, Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

597 Karl POPPER, *A Lógica da Pesquisa Científica*, trad. de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix e USP, 1975, 300 e ss. Ver também *Conhecimento Objetivo,* trad. de Milton Amado, Belo Horizonte: Itatiaia e USP, 1975, 322, 328 e ss. Ver também *Lógica das Ciências Sociais*, trad. de Estevão Martins e outros, Brasília: UnB, 1978.

598 Friedrich NIETZSCHE, *Genealogia da Moral — Uma polêmica,* também citado em *Crepúsculo dos Ídolos*, São Paulo: Escala, 2008.

599 Alf ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit. 317 e s.

600 *Idem*, 321.

de decisão que ultrapassa a atividade intelectual[601] e as fontes do Direito envolvem necessariamente uma interpretação. A conclusão a que chega, é que a norma jurídica concreta em que se traduz a decisão, é sempre criação, no sentido de que não é mera derivação lógica de regras dadas.[602]

O modelo epistêmico do jurisprudencialismo deve ser compreendido nessa perspectiva, pois entende Neves que pensar o Direito não é o ato de um espectador, mas de um protagonista. É também uma dialética de participação, a qual vem em socorro da afirmação da autonomia do Direito também no plano epistemológico. Coerentemente com a ambiência doutrinária em que se forjou, o jurisprudencialismo constrói o Direito como ciência autônoma, sem recair no purismo metodológico kelseniano, nem no exclusivismo egológico, que antevê como jurídica a intersubjetividade dos comportamentos jurídico-normativamente regrados, sem precisar o momento da concretização ôntica da juridicidade, o que a ontologia jurisprudencialista precisamente estabelece. Também não se confunde com o empirismo sociológico de Ross, o qual oferece certo paralelismo com a tese dos direitos e da experiência jurídica como integração, proposta por Dworkin.[603]

Neves defende a autonomia do Direito no universo das ciências humanas, defesa que se verifica na ambiência das tentativas de elaboração da própria filosofia como ciência rigorosa, manifesta na fenomenologia de Edmund Husserl, e do desenvolvimento da sociologia como teoria da observação em bases naturalística e empírica, tarefa de que se desincumbiu Niklas Luhmann. No saber jurídico, registram-se as tentativas do *legal realism*, seja a orientação psicológico-social do realismo jurídico norte-americano, seja a tentativa do realismo jurídico escandinavo de construir o Direito como ciência empírica. Na visão de Neves, trata-se de superar os paradigmas moderno-iluministas, bem como os modelos recorrentes do saber jurídico, elaborados na esteira do jusnaturalismo racionalista. Tais paradigmas mostraram-se insuficientes, tendo então sido necessário reconstruir conceptualmente o fenômeno jurídico enquanto teoria e *praxis* que se realizam na experiência ocorrente no ambiente comunitário, enquanto atrelado à realidade dos conflitos que se transmutam em casos judiciais. Assim, a construção teorética do Direito e sua concretização têm como núcleo a própria atividade jurisdicional, postura que pressupõe um conceito de Direito que a comporte, com repercussões no

601 *Idem ibidem.*

602 *Idem ibídem.*

603 Ronald DWORKIN, *Los Derechos en Serio,* trad. de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 1995.

campo da lógica, da metodologia e da epistemologia, no trato dos problemas respectivamente suscitados.

São teses cuja intertextualidade sói reforçar os fundamentos do jurisprudencialismo, o qual efetivamente supera as recorrentes antinomias do pensamento científico voltado para a análise da juridicidade. A antítese entre normativismo abstrato e sociologismo irracionalista é superada pela mundividência estrutural e dinâmica que a racionalidade dialética suscita; a oposição entre conceptualismo e jurisprudência de interesses é superada pela jurisprudência de problemas; e a antinomia entre o pensamento analítico e o psicologismo voluntarista fica superada pela lógica dialética, a qual se nucleia na dialeticidade objetiva do fenômeno jurídico.

Neves refere-se especificamente aos modelos normativista e funcionalista, aos quais o jurispudencialismo se propõe como alternativa que mais condiz com a historicidade radical do Direito. Sua proposta tem, todavia, alcance ainda mais amplo, pois ultrapassa igualmente os modelos calcados na tipologia culturalista dos objetos do conhecimento: dogmático-intelectivo, sociológico-explicativo e dialético-compreensivo, que correspondem aproximadamente aos padrões de racionalidade apontados por Neves. A racionalidade específica do jurisprudencialismo envolve a compreensão dialética da relação sistema-problema e da própria dinâmica normativa.[604]

5. À guisa de epílogo: o grande *hall* do jurisprudencialismo

Os três portais que nos conduziram ao salão principal, objetivo desta jornada fenomenológica, lógico-metodológica e epistemológica, ativeram-se ao presente doutrinário do jurisprudencialismo, enriquecido por expressivas correntes doutrinárias que se detiveram a analisar as diversas *nuances* que a problemática da autonomia do Direito envolve.

Eis-nos, todavia, em face de uma questão que certamente será abordada na continuidade destes estudos: o futuro do jurisprudencialismo, tendo em vista que os tempos atuais presenciam nova revolução a influenciar os

[604] Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 155 e ss.

comportamentos individuais e comunitários, com imprevisíveis repercussões no pensamento filosófico e jusfilosófico.

No desenvolvimento histórico da sociedade atual, definida como pós-moderna, ela primeiro se caracteriza por transformações profundas no campo das comunicações, em virtude do desenvolvimento da microeletrônica e aperfeiçoamento dos computadores. Esses acontecimentos caracterizaram uma segunda revolução industrial, uma *revolução cibernética*, marcada pelo aperfeiçoamento e extrema sofisticação dos computadores, como máquinas que controlam outras máquinas, o que possibilitou o controle dos comportamentos individuais e coletivos para muito além do que a ficção jamais imaginara.

O que hoje se vivencia pode ser denominada *revolução digital*, cujo início pode ser marcado já no final do século XX, com a invenção do telefone celular em 1973, e seu constante aperfeiçoamento, chegando ao século atual como acelerado desenvolvimento da tecnologia que levou aos atuais *smartphones*. Tal evolução nas comunicações tem tido consequências de tamanha magnitude nas relações humanas que praticamente obriga à revisão de conceitos e paradigmas praticamente estratificados, e ideologias que se consideravam inabaláveis.

A revolução digital, com maior ou menor intensidade, tem sido colocada em situações de confronto entre o imprescindível salto naquilo que é obscuro para a maioria e os seus arraigados e confortáveis modelos de sapiência e padrões de conduta, e quem não se decide pelo salto evolutivo tende a estagnar. Tanto no plano individual quanto no familiar, no pequeno grupo social e no trabalho, a recomendação histórica que persiste valendo é reciclar, incorporar as novidades e rever as posições anteriores. As verdades absolutas criadas ou adotadas durante toda a vida têm de ser repensadas, gerando uma tensão entre essa necessidade de mudança e a de preservação dos modelos que representam valores, aquilo que concebemos como o bem, a verdade, a ética e o respeito pelo outro.

Esse conflito apocalíptico torna-se extremamente intensificado na contemporaneidade. Com efeito, as novas descobertas e invenções, a conquista do espaço sideral, do fundo marinho e do espaço microfísico, o progressivo controle das forças da natureza e da própria vida,[605] a inteligência artificial, levam o Homem a um estado de transcendência histórica, eis que ele é a

[605] Observação: registre-se o impacto causado pelo noticiário recente acerca do nascimento, na China, dos primeiros bebês geneticamente modificados.

síntese do passado, presente e futuro. O ser humano é fruto de um passado histórico, mas seu presente já incorpora tudo o que ele espera vivenciar como futuro, inclusive o apocalipse final, eis que ele já é detentor dos meios capazes de exterminar a vida no planeta.[606]

O que esperar então do pensamento filosófico-jurídico? Quais doutrinas, metodologias e formas de racionalidade surgirão para dar resposta às novas exigências e conflitos, problemas que extravasam nossa compreensão acerca do Direito e da justiça? Qual o futuro do Direito, quando articulação sistêmico-problemática deixa de confinar-se aos espaços geopolíticos?

Com estas reflexões, encerro minha exposição, na certeza de que a mensagem jurisprudencialista de António Castanheira Neves representa notável contribuição para o aperfeiçoamento do Direito, como teoria e experiência, sendo de destacar-se seu sentido: a compreensão do ser jurídico enquanto vontade intersubjetivamente compartilhada de realização de uma ética norteada pela justiça em todos os quadrantes da vivência social, que se efetiva mediante a intermediação jurisdicional. É a compreensão do saber jurídico em sua vocação mais autêntica, a realização por meio do Direito dos valores inerentes à pessoa humana.

606 Michael E. ZIMMERMAN, *Contesting Earth's Future. Radical Ecology and postmodernity*, Los Angeles: University of California Press, 1994.

(Página deixada propositadamente em branco)

2. As veredas do narrativo e do normativo: diálogos em terceira margem entre Ricoeur e Castanheira Neves

The paths of narrative and normative: dialogues "on the third bank" between Ricoeur and Castanheira Neves

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega
Universidade Federal de Goiânia, Universidade de Ribeirão Preto
https://orcid.org/0000-0002-4805-4345

Pedro Henrique Corrêa Guimarães
Universidade Federal de Goiás
https://orcid.org/0000-0001-8920-9772

Abstract: This text establishes a dialogue between Castanheira Neves and Paul Ricoeur, between the normative and the narrative guided by a metaphorical language brought by Roseana's image of the third margin of the river. This dialogue seeks to understand the realization of law as a human alternative and as a narrative. It focuses on the methodological problem of law seeing law as a narrative, drawn in the thought of Paul Ricoeur, without giving up its autonomy and normative intentionality as it is defended by jurisprudentialism.

Keywords: Jurisprudentialism — Law — Ricoeur — Castanheira Neves

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_15

1. Abertura

O tema do *Direito enquanto alternativa humana*, vetor da jusfilosofia de Castanheira Neves, permite-nos interrogar o Direito em sua perspectiva metódica-finalística, garantindo concomitantemente a sua normatividade (o Direito enquanto sistema jurídico) e o viés *humanismo* (o Direito enquanto axiologia social).

O jurisprudencialismo de Castanheira Neves, enquanto construção metódica (metodológica), tem como compromisso a busca do sentido humano do Direito, sem abrir mão das bases normativas sistemicamente dispostas. A dizer, ao traçar sua filosofia para além do positivismo normativista, não se deixa seduzir pelo apagamento das fronteiras da autonomia «científica» (e prático-cultural) do Direito — sendo existente assim uma delimitação do seu objeto e de seu problema.

Assim, sem negligenciar o foco normativo, Castanheira Neves procura ultrapassar as linhas bases do positivismo legalista, sem apagar as fronteiras do normativo. Tendo compromisso de realizar-se, não como atividade teorética, pois não é um interrogar-se ontológico sobre sua existência, o Direito exige o compromisso metodológico com as estruturas da normatividade, já que tem como finalidade a resolução dos conflitos sociais. Transcrevendo-o:

> à metodologia jurídica cabe reflectir criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito[607], na relação de reconstrução crítico-reflexiva em que a razão não prescreve *a priori* um método à prática e também o não descobre apenas *a posteriori* na descrição de uma prática metódica e antes a razão, assumindo intencionalmente uma certa prática, vai referir esta aos sentidos fundamentantes — aqueles que correspondem à própria intencionalidade e vocação da prática em causa — para a reconduzir, numa atitude criticamente reflexiva que terá naqueles fundamentos o seu horizonte e justificação, como que à própria razão dessa prática.[608]

Dá-se assim a construção do seu esquema metódico (enquanto dialética ou quase-dialética) entre sistema e problema. Por esta via, o problema traduz a intencionalidade disposta diante do juízo decisório, enquanto o

[607] Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, 17.

[608] Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, 11.

sistema dispõe os princípios positivos, transpostivos e suprapositivos (pois está para além do Direito posto, sendo também um Direito pressuposto pela jurisprudência e pela sedimentação doutrinária) em que se desdobra ou se desencadeia intenção axiológica normativa do Direito.

E por esse caminho, nessa disposição elementar, cinde-se uma distinção entre hermenêutica e interpretação jurídica, percebida pelo desvelamento da intenção-problema que cada caminho assume.

Na hermenêutica, a inquirição do sentido dobra-se sobre si mesma, numa circularidade contínua e ininterrupta, em que cada ato de compreensão torna-se novamente inquirido, daí uma nova pré-compreensão (em uma circularidade cíclica de interrogação sobre o sentido/significado). De outra maneira, partindo de Castanheira Neves, a interpretação jurídica tem como finalidade esse realizar axiológico-normativo revelado pela tensão (crítica) entre o sistema e o problema, não abrindo mão do sentido judicativo que deve conduzir o intérprete para a realização do Direito.

2. Cartografias de um problema

Dentro dessa disposição metodológica, a constituição do Direito enquanto alternativa humana em tempos de crise é o pensar a dimensão propositiva do Direito a partir da fundação humanista-iluminista. Isto é, pensar o Direito dentre das bases e condições em que possa se realizar enquanto tal, mas sem negligenciar o fundamento ético condicionante, pois para o jusfilósofo lusitano o Direito não comporta uma axiologia vazia, ele é, ao contrário, a construção normativa de valores fundantes. Em suas palavras:

> Este é anterior e não tem de coincidir com o legalismo, nos pressupostos, na intencionalidade e no *modus* — recordar-se-á, sem mais, que o jusnaturalismo moderno era normativista e que o legalismo bem pode traduzir-se apenas no quadro de um decisionismo concreto, mas no paradigma que consideramos o legalismo foi assumido efectivamente, noética e metodologicamente, em termos normativistas e assim de modo a não ser de todo incorrecto designá-lo por legal-normativismo.[609]

[609] Castanheira NEVES, «O "Jurisprudencialismo" — Proposta De Uma Reconstituição Crítica Do

Esse sentimento/sentir é um esboço do limite(-crítico) do Direito com as estruturas que as circundam. Porque dada a autonomia científica do Direito (pensada desde Kelsen), as trocas de racionalidades parciais e sistêmicas (Luhmann) entre o Direito e os campos científicos circundantes não podem ser totalmente silenciadas.

A autonomia da filosofia do Direito — firmada enquanto se projeta na metodologia jurídica — desvela as racionalidades adjacentes, ainda que não constitutivas da juridicidade, racionalidades estas que não deixam de ser pontos e suportes de apoio a este desdobrar do Direito sobre ele mesmo. Pois:

> a intencionalidade da filosofia do direito será, não prático-normativa como a da dogmática jurídica ou prático-regulativa e programática como a da política do direito, tão-pouco crítico-reflexiva como da teoria do direito, mas reflexivo-especulativa — […] uma reflexão que interroga, na intenção do último esclarecimento cultural, sobre o sentido do direito no mundo humano e para o homem.[610]

Não deixando esvaziar-se em dimensões acríticas ou pós-críticas, os campos de intermediação da metodologia servem de apoio a este projeto/proposta delimitado pelo jurisprudencialismo. A alternativa humana do Direito é construída por camadas de tecido, onde os campos normativos e axiológicos se confluem — no mesmo sentido da dialética sistema-problema, mas agora num diálogo entre questão de fato/questão de direito.

3. Os ventos

Na poética de Aristóteles, o agenciamento do poético concentrava-se na figura errática da mimese[611]. Esta carrega a transposição entre linguagem e

Sentido Do Direito», in *Teoria do Direito Direito interrogado hoje — o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador, 2012, 11.

610 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 37.

611 A mimese é entendida tradicionalmente como imitação, porém, ela extrapola o mero simulacro, porquanto cria a novidade, cria uma visão de mundo. É por este meio que Ricoeur entende a mimese numa interpretação sistemática da obra de Aristóteles (Cf. ARISTÓTELES, «Poética», *in Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1973, 439-471).

realidade. Assim, explicando o poético como a itinerância do sentido, o filósofo grego pode amparar o conceito de veracidade enquanto representância do real.

A partir da base aristotélica, Ricoeur, em *Tempo e Narrativa*, abre uma senda no território hermenêutico, expondo a processualidade da atividade de compreensão. O filósofo situa a compreensão entre a linguagem e tempo, transpondo a fusão de horizontes de Gadamer para o espaço narrativo.

Nesse ponto percebe-se uma ruptura ou uma transmutação. Ricoeur não escapa da circularidade hermenêutica, porém, desdobra-se para além de uma atividade metodológica, como vista por Gadamer, mas entende-a também como desvelamento de camadas textuais do sentido, sendo assim chave para o desvelar de uma identidade narrativa, sendo singular ou coletiva.

Nesse circuito hermenêutico entre narrar e compreender, é a tessitura de intriga (*muthos-enredo*) a construtora o sentido permeado nas práticas literárias e historiográficas. Citando-o:

> Três pressuposições governam o estudo ao qual este ensaio é dedicado. Primeiramente, considero que, a despeito da heterogeneidade aparente das obras que são ordinariamente tratadas sob o título amplo de «narrativa» é sempre possível discernir a identidade do ato de narrar. O conceito de intriga — ou melhor, de pôr-em-intriga, como diremos adiante — será considerado como o princípio estruturante subjacente às relações de família que permanecem, dizemos, entre narrativa de ficção e narrativa histórica como também, nas obras de ficção, entre epopeia, drama e romance.[612]

Entre três pressuposições, a experiência (enquanto exercício de passagem) de narrar é constitutiva da identidade dos agentes projetada de modo hermenêutico... e assim mesmo reveladora do devir temporal do Homem que se engendra no espaço do viver.

Nesse interstício, Ricoeur aproxima-se de Heidegger para quem a dimensão constitutiva do *Dasein* é o próprio tempo. O ser que aí está, só está porque está jogado sobre a fluidez do passar.

Da mesma forma que o filósofo alemão, Ricoeur tece (ou compreende) o tempo como um projetar (ou empurrar) do passado sobre o futuro. Narrar é, pois, engendrar (agenciar) o tempo enquanto constitutividade humana, enquanto o ser aí projetado.

---

[612] Paul RICOEUR, «Entre tempo e narrativa: concordância/discordância». <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2012000100015>

O disposto pelo projeto ricoueriano de construção de uma identidade narrativa linguisticamente disposta, acontece em *Tempo e Narrativa*, pela inscrição do poético sobre um mimético, numa releitura fenomenológica de uma cartografia aristotélica.

Pois, afastado de leituras que circunscrevem no mimético como simples representância, Ricoeur recupera nessa figura linguística o caráter realizador da linguagem. Retomando as análises feitas de uma metáfora viva, para o hermeneuta francês, o mimético impõe como uma tessitura do novo, numa disposição perfectiva da linguagem.

Ao aproximar o mimético do poético, Ricoeur procura assim evitar (ou delimitar) uma leitura meramente ficcional da narrativa, que não se reduz a mera representância da realidade, mas desdobra-se num fazer.

Esse fazer narrativo, que retoma o caráter subjetivo do narrar, é uma viragem humanística do contar. O contar, o relato não é um instrumento do fazer: ele é o próprio fazer.

4. As margens: Ricoeur e Castanheira Neves

Dada duas margens (uma metodológica de Castanheira Neves, outra fenomenológica-hermenêutica da Ricoeur) intentamos travar uma terceira margem.

Terceira margem que convocamos numa retomada do conto de Guimarães Rosa em suas *Primeiras Estórias*[613]. E, numa metáfora da metáfora margeamos um interregno indecidível, um intervalo que se alterna de um ponto a outro, sem se afirmar como território delimitado.

Convocamos a itinerância da margem, para afirmar a impossibilidade de uma perda, apesar de os contrafluxos desses tempos. Nessa margem da palavra, ou casa da palavra onde o silêncio mora, ousamos fazer uma paragem.

Numa paragem, como intervalo, noutra afinidade, o que é, pois, o tempo? Uma reprodução mimética da passagem agostiniana[614]: não sei explicar, o sinto passar. E não saber dizê-lo é ainda assim dizer, no limite do sentir, no limite da linguagem. Nessa tensão sentimento/linguagem — somente assim — o tempo pode ser exposto enquanto temporalidade.

[613] GUIMARÃES ROSA, «A terceira margem do rio», *in Primeiras Estórias*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1962.

[614] AGOSTINHO, *Confissões*, XI.

O tempo tanto para Agostinho quanto para Ricoeur é pressuposto da experiência humana. Por isso, a memória é a estrutura (ou chamando Heidegger, um existencial) fundante da humanidade. Assim, narrar é fazer-se humano nessa afinidade humanista do problema.

5. A travessia pela normatividade

A *differance* aberta pelo jurisprudencialismo de Castanheira Neves impõe uma demarcação-divisa entre o ato de interpretar e o ato hermenêutico delimitada pela intencionalidade problemática do Direito enquanto sua realização.

Castanheira Neves, em *O actual problema metodológico da interpretação jurídica* expõe essa tensão desde a assunção de uma perspectiva de superação do legalismo[615]. Por isso, ele não se furta a reconhecer a virtude hermenêutica de problematizar o ato interpretativo (para além do dedutivismo e o pronunciamento acrítico da lei — como *bouche de loi*). Reconhece também o viés sistêmico do ato hermenêutico que reconduz a dimensão humanística do Direito sem cair no reducionismo de uma retoma jusnaturalista[616].

Porém, para Castanheira Neves, o realizar normativo do Direito não se reduz ao realizar epistêmico-cognitivo do ato hermenêutico. Assim, mesmo entendendo a hermenêutica como busca de um correto dizer (como faz Coing), podemos concluir que a reconstrução da problematicidade especificamente jurídica do caso não é redutível a esta busca[617].

As diferenças que Castanheira Neves conclui existir entre a hermenêutica e a interpretação jurídica situam-se no nível ontognosiológico, ao assumir que «o

---

615 «Pois foi com o legalismo, enquanto o núcleo constitutivo do paradigma da legalidade, que, no âmbito da diferenciada experiência prática, o homem moderno europeu, sobretudo moderno-iluminista, constituiu uma nova época, com base numa nova concepção de si próprio e do seu mundo humano-prático. A lei passou a assumir-se verdadeiramente com a *nomos* desse homem e desse seu mundo — e com o objectivo capital, que se reconhecerá da maior importância e aparentemente paradoxal de, com ela, se lograr o que temos dito a solução jurídica do problema político.» Castanheira NEVES, «O "Jurisprudencialismo" — Proposta De Uma Reconstituição Crítica Do Sentido Do Direito», p.37.

616 «Só que, qualquer que seja o mérito da compreensão filosoficamente hermenêutica do direito — desde logo a possibilitar uma distinção entre direito e lei em termos mais logrados e concludentes do que os oferecidos pela tentada revivência do direito natural após a Segunda Guerra Mundial." Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 47.

617 «É que a interpretação jurídica não tem índole hermenêutica (ou que se não cumpre cognitivamente numa pura hermenêutica), mas antes normativa (ou que a sua intencionalidade problemática ou metodológica é decisoriamente prático-normativa) é o que teremos que concluir.» Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, 62-63.

direito não é um objeto a se conhecer, mas um problema a resolver». Ou seja, Castanheira Neves separa o caso e a textualidade do caso, como momento distintos.

Ao afirmar que a hermenêutica não consegue resolver o problema disposto, Castanheira Neves reduz a amplitude hermenêutica a situações textuais — como o texto da norma —, autonomizando o caso decidendo, o que nos permite pensar este último como um outro (sempre novo) texto, ao qual o intérprete-jurista (realizador do Direito) se volve.

Assim, a extensão hermenêutica não se limita ao que se conhece, mas atinge também pelo que se almeja resolver. Assim, a intencionalidade normativa assume-se também como horizonte no momento interpretativo-realizado.

Noutro aspecto, a hermenêutica não se assume apenas como ato, mas também processo, posto que não se encerra no momento da captura do sentido.

Por isso, a hermenêutica não se limita ao desvelar ontológico (aquilo que é), mas um desvendar humano enquanto constituição de sua identidade--subjetividade. Essa diferença marca o intervalo metodológico de Heidegger, Gadamer e Paul Ricoeur.

Quer assim dizer que o desdobrar narrativo da hermenêutica transpassa o caráter fenomenológico assumido por Gadamer, na esteira de Heidegger, com um desvelar, passando a ser também um constituir. Esse caráter constitutivo assume a hermenêutica como interpretação jurídica metodologicamente situada, porquanto não deixa escapar o devir realizador do Direito.

6. A errância

Caracteriza a modernidade a desconfiança com os atos de fala (como uso da linguagem). Desconfiança essa produzida pelo desenraizamento do Homem[618] no estado da técnica e pela redução mercadológica do viver.[619]

Essa crise do uso da linguagem que propicia a morte do autor[620] acaba por desencadear também a falência do ato de narrar. Num viés, quando a figura do narrador se esfacela, a narrativa é reduzida ao pueril vestígio de fragmentos deixados pela impossibilidade de se colher um sentido abrangente

618 Nesse sentido Martin HEIDEGGER, *A questão da técnica. Cadernos de tradução,* 1997.

619 Ver também W. BENJAMIM, *Experiência e pobreza*, 1993.

620 Ver em M. FOUCAULT, *O que é o autor?* Rio: Forense, 2009.

da experiência. Noutro, a semiótica acaba por colonizar a narração, reduzindo ao estudo dos significantes dispostos em cadeia.

A morte da narrativa pode ser sentida por todos os campos de saber, mas impacta diretamente a teoria literária. Tomando, a exemplo, a perspectiva do romance, esse do século XVIII até os tempos atuais vem sendo paulatinamente substituído (ou remodelado) por modelos discursivos cada vez mais inventariais[621].

Essa crise, que também pode ser percebida (como um efeito, colateral talvez?) na dobra da ficção sobre si mesma, é como que visualizada nos atuais romances a partir de um fenômeno de autoficção[622]. Nessa, o narrador e o autor acabam por se fundir num único momento do discurso, pois, as aqui já ditas morte do autor e do narrador unificam-se sobre o recontar ou ressignificar fantasmagórico da impossibilidade de (re-)criar uma ficção.

Esse silenciamento narrativo pode ser explicado por uma sobreposição de violências que reduz o sujeito à mera coisa (o muçulmano de Agambem[623]). Os episódios traumatizam o sujeito a tal grau que nem se pode mesmo reverenciá-lo. Eis, aí, os frutos do terror que semeiam o esvaziamento narrativo.

As razões que nos permitem afirmar que a incorporação de uma hermenêutica narrativa não é um sonegar de uma específica intencionalidade normativa do Direito derivam do fato de a intencionalidade constituir o próprio fazer normativo, quando este é juridicamente compreendido.

Assim, a intencionalidade normativa não se apresenta como fim da racionalidade normativa, mas como meio do próprio fazer — tal qual uma relatividade específica aplicada à racionalidade jurídica.

Essa verve narrativa é conclamada até mesmo dentro de uma argumentação jurídica, a compelir as insuficiências metodológicas de uma lógica formal aplicada ao Direito (insuficiências estas apresentadas desde Kelsen em sua obra póstuma *Teoria da Norma Jurídica*).

Pois, ainda que a argumentação jurídica prescinda de mecanismos de correção, a justaposição de premissas não se limita ao critério dedutivo, pois sendo a decisão judicial um ato de vontade, a passagem a conclusão não se limita como ato de necessidade[624].

---

621 Nesse sentido J. M. COETZEE, *What is a classic?* 2009.

622 Jacques LECARME, «Autoficção: um mau gênero?», in Jovita Maria Gerhein NORONHA, *Ensaios sobre a autoficção*, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

623 Giorgio AGAMBEN, *O que resta de Auschwitz: o arquivo e o testemunho (Homo Sacer III)*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2008.

624 «O silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas do que se parte podem precisar por sua vez ser justificadas, e porque a argumentação jurídica é antimemática.» Manuel ATIENZA, *As razões do direito. Teria da argumentação*

7. As correntezas

Noutra vertente, cumprida ainda como terceira margem, a aproximação-diálogo entre Castanheira Neves e Ricoeur (dirigida a um acoplamento entre narratividade e intencionalidade normativa, garantido pela conexão *mimese/muthos*[625]), não é susceptível de ser recoberta pela proposta de um *law as literature*.

Explica-se: o tratamento narrativo do Direito não se limita ao tipo de operação ficcional próprio aos romances/contos como o apresentado em James Boyd White em *The Legal Imagination*. Isso porque, o Direito não é (nem deve ser) reduzido a uma operação imaginativa de contar histórias[626], porque, não se pode obnubilar o momento realizador do Direito enquanto normatividade.

Na atividade judicante, a realização do Direito no (a partir do) caso acontece com a ressignificação dos materiais jurídicos (discursivos e documentais) dispostos. Assim, o juízo judicativo acontece na tomada e reunião de diversos espectros de significantes numa tentativa de harmonização.

Dito de outro modo, ao juízo são dispostos vários elementos (como fontes de provas) e essa dispersão deve ser controlada na tentativa de apontar um sentido comum. Ocorre aí, um jogo silogístico, condicionado por uma infinidade de vários compostos, como dispõe uma teoria moderna da prova.[627]

Esses materiais (fontes de prova) são acometidos noutro jogo de significações paralelas realizadas por todos os sujeitos processuais, que impõe ao juízo uma linha de leitura, que deve ser por este entendida como adequada ou não.

Ou seja, o juízo judicativo é submetido a um jogo de fontes probatórias, originais e derivadas, que devem ser compostas e recompostas buscando

---

Jurídica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, 28.

625 «Se é conservado para a mimese o caráter de atividade que lhe confere a poiesis e se, além disso, mantemos firme o fio da definição da mimese pelo *muthos*, então não se deve hesitar em compreender a ação — complemento do objeto na expressão: *mimèse praxeôs* (50 b 3) — como correlato da atividade mimética regida pelo agenciamento dos fatos (em sistema).» Paul RICOEUR, *Tempo e Narrativa*, vol. I, São Paulo: Martins Fontes, 1994, 60.

626 «It is not that literature has nothing to teach us about the world or about the analysis of texts, but that it teaches in a different way: it expands one´s sympathy, it complicates one´s sense of oneself and the world, it humiliates the instrumentally calculating forms of reason so dominant in our culture (by demonstrating their dependence on other forms of thought and expression), and the like. […] Literature is art, and its form is essential to its meaning. What it teaches us is indeed about the world, but it is also about ourselves –— our minds and languages — and it is not translatable into propositions of moral and social truth.» WHITE, *Law and Literature*, 2000, 55.

627 M. TARUFFO, *A prova*, São Paulo: Macial Pons, 2014.

um sentido que seja juridicamente possível e logicamente plausível. Eis uma tarefa hercúlea[628].

Porém, na prática judicial, a tentativa de unificação de sentidos de todos os materiais (fontes e discursos) dispostos ao juízo é fracassada. As razões desse fracasso são várias: por um lado, as partes não apresentam um agrupamento consistente de materiais, havendo dispersão interna dos mesmos; por outro, há insuficiência técnica do juízo e seus assistentes para ler adequadamente aquelas fontes.

Essa vicissitude do ato de julgar foi constatada pelo próprio legislador que procurou criar um dever para que o juízo analise todos os elementos dispostos pela parte[629]. Porém, num viés de trancamento[630], aquilo que escapa a tentativa de intelecção comum é descartada pelo juízo[631].

Essa incompletude de análise dos materiais-argumentos apresentados pelos sujeitos processuais, se por um lado, é postura a ser evitada por um modelo comparticipativo de processo (numa leitura dogmático-constitucional do problema), por outro é o sintoma de uma crise da narratividade jurídica.

Isto, porque, mesmo convocando uma imaginação literária[632] como elemento de construção também de uma narrativa jurídica, esta não consegue dispor satisfatoriamente o problema. Ou seja, o julgador, mesmo numa convocação *poética*, não consegue solucionar o problema da dispersão dos materiais a fim de um acabamento normativo.

---

628 Por isso mesmo, a proposta da Dworkin de um juiz-hércules que consiga dispor todos os elementos em um único juízo possível, ainda que tenha sentido em uma ética jurídica projetada na integridade do ordenamento, é impossível no jogo de dispersão condicionante do julgar. Ou seja, o esforço hercúleo não está em produzir a única resposta possível, mas produzir uma resposta que seja ao mesmo tempo juridicamente plausível e argumentativamente (a partir dos fatos) consistente.

629 Artigo 489, § 1.º IV do Código de Processo Civil — não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

630 D. NUNES / N. LUD / F. Q. PEDRON, *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*, Salvador: Juspodium, 2018, 34.

631 Tal postura é referendada pela jurisprudência que sobreleva o dever de enfrentamento dos argumentos apresentados pelas partes, como se vê: o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. STJ. 1.ª Secção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (desembargadora convocada do TRF da 3.ª Região), julgado em 08/06/2016 (Info 585).

632 Ver em Martha NUSSBAUM, *Justicia poética* (1995), trad. de Carlos Gardini, Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997, e Martha NUSSBAUM, «The Literary Imagination in Public Life», *in New Literary History*, 1991, 22. Note-se que, isto não significa uma redução do jurídico ao literário, num certo caminho de um *literary turn* do direito como narrativa.

Noutra leitura, em vez de fazer uma narrativa jurídica, o juízo reduz o problema a uma composição fragmentária de argumentos, ou a uma bricolagem de significantes[633].

Portanto, uma tentativa de solução do problema só pode advir de um reposicionamento do papel da narrativa, e numa inteligibilidade do que compõe uma narrativa, explicitando assim os condicionantes do ato de narrar numa pedagogia dos caminhos de uma decisão judicial, como disporemos.

Da mesma maneira, observado os devidos fins do Direito, este não se limita a produção/fabricação de uma justiça poética[634], ainda que a *poeisis* se apresente como elemento operacional do fazer o Direito.

E, a impossibilidade redução do jurídico ao poético, é figurativamente visível na própria constituição narrativa, quando Ricoeur, operacionalizando uma transformação a partir da filosofia aristotélica, aponta ser o poético um dado pré-constituinte da narratividade, não a narratividade em si[635].

Aliás, antes mesmo de *Tempo e Narrativa*, em *História e Verdade*[636], Ricoeur já assinalava a impossibilidade de redução do historiográfico ao ficcional, porquanto a intencionalidade de verdade conduz o relato histórico, diferentemente do relato ficcional.

A *poeisis* desencadeia os elementos da trama, mas não é a própria trama. A trama, no fazer jurídico, é conduzida pela intencionalidade normativa subjacente ao jurídico. Até mesmo porque, delimitar o território do Direito apenas como ficcional, não encampa aporte nem mesmo nos problemas mais recentes de uma teoria literária demarcada como pós-ficcional[637].

Portanto, como terceira margem, há uma proximidade: em cada campo, há uma postura de não reducionismo — Ricoeur vocaciona que o narrativo não pode ser reduzido ao ficcional; Castanheira Neves vocaciona que o Direto não pode ser reduzido ao ficcional.

---

633 Alexandre Morais ROSA, *Decisão no processo penal e bricolagem de significantes*, Curitiba: UFPR, 2004.

634 Martha NUSSBAUM, *Justicia poética* (1995), trad. de Carlos Gardini, Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997.

635 «A imitação ou a representação da ação e o agenciamento dos fatos. Está excluída de início, por essa equivalência, toda interpretação da mimese de Aristóteles em termos de cópia, de réplica do idêntico. A imitação ou a representação é uma atividade mimética enquanto produz algo, a saber, precisamente a disposição dos fatos pela tessitura da intriga. [...] A mimese de Aristóteles tem só um espaço de desenvolvimento: o fazer humano, as artes de composição.» Paul RICOEUR, *Tempo e Narrativa*, vol. I, 60.

636 Paul RICOEUR, *História e Verdade*, Rio de Janeiro: Forense, 1968, e *Histoire et vérité*, Paris: Seuil, 1967.

637 J. M. B. FUCKS, *A história abstrata do romance,* tese de Doutorado, USP, São Paulo, 2016.

A narrativa não é assim uma operação conduzida dentro de uma *literary turn* que reduz o Direito ao literário, mas é um campo, situado dentro de uma postura metodológico-jurídica, que perquire o fazer do Direito (a sua realização metódico-normativa) a partir de um específico uso da linguagem.

8. As naus narrativas

O que tem sido tratado até ao presente momento é uma aparente tensão relativa à abrangência significante de dois termos: o normativo e o narrativo. Tensão essa marcada por uma separação por zonas ou por campos de estudo não previamente justapostos de uma crítica literária (de um lado) e de uma metodologia jurídica (de outro).

Uma tensão escrita em terceira margem porque, de uma maneira ou de outra, é sempre dada por um não lugar. Ela não se situa (totalmente) no lugar de fala da literatura, mas também não é facilmente acoplada no lugar de fala da metodologia jurídica. Ela é um entremeio, um ir e vir, entre uma margem e outra. É assim uma terceira margem, como num conto roseano.

E tal qual o conto de Rosa, em *Primeiras Estórias*, esse diálogo em terceira margem traz em seu bojo um momento de perda. No conto de Rosa é a perda do pai que coloca o menino sempre a fitar o rio esperando a volta (ou a partida definitiva) do genitor. Aqui contamos como a linguagem jurídica (ou científica) desgarrou-se da linguagem poética e literária, o que nos coloca a nós, intérpretes, sempre à espera que as palavras (do Direito) encontrem as coisas (da vida), ou que o sentido do Direito possa encontrar (em definitivo) o projeto humanista de sociedade que abraçamos na modernidade.

Esse reencontro, não o marcamos na verdade como a supressão de um pelo outro (a supressão do narrativo pelo normativo ou do normativo pelo narrativo), mas antes como um diálogo expansivo das duas zonas de tensão. Esse diálogo não poderia ser feito sem invocar esse tal qual, essa força eloquente de uma metáfora vida (Ricoeur). Pois é na potência do associativo, do similar que a força da linguagem se mostra, a vivacidade do dizer pode transformar o dito.

E por que motivo conclamamos aqui essa metáfora? Porque acreditamos que a normatividade só pode ser posta, enquanto ato judicativo, a partir do narrativo. A normatividade é assim uma especialidade narrativa. Não queremos com isso romper a tão árdua luta da autonomia acadêmica do Direito,

mas olhá-lo a partir das margens, dos prolegômenos, do seu lado. Usamos a luz da referência cruzada, da metáfora, para dizer um problema que circunda o Direito. Esse pode ser sinteticamente visualizado na tensão entre a questão de fato e a questão de direito. Explicamos.

Trazendo o cenário da tópica jurídica (Viehweg[638]), o ato judicativo comporta-se como um silogismo aristotélico, em que a descrição fática é uma das premissas para a conclusão-julgado. Porém a premissa fática é também uma interpretação ou uma redução condicionada do real (não existem fatos, apenas interpretações, já asseverou Nietzsche). Assim, mesmo que o silogismo auxilie no julgar, ele não exaure os processos que compõe o ato de julgar, porque a premissa fática está sempre em aberto e não pode ser previamente delimitada.

Por isso, assinala Atienza, «a tópica é (de acordo com a distinção de Cícero) um *ars inveniende*, um procedimento de busca de premissas (de tópicos) que, na realidade, não termina nunca»[639]. Ou seja, o tópico fático está sempre em aberto.

Noutro momento, de As razões de Direito, Atienza diz-nos que o silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas de que se parte podem precisar por sua vez de ser justificadas, e porque a argumentação jurídica é entimemática.[640]

Contudo, esse estar em aberto, da premissa fática do silogismo, nunca é uma abertura total, independente, que faria equivalê-lo ao ficcional. Essa abertura está condicionada por mecanismos de checagem, exercida pelas provas e fontes de prova. A prova, no Direito, é um mecanismo normativo de controle do dizer.

Isso, contudo, não é tudo. Podemos ainda nos indagar o que faz da prova um elemento capaz de conferir validade a uma premissa fático-jurídica (ou dizendo de um outro modo: o que a prova prova?). Circundamos, assim, a questão da verdade no Direito.

A prova contém mecanismos de validação exteriores, na qual se há consenso sobre elementos de veracidade. A prova documental contém elementos de veracidade conferidos pela burocracia estatal, a prova pericial contém elementos de veracidade conferidos pela credibilidade científica e a prova testemunhal tem elementos de veracidade conferidos pela verossimilhança do relato. Há, assim, atos de certificação mais ou menos confiáveis que validam a premissa fática do

638 Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudência,* Madrid: Taurus,1964.

639 Manuel ATIENZA, *As razões do direito. Teoria da argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, 36.

640 Manuel ATIENZA, *As razões do direito,* 28.

silogismo jurídico. Mas isso não basta à inteligibilidade plena da questão de como dizer a verdade (ou como se comporta a verdade) no Direito.

Dentro do campo filosófico, as teorias da verdade seguem dois macrocampos. A primeira, trazida pela filosofia analítica, baseia-se na correspondência e coerência de um conjunto de predicações. Para esse campo é verdadeira uma premissa se ela corresponde a realidade e é (ao mesmo tempo) coerente com outro conjunto de premissas. Assim, se digo, por exemplo, «é dia lá fora porque faz sol», é verdadeiro somente se no momento que digo a frase é dia (e não noite) e for coerente para uma comunidade de intérpretes se o sol está associado ao elemento dia.

Já os pragmatistas (na esteira de William James) são céticos à possibilidade de se saber a correspondência entre o que é dito e o que é real. Para esse grupo de filósofos, a ideia de verdade é apenas um expediente para obtenção de consenso entre um grupo de falantes[641].

Assim, convocamos a força linguística da narrativa para resolver (ou tentar responder) o problema da correspondência dos enunciados jurídicos com a realidade, a partir dos procedimentos narrativos de construção de sentido. É dizer, o procedimento narrativo ao conferir coerência entre os materiais jurídicos reduz a deficiência realista da correspondência servindo da interpretação como elemento de verificação (ou atestação) da veracidade de um enunciado, a partir de uma visão pragmatista da teoria da prova.

Permita-nos uma digressão para melhor aclarar os elementos discursivos desse texto: um intérprete deseja saber se a premissa «X» dita por «A» é verdadeira, porque somente a veracidade da «X» pode atrair a incidência (ou o juízo de incidência) da norma «N». Então, esse intérprete vai atrás das provas, mas essas somente são capazes de validar elementos parciais da premissa «X». Ou seja, a partir da confiabilidade que ele tem dos elementos de prova, o intérprete consegue apenas atestar a ocorrência de «x1» «x2» e «x3». Disso, o intérprete chega ao seguinte dilema: como é possível saber que «x1», «x2» e «x3» correspondem a totalidade da premissa «X»?

É para esse dilema que a narrativa (ou o uso dos procedimentos narrativos) é útil. Porque o *muthus* narrativo confere completude aos subenunciados capazes de verificação. A tessitura da intriga narrativa liga os elementos parciais projetando-os como totalidade de sentido. A narrativa sabe que é parcial, mas consegue conferir universalidade ao seu todo. Ela fabrica o sentido e capta a totalidade do sentido.

641 P. GHIRALDELLI, *O que é o pragmatismo*? São Paulo: Brasiliense, 2007, 127.

É assim como expediente linguístico que a narrativa é capaz de dar credibilidade a uma premissa, dado que a teoria da prova, por mais ampla que seja, é incapaz de superar a crítica realista às teorias da correspondência da verdade.

Noutra perspectiva, a da premissa jurídica (o texto de norma), também é possível aferir um uso útil da teoria narrativa, benficiando a inteligibilidade e uso racional do Direito.

Da mesma maneira que a premissa fática, a premissa jurídica encapsulada em fragmentos textuais (artigos, parágrafos e alíneas) não consegue dispor a totalidade da normatividade de um caso (a não ser um caso muito simples, mas a pluralidade social tem tornado a maioria dos casos jurídicos problemas difíceis — *hard cases*).

Aqui também valhamos da digressão para melhor entendimento. Se para a solução de um caso C é preciso a incidência da norma N, para saber o valor de N eu preciso extrair o entendimento dos textos normativos T1, T2 e T3, como é possível saber que são extraíveis T1, T2 e T3 à norma N. Aqui, também é preciso um estratagema de completude capaz de convencer a comunidade de intérpretes. E assim, esse elo entre textos de normas a produzir, constitutivo da *norma do caso*, só pode ser construído narrativamente. Uma visão pragmatista da teoria da argumentação jurídica permite-nos na verdade afirmar que o valor de verdade atribuído a uma interpretação (ou a uma *norma do caso*) só é possível como artifício retórico que confere a esta valor universalizante, pois não é possível realisticamente falando a checagem (atestação de veracidade) de todos os elementos condicionantes de uma interpretação judicante.

Não se nega que, ao fazer isso, se está conclamando a atividade interpretativa como criativa (uma criação por meio de uma narrativa), mas isto não é uma redução do Direito a uma área aberta tal qual conclama uma escola de Direito Livre. A narrativa normativa é condicionada por materiais jurídicos dispersos pelo texto de lei. E mais é uma narrativa finalisticamente orientada pelos fins do Direito.

Ou de outra margem (ainda), como conciliar a narrativa normativa a um projeto do Direito enquanto alternativa humana? Através de percurso que evite uma redução do metodológico ao ideológico, e isto numa época em que, cá entre nós, prospera um discurso que pretende ser pós-ideológico (mas que ao mesmo tempo reivindica a extirpação de uma ideologia…).

Essa preocupação da captura do metodológico pelo ideológico foi pensado por Ricoeur, na esteira de Gadamer, no pequeno ensaio de «Hermenêutica e

crítica das ideologias» pertencentes ao livro do *Do texto a ação*[642]. E o que não seria também para Castanheira Neves a alternativa humana do Direito, senão o pôr em ação o texto (jurídico), afastando-o de uma redução ideológica e uma redução política. O que não seria a alternativa humana do Direito, senão um agir por meio da textura normativa da narrativa jurídica?

Ricoeur conclama que, apesar do aparecimento inevitável do elemento ideológico, produto da finitude humana, esse não pode servir de amparo ao pensar sistemático e metodológico, assim um juízo carrega sempre uma crítica das ideologias. Em suas palavras:

> A crítica das ideologias permite que seja posto perante nós (*em avant de nous*), enquanto ideia reguladora, aquilo que a hermenêutica das tradições concebe como existente na origem da compreensão.[643]

Assim, uma hermenêutica não se deixa reduzir a uma pré-compreensão, ela parte dessa pré-compreensão com intuito de superá-la, ainda que esta esteja perpassada por um projeto ideológico de pretensão universal. A hermenêutica não se reduz apenas a uma ideologia, ele desvela (no sentido heideggeriano) o projeto ideológico adjacente aos discursos.

A hermenêutica, do texto à ação, põe em pauta o Direito enquanto projeto humano, não se reduzindo a esfera utópica. Ele carrega o realizar-se enquanto elemento de uma narrativa normativa forjada em uma consciência histórica (Dilthey/Savigny).

9. Epílogo

As bases de um processo democrático, elencadas na Constituição Federal de 1988, desvelam-se como prestação jurisdicional inclusiva e satisfatória, no sentido não só da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5.º XXXV, CF/88), mas também como busca de construção da justiça social (artigo 170 CF/88).

642 Paul RICOEUR, *Du texte a L´action. Essies d´Hemeneutic II*, Paris: Seuil, 1986, 333 e ss.

643 Paul RICOEUR, *Du texte a L´action,* 361.

Por isso, a teoria processual transmutou-se de um modelo inquisitorial para um modelo comparticipativo[644]. Este não tem por finalidade apenas um equilíbrio de armas, mas a construção de um viés democrático intraprocessual.

Operacionalizar epistemicamente essa nova «política processual» tem sido o desafio teórico deste momento. Isto porque, tradicionalmente, o modelo de formação dos profissionais do Direito ainda se baseia política e eticamente no modelo iluminista e cognitivamente numa filosofia da consciência.

A transposição (ou acolhimento) de uma teoria narrativa do Direito só é possível na compreensão de que esta é um específico modo de lidar com o problema da construção do sentido e do significado do Direito. Ela é, assim, um caminho alternativo a uma argumentação jurídica focada muito exclusivamente na discursividade e pouco na itinerância da construção do significado. Ou seja, é uma forma de enfrentar o problema da linguagem do Direito não focado na racionalidade dos atos de fala, mas no modo de agenciamento do sentido.

Explorando o viés cognitivo, dentro de uma teoria da decisão judicial, tornou-se imprescindível que a teoria processual (na consequente teoria da decisão) encampe o *linguistic turn* e os modelos de desenviesamento[645] dos juízos jurídicos.

Nessa política(-programa) emergem-se estudos sobre a fundamentação judicial (alicerçadas em teorias da argumentação jurídica) reforçados pela ampliação da eficácia normativa dos fundamentos com a vigência recente do novo código de processo civil[646].

O novo CPC (artigo 489, § 1.o CPC/15) permite-nos dar atenção às condições em que uma decisão *não está fundamentada*, o que corresponde a tentar prever/elucidar quais são os mecanismos (ou os tópicos discursivos mais comuns) que ajudam o julgador a evadir-se do dever de explicitar os fundamentos normativos de uma tomada de decisão.

Num sentido complementar, é também plausível construir propostas de desenviesamento (*debiasing*) a partir de um modelo cognitivo trazido da psicologia: o que significa investigar quais são as tendências comportamentais foi pensando de um sujeito para escolha[647] — refletindo, assim, os lugares comuns jurídicos.

---

644 Dierle NUNES, *Comparticipação e Policentrismo. Horizontes para a democratização processual civil*, Belo Horizonte: PUC/MG, 2008.

645 D. NUNES / N. LUD / F. Q. PEDRON, *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*.

646 Como exemplo: SCHMITZ / LEONARD, *Fundamentação das Decisões Judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

647 D. NUNES / N. LUD / F. Q. PEDRON, *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Um*

Todas essas apostas são de grande valor, sendo que, na prática, vê-se a repetição de modelos pré-fabricados por uma transmutação fordista do ato de julgar, que não relevam as peculiaridades do caso em concreto. Soma-se a isto, um induzimento repetitivo do uso de repertório de jurisprudências colacionadas as peças processuais sem a devida articulação discursiva[648] e a incorporação pelo Direito brasileiro de um pós-positivismo acrítico que sobreleva a importância dos princípios jurídicos sem o cuidado de uma análise das técnicas de uso desses.

Com auxílio de Ricoeur[649] podemos entender o ato narrativo como processo de etapas que vão da pré-significação à ressignificação do sentido. O narrar envolve a construção de um sentido pela intriga (*muthus*) que dispõe como processo de intenligibilidade os processos-atos da trama.

O ato de narrar é ao mesmo tempo poético (porque ampara um elaborar/fazer sentido) e anímico numa transmutação do sujeito/narrador. Ricoeur reúne assim numa mesma frente uma teoria aristotélica do *logos* e uma teoria agostiniana do *animus*.

A proposta do filósofo francês compele assim uma superação da morte/falência no narrador a partir de uma refiguração deste pelo objeto (e também numa refiguração do objeto pelo narrador), com escopo de abolir o abismo entre o dito e o dizer, e tal qual um ato ficção, reinserir na narrativa uma perspectiva existencial.

Conclamando à existencialidade do ato de narrar, este tal qual um percurso ético, busca num reagenciamento do sujeito que fala, sendo o ato de narrar o processo de construção desta subjetividade.

Por isso, ao fundo de qualquer juízo jurídico não há como de olvidar o caráter ético do ato de julgar. Diferentemente de uma proposta positivista normativista, o Direito não se desacopla integralmente da moral, mantendo entre essas duas esferas uma relação de interpenetração. O bom juízo está sempre imerso de condição de insegurança e incerteza. Ao explicar esse componente e poder dizer os pressupostos da tomada de decisão sedimenta-se o território metodológico e axiológico adjacente às práticas judiciais.

E como epílogo desse encontro, tratado como errática fronteira, o desdobramento do viés humanístico de Ricoeur e Castanheira Neves, tratado em diferentes linguagens e problemáticas, encontra-se uma dobra comum. Ao

---

estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing.

[648] No sentido de bricolagem de significantes conforme exposto por Alexandre Morais ROSA, *Decisão no processo penal e bricolagem de significantes*, Curitiba: UFPR, 2004.

[649] Paul RICOEUR, *Tempo e Narrativa*, 3 volumes. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

comentar o mesmo filósofo, Lévinas, tanto o autor português como o francês desvelam-se com fim (ou meio constitutivo) da justiça o amor. Amor entendido como o desvelamento ético do outro na exposição face a face.

> Refiro-me só ao pecado — e não ainda ao amor, possibilidade beatífica do homem a que pela santidade também, ou sobretudo, é chamado: aí não há contrapólo, já que «Deus é amor» —, e em toda a sua extensão, inclusive quando pareceria o contrário, como na música de Mozart, sendo que, segundo a compreensão de Hans Urs von Balthasar e dito de uma forma admirável, também aí está presente o pecado «na confissão da graça».[650]

E sobre a juridicidade do amor, Castanheira arremata:

> Tudo o que considerado e como uma sua síntese nos permite enunciar esta conclusão: estaremos perante um problema de direito — ou seja, um problema a exigir uma solução de direito —, se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objecto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma interacção de humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão.[651]

Da mesma maneira, Ricoeur em *O amor e a justiça*, predicando o pensamento de Levinas afirma ser o caráter do Homem revelado sobre o contato o nível ético de significância de um percurso do reconhecimento[652].

---

650 NEVES, C. Uma reconstituição do sentido do direito - na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. v. 1 n. 1: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, 2012.p.8

651 NEVES, C. Uma reconstituição do sentido do direito - na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. v. 1 n. 1: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, 2012, p.28

652 A esse respeito diz Lévinas («Ética e Infinito», *Biblioteca de Filosofia Contemporânea*, Lisboa: Edições 70, 79): «A abordagem do rosto é o mais básico modo de responsabilidade […] O rosto não está de frente para mim (*en face de moi*), mas acima de mim. É o outro diante da morte, olhando através dela e a expondo. Segundo, o rosto é o outro que me pede para que não o deixe morrer só, como se o deixar seria se tornar cúmplice de sua morte. Portanto, o rosto diz a mim: não matarás. Na relação com o rosto eu sou exposto como um usurpador do lugar do outro. O celebrado "direito de existir" que Spinoza chamou de *conatus essendi* e *detniu* como o princípio básico de toda inteligibilidade é desatado pela relação com o rosto. Consequentemente, meu dever de responder ao outro suspende meu direito natural de autopreservação, *le droit vitale*. Complementando, Judith Butler (*Vida Precária*, 2011, 18-19) "De fato, o que Lévinas nos diz é que "a humanidade é uma ruptura do ser" e nas afirmações anteriores ele desempenha essa suspensão e ruptura na forma de uma elocução que é, ao mesmo tempo, mais e menos que uma sentença afirma.

O amor para além de ser um sentimento que se debruça como íntimo, dobra-se também numa peculiar condição de estar no mundo, num intrínseco relacionamento do eu com o outro. Assim, o amor é o desvelar ético subjacente ao fazer humano, numa aproximação do humanismo.

Por isso, enquanto imperativo, ele conduz-se como um mandamento destinado à comunidade. Num uso poético de um imperativo, Ricoeur comenta:

> Essa distinção inesperada entre mandamento e lei só tem sentido se admitirmos que o mandamento de amar é o próprio amor, que se recomenda a si mesmo, como se o genitivo contido no mandamento de amar fosse ao mesmo tempo genitivo objetivo e genitivo subjetivo; o amor é objeto e sujeito do mandamento; em outras palavras, é um mandamento que contém as condições da sua própria obediência pela ternura da sua instância: ama-me! [653]

Por isso, é o amor, afirmativa ética do humano, que torna possível a atividade judicante justa, no fim identitário do Direito enquanto horizonte do outro, narratividade estabelecida nos limites da juridicidade.

E encerramos numa figura de linguagem: o Direito não está na partida nem na chegada, está na travessia, nessa travessia árdua (como sertão), mas apresenta suas veredas e paragens, onde se repousa um diálogo prospectivo, como essa terceira margem aos textos de Ricoeur e Castanheira Neves.

Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio — *O que resta de Auschwitz: o arquivo e o testemunho (Homo Sacer III)*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008. ISBN: 9788575591208

ARISTÓTELES — Poética. In *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973

ATIENZA, Manuel — *As razões do direito. Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. ISBN: 9788530951009

FUKS, J. M. B. — A *história abstrata do romance*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. Tese de Doutoramento.

[653] Paul RICOEUR, *O amor e a justiça*, São Paulo: Martins Fontes, 2008, 11.

GHIRALDELLI, P. — *O que é o pragmatismo*. São Paulo: Brasiliense, 2007. ISBN: 9788511001068

GUIMARÃES ROSA — A terceira margem do rio. In *Primeiras Estórias*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1962.

LECARME, Jacques — Autoficção: um mau gênero? In Jovita Maria Gerhein NORONHA, *Ensaios sobre a autoficção*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. ISBN: 9788542300604

NEVES, António Castanheira *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993. ISBN: 9789723206302

O actual problema metodológico da interpretação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN: 9789723211443

O «Jurisprudencialismo» — Proposta de uma Reconstituição Crítica do Sentido do Direito. *In* Nuno M. M. Santos COELHO / Antônio Sá da SILVA, org., *Teoria do direito: direito interrogado hoje — o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. Salvador: Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012

NUNES, Dierle / LUD, Natanael / PEDRON, Flávio Q. — *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais. Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o* debiasing. Salvador: Juspodium, 2018. ISBN: 9788544223475

NUNES, Dierle — *Comparticipação e Policentrismo. Horizontes para a democratização processual civil*. Belo Horizonte: PUC/MG, 2008.

NUSSBAUM, Martha — Justicia poética. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello, 1997. ISBN: 9788489691094

RICOEUR, Paul — *História e Verdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

Du Texte à L´action. Essais d´Herméneutique II. Paris: Seuil, 1986. ISBN: 9782020093774

O amor e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2008. ISBN: 9788578276034

Tempo e Narrativa. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 3 volumes.

Entre tempo e narrativa: concordância/discordância. 2011. [Acedido a 15 de out. de 2020]. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0100-512X2012000100015

ROSA, Alexandre Morais — *Decisão no processo penal e bricolage de significantes*. Curitiba: UFPR, 2004. Dissertação de doutoramento.

SCHMITZ, LEONARD — *Fundamentação das Decisões Judiciais. A crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

TARUFFO, Michele — *A prova*. São Paulo: Macial Pons, 2014. ISBN: 9788566722147

VIEHWEG, Theodor — *Tópica y jurisprudência*. Madri: Taurus, 1964.

WHITE, James Boyd — Law and Literature. *Mosaic: An Interdisciplinary Critical Journal*. Canada: University of Manitoba. ISSN: 0027-1276. Vol. 27, n.º 4 (2000).

3. O jurisprudencialismo e o movimento de reabilitação da filosofia prática de Aristóteles no século XX: diálogos com a tópico-retórica, a hermenêutica e a teoria da argumentação

Jurisprudentialism and the 20th Century Rehabilitation of Aristotelian Practical Philosophy: Dialogues with Topic-Rhetoric, Hermeneutics And Argumentation Theory

Antonio Sá da Silva
Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito
https://orcid.org/0000-0002-2207-927X

Abstract: This chapter endeavors locating Castanheira Neves' jurisprudentialism in the renovation context of Aristotelian practical philosophy, whilst simultaneously highlighting the unmistakable features that distinguish his (critical) proposal from those offered by topic-rhetoric, by hermeneutics and by argumentation theories.

Keywords: Practical philosophy — Jurisprudencialism — Juridical normativism

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_16

1. Introdução

As incertezas jurídicas e políticas nas quais o mundo pós-guerras mergulhou no século passado, de acordo com Castanheira Neves[654], repercutiram de diferentes modos na Filosofia do Direito: (1) no ressurgimento do Direito Natural, sob bases axiológicas e materialmente concretas; (2) na nova procura do Direito na «natureza das coisas», procura essa ainda que circunscrita à essência da realidade social humana e às estruturas fundamentais de efetivação da justiça; (3) na emergência de um existencialismo jurídico, expresso, quer no testemunho de nossa finitude e temporalidade quer na afirmação do Direito como um projeto humano-existencial. Mas o mais significativo para o autor português, na perspectiva do Direito enquanto tal, foi mesmo o movimento de reabilitação da filosofia prática que teve lugar na segunda metade do século XX: aquele que afirma «uma autoreflexividade crítico-transcendental em que a prática se interroga em autonomia intencionalmente constitutiva sobre o sentido fundamentante de si própria»[655].

O testemunho de Berti sobre o movimento de reabilitação do pensamento prático de Aristóteles não se reduz apenas ao pensamento jurídico[656], tornando-se, por isso, importante para compreender, em todo o seu alcance, a diferenciação originalmente feita pelo filósofo grego entre os raciocínios dialético e apodítico. O autor italiano mostra que a racionalidade aristotélica tem sido enganosamente reduzida a este último modelo. Com efeito, enquanto para o Estagirita a apodítica se define pelo caráter científico e pela capacidade de demonstrar o que uma coisa é de fato, bem como elucidar os motivos pelos quais não pode ser de outro modo[657], a dialética é algo bem distinto, autonomamente desenvolvido por Aristóteles para o campo da *praxis*: seu papel não é o de comprovar uma afirmação, como se dá na apodítica, mas de discutir as opiniões que os membros esclarecidos de uma certa comunidade têm sobre determinada questão[658].

---

654 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, 40 e segs.

655 Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, 46.

656 Enrico BERTI, *Aristóteles no século XX*, trad. de Dion Davi Macedo, São Paulo: Loyola, 1997, 35 e segs.

657 Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles,* 2.ª ed., trad. de Dion Davi Macedo, São Paulo: Loyola, 1998, 3 e segs.

658 Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles,* 18 e segs.

É certo que Berti se empenha para aproximar o método dialético dos métodos da metafísica e da física[659], vendo na matemática o paradigma que melhor exemplifica o modelo apodítico. Mas o seu esforço contribui, principalmente, para mostrar como o discurso prático se orienta por um modelo de racionalidade que lhe é bastante próprio. Isto basta, por enquanto, para mostrar que a razão prática também assume um compromisso com a verdade, tal como o próprio Aristóteles claramente observou[660]; porém, essa verdade, quando pensada nos domínios da *praxis*, não é buscada em si mesma, mas, sim, como meio em vista de outro fim[661]. De outro modo se pode dizer que o pensamento prático não nega o bem supremo como objeto de nossas ações, não se afasta daquela ordem do Ser (λόγος, *logos*) e daquela felicidade (ευδαιμονία, *eudaimonia*), que apenas uma sabedoria profunda da vida (σοφια, *sophia*) é capaz de oferecer[662]; mas o *logos* específico da vida ativa também desfruta dessa sabedoria: ela ocupa um lugar específico nas coisas que podem ser diferentes do que são, sendo certo que suas verdades se situam, apenas, no terreno do verossímil[663].

O interesse demonstrado pela filosofia e metodologia jurídicas com a secularização do pensamento prático, claramente feita por Aristóteles, sobretudo no Livro VI da Ética a *Nicômaco*, constituiu um legado importante do século XX. Dito isto, importa afirmar que este breve trabalho não tem a pretensão de dar conta de todo o alcance, filosófico e metodológico, da promissora investigação formulada por Castanheira Neves. A minha proposta representa, apenas, um esforço para compreender o lugar do jurisprudencialismo no movimento de reaproximação do Direito com a lógica prática de Aristóteles — mesmo assim, dada a impossibilidade de alongar muito a minha intervenção, convocando apenas alguns autores mais referidos atualmente.

Isto significa, por um lado, assinalar as diferentes compreensões dessa secularização da *praxis* (πράξις) em relação à *theoria* (θεορία) no pensamento do Estagirita, mas, por outro, significa fazer algumas anotações sobre a própria autonomização do Direito em relação ao pensamento prático em geral (φρόνησις, *phronesis*). O que tentarei fazer em cinco tempos: o primeiro

---

659 Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles,* 52 e segs., e 75 e segs.

660 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de Maria Araujo y Julian Marias, Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1970, 1139b.

661 Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles*, 116.

662 José Manuel Aroso LINHARES, *O direito como mundo prático autónomo:* "equívocos" 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, 136. Provas de Agregação na Faculdade de Direito.

663 ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, livro VI, parte 5.

para mostrar alguns dos pressupostos metodológicos do normativismo e que estimularam essa reinvenção no século passado [2]; o segundo, dedicado à tópico-retórica [3]; o terceiro à hermenêutica [4]; o quarto às teorias da argumentação [5], que pretendem acentuar as características básicas de cada proposta, de modo a se saber que racionalidade é invocada; a quinta e última [6], já em sede de conclusão, será dedicada ao contraste do jurisprudencialismo com essas diferentes compreensões da *praxis* humana.

2. Os pressupostos metodológicos do normativismo interrogados pela filosofia no ambiente pós-guerras

O normativismo jurídico, de acordo com Castanheira Neves, «compreende o Direito como um autonomamente objectivo e sistemático "conjunto de normas" — não como um complexo casuístico de decisões concretas, não como uma aberta e judicativo-doutrinal jurisprudência normativamente constitutiva, não como uma determinável e estruturante instituição»[664]. Neste sentido, herdou do pensamento moderno um discurso objetivista, no qual o Direito vai acriticamente considerado, como um objeto ou como uma entidade autossubsistente, diante da qual uma atitude meramente contemplativa tem lugar[665]. A deliberação, segundo esta escola, procura ser indiferente aos valores e conteúdos da existência prática[666], sendo seu paradigma o da simples aplicação, e, não, o de uma concreta e responsável problematização[667].

Muitos são os pressupostos filosóficos e culturais do normativismo colocados em causa pelo movimento de reabilitação de Aristóteles do qual pretendo tratar. Gostaria aqui de me concentrar ligeiramente em alguns dos que parecem indispensáveis ao propósito deste trabalho:

> (1) O da passagem da *communitas* pré-moderna para a *societas* moderna, permitindo que o Direito e o Estado fossem pensados como *artefatos* ou regulação ótima de interesses individuais (socialmente emanci-

664 Castanheira NEVES, *Teoria do direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra: policopiado, 1998, 67.

665 Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 59 e segs.

666 Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 97 e segs.

667 Castanheira NEVES, *Teoria do direito,* 103 e segs.

pados!), bem como permitindo que o juiz fosse concebido como árbitro e operador de uma *aritmética do prazer.* Trata-se, como diria Linhares, de contrastar o projeto jurídico da *societas*, orientado por uma narrativa de instituição *ex nihilo* e de emancipação de interesses individuais e equivalentes de fins, com aquele sustentado pela *communitas*, apoiado pela experiência integradora e pelo contraponto entre bens humanos e objetivos individuais, capaz de reconhecer a existência de valores em si e insuscetíveis de uma comensurabilidade[668].

(2) O da confluência do espírito positivista oitocentista e do jusnaturalismo moderno no repúdio à tradição e ao despotismo dos reis. Aqui vão aludidas as categorias da inteligibilidade, cientificidade, sistematicidade, universalidade, segurança e autossubsistência do sistema jurídico. Isto equivale a dizer que se é verdade que a crise do *ius commune,* já visível no século XV como disse Marques, acentuaria com o jusnaturalismo racionalista e sua explícita recusa da tradição, a superação do Direito Comum conduziria o pensamento jurídico europeu à ideia de código como «um conjunto de normas simples, claras e autossuficientes, impostas pelo Estado»[669]. Será Montesquieu a dizer que os magistrados deveriam ser considerados doravante «a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras»[670]. E é sob um paradigma científico e axiologicamente hesitante que Kelsen, mais tarde, diria que «a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia e o socialismo [...] o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais»[671]; poderia, portanto, e segundo o autor, ser concebido, apenas, como uma técnica de organização social.

---

668 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?», in Nuno Morgadinho Santos COELHO / António Sá da SILVA, *Teoria do Direito: direito interrogado hoje — Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 2012, 132 e seg.

669 Mário Reis MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra: Edições do Autor, 2003, 355.

670 MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martin Claret, 2010, 175.

671 Hans KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, 4.ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, 8.

(3) O da perversão da *especificante* racionalidade jurídico-decisória, capaz de resultar na equívoca diferenciação entre *decisão fundamentada no Direito* (o Direito institucionalizado e abstratamente pressuposto) e *decisão por equidade*. É que se a lógica normativista, a operar-se pelo modelo de subsunção, opunha a aplicação do Direito à alternativa de concreta decisão por equidade, como diz Castanheira Neves, a verdade é que esta «sempre pretendeu traduzir um juízo normativo de referência individual-concreta — que atenda às concretas "circunstâncias do caso" —, dirigido e fundamento por uma intencionalidade axiológico-normativa, antes que meramente imperativa ou prescrita, e de sentido adequadamente material, antes que rigidamente formal»[672]. Assim, trata-se de um grande equívoco ignorar que, em qualquer contexto de aplicação do Direito, há em maior ou menor grau uma iniludível dimensão de equidade.

(4) O da rigorosa diferenciação entre «ser» (realidade, factualidade) e «dever-ser» (idealidade sistemática), assim como o da compreensão do juiz como um organizador (desinteressado!) da sua regulação. O positivismo jurídico moderno (assim como a sua tradicional teoria da interpretação), como diz Castanheira Neves, alimentou-se do contraste entre essas duas instâncias. Todavia, como o autor acentua, as categorias *ser* e *dever-ser* se diluem, «pois que é num dever-ser assumido autonomamente pelo pensamento jurídico em termos fundamentantes e constituintes que o direito positivo acaba por ter o critério decisivo da sua própria realização»[673].

Ora, destes pressupostos, sobressai uma característica do normativismo que foi seriamente posta em causa na segunda metade do século XX: uma concepção teórica e metodológica do Direito que se caracteriza pelo reducionismo cognitivista e pelo acrítico paradigma sujeito/objeto, capaz de confundir «verdade prática» com «verdade teórica»[674]. Da crítica a esse reducionismo parece ter emergido todo o esforço de reaproximação com Aristóteles, representado pelos discursos da tópico-retórica, da hermenêutica

672 Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra: Policopiado, 1971, 244.

673 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 81.

674 Castanheira NEVES, *Teoria do Direito*, 66 e segs., e 122 e segs.; *idem*, *Metodologia Jurídica*, 164 e segs.; *idem*, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 25 e segs., e 59 e segs.

e da(s) teoria(s) da argumentação (neste último grupo incluindo a nova retórica de Perelman, este que, paralelamente ao que ocorre com por Toulmin, permanece fiel ao pensamento prático tal e qual, cuja discursividade sujeito/sujeito é uma marca indelével).

Mas o jurisprudencialismo, também, realizaria uma crítica específica às ideias estruturantes do normativismo. É que para Castanheira Neves o Direito se reveste de uma intenção normativa, posto que se expressa para nós numa intencionalidade normativo-axiológica a que somos chamados a assumir e a realizar[675]. Porém, não lhe parece mais adequado falar hoje da realização do Direito como simples aplicação de normas pressupostas, ainda que a elas se possa referir; deveríamos compreender que a problemático-concreta realização jurídica envolve momentos normativo-constitutivo, capazes de resultar numa autêntica criação jurídica[676]. A norma, ainda que constituindo o «núcleo duro» do sistema[677], seria apenas um ponto de partida para o exercício daquele *continuum* entre interpretação, aplicação e integração[678], o que resta afastada, inclusive, da última *ratio* da constituição defendida por alguns autores[679].

É nesse esforço de reinvenção do pensamento prático que o jurisprudencialismo, como disse Linhares, pretende libertar a discussão sobre o método «da *demarcação* (estanque) *de territórios* imposta pelo discurso moderno dos Métodos»[680], isto é, de uma sua concepção como operatória... como *posterus* de uma pretendida ciência jurídica que também se pretende constitutivamente autônoma. De acordo com este autor, procurar pela resposta jurisprudencialista aos problemas que a ele hoje originalmente colocamos é muito mais que reconhecer a superação do confronto entre Direito Natural e Direito Positivo[681]: significa, antes de tudo, denunciar o esgotamento da proposta normativista, mas, depois, denunciar qualquer «alternativa» funcionalizadora[682]. Importa refletir, primeiro, sobre aquele momento fundador e seu

675 Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 16 e segs.

676 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 17 e segs., e 25e seg.

677 Castanheira NEVES, «O sentido actual da metodologia jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito*, (2003) 147.

678 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 154; Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 117 e segs.

679 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 282. Para um maior desenvolvimento desta questão, ver Castanheira NEVES, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», in António José Avelãs NUNES / Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, ed., *O direito e o futuro/o futuro do direito,* Coimbra: Almedina, 2008, 51-56.

680 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 112 e nota 17.

681 Castanheira NEVES, «Palavras proferidas a propósito da conferência de Arthur Kaufmann», *Boletim da Faculdade de Direito* 78 (2000) 179-182.

682 Para uma ligeira confrontação entre a proposta jurisprudencialista do autor português com o normativismo e as diferentes modalidades de funcionalismo, ver, na sua integralidade, Castanheira

processo emancipatório do Direito em relação às outras concepções da *praxis*; todavia, compreenderemos isto melhor depois de percorrermos, mesmo que brevemente, outras três concepções de pensamento prático, igualmente legitimadas a reivindicar um lugar nesse quadro de racionalidades aristotélicas.

3. A tópico-retórica, a dialética sistema-problema e o excessivo relevo das situações retóricas e do caso jurídico

O esboço de uma revisão metodológica do pensamento jurídico, pós-Segunda Guerra Mundial, vamos ter já no início dos anos cinquenta, com a tópica jurídica de Viehweg que ademais requer de nós uma certa argumentação: «A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica»[683], diz o autor alemão. Trata-se de uma reinvenção bastante original do pensamento prático aristotélico, o que é possível perceber do raciocínio dialético que esta racionalidade propõe, com particular interesse pelos problemas. Como Castanheira Neves ensina, sua atenção está voltada para as referências prático-culturais, para os critérios ou lugares comuns (τόποι, *topoi*) frequentados pelas pessoas razoáveis ou pelos «membros esclarecidos» de uma comunidade de discussão, onde certos problemas são suscitados, sempre com a intenção de um *consensus*-decisão[684].

Com efeito, o autor de *Tópica e Jurisprudência* sustenta que o *problema* jurídico precede ao *sistema*, sendo impossível que as proposições jurídicas se reduzam a esse sistema[685]. Isto reveste de *auctoritas* os *topoi*, ao passo que os juristas, face ao seu poder criativo, são afetados de uma grande responsabilidade moral. Esta concepção da *praxis não ignora que a regra*

NEVES, *Teoria do direito*, 161-198; para uma compreensão geral do jurisprudencialismo, com a promessa exitosa de situá-lo em face da atual pretensão de unidade intencional do pensamento prático, livre do primado de um qualquer discurso teorético, mas livre igualmente das tradições galilaica e aristotélica, com as quais o pensamento jurídico ocidental é marcado, ver, também na sua globalidade, José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 109-174.

683 Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*: *uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, trad. de Kelly Susane Alflen da Silva, 5.ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 16 [Introdução, III].

684 Sobre o objetivo da tópica, sua relação com a filosofia e a retórica, assim como para a noção de *topoi*, ver Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 23 e segs., e 33 e segs, 39 e segs. [§2, I.2-I.3; §3, I, II]; sobre o perfil dos argumentadores, ver a mesma obra, 26 [§2, 1.3, última parte].

685 Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 53 e seg. [§4, II, V].

jurídica é indispensável de algum modo, mas apenas acentua que o sistema não é inteiramente lógico, dependendo, assim, do recurso à interpretação para que a fragilidade de um cânone normativo seja efetivamente controlada[686]. O equilíbrio dos critérios ou dos materiais jurídicos somente pode ser garantido pela argumentação[687], sendo certo para o autor que desde a autonomização do discurso prático, feita pela jurisprudência romana, o pensamento jurídico já é concebido como um pensamento «problemático»[688].

Com efeito, quando Aristóteles pensou a tópica, pretendia encontrar um método adequado à razão prática, isto é, aquela que pudesse se orientar por um discurso; o objetivo desse método seria viabilizar conclusões sem o risco da contradição, advinda de proposições opináveis[689]; tendo que ver, portanto, com a arte da disputa entre proposições aparentemente verdadeiras, discutidas por oradores respeitáveis. Como Viehweg lembra, o pensamento tópico interessa dentre outras coisas pela elaboração de um catálogo de *topoi*, pontos de vista aceitáveis, sobre os quais os oradores se debruçam na discussão de um problema[690]. O partir de um *problema*, todavia, requer «um sistema que sirva de supedâneo no consentimento de uma solução»[691].

Desta particularidade do pensamento tópico, no projeto global de reformulação do pensamento jurídico no pós-guerras, surge a iniludível diferenciação com o jurisprudencialismo de Castanheira Neves. Com efeito, se é certo para Viehweg, por exemplo, que as exigências de justiça são importantes para o Direito, o relevo que o autor dá ao seu pensamento tópico para se distanciar das pretensões deducionistas, é para a escolha das premissas que orientam a discussão[692]. A insistência no problema leva, às vezes, ao seu hipertrofiamento, com o risco de comprometimento do sistema[693]. A tópica e a argumentação, como disse Linhares, têm uma importância indiscutível no nosso tempo, visto que sua racionalidade sujeito-sujeito leva o raciocínio prático a um lugar mais interessante que o simples enaltecimento da singularidade, na medida em que

---

686 Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 86 e segs. [§7, III].

687 Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 44 e segs. [§3, VI-VII].

688 A este propósito, ver Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 47 e segs. [§4, especialmente III], no que se refere ao *ius civile*, e para a tópica no *mos italicus*, ver 63 e segs. [§5]; a discussão sobre a «relação» entre a tópica e o método em Leibniz, ver 77 e segs. [§6].

689 ARISTÓTELES, «Tópicos», *in* ARISTÓTELES, Órganon, 2.ª ed., trad. de Edson Bini, Bauru, 2010, 1, 1, 1.

690 Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 26 [§2, I.3].

691 Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 35 [§3, I].

692 Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 97 e segs. [§8, II-III].

693 Para um estudo do lugar que a tópica ocupa nesse universo de discussão do pensamento prático, ver Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 72 e segs.; José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 147 e segs.

procura uma certa unidade na projeção do singular no geral[694]. Mas a racionalidade aqui presente é procedimental antes de tudo, tal como denunciado por Castanheira Neves, na medida em que contrasta o pensamento tópico com a racionalidade jurídica. É que, de acordo com o autor, a tópica, tal como a argumentação jurídica, requer um *a posteriori consensus* persuasivo, sendo os critérios de decisão e os argumentos em concreto equivalentes entre si[695]. Deste modo é que a discussão, de natureza apenas racional e argumentativamente conclusiva, torna-se aqui a única instância de controle da decisão, algo que o jurisprudencialismo de fato não está de acordo. Mas reservemos esse contraponto para o espaço conclusivo.

4. A nova hermenêutica, a inexistência de um método jurídico-metodológico e a natureza normativa do direito

A proposta hermenêutica, na verdade uma expressão autêntica da reinvenção de Aristóteles no século passado, pelo menos em Gadamer se ocupa da *phronesis* como quem está diante do próprio pensamento prático do filósofo grego. Esta controvérsia inicial é que orienta a objeção de Berti contra o autor alemão, por causa de um suposto reducionismo da prudência. De fato, aquele filósofo italiano sugere que o autor de *Verdade e Método* teria reduzido a filosofia prática (se não mesmo a própria filosofia aristotélica) ao conceito de *phronesis*[696]. Mas o que parece fundamental acentuar por ora é que Gadamer, no que se refere ao caso jurídico especificamente, dá particular importância à indeterminação dos materiais jurídicos, sugerindo na ocasião uma atitude de abertura e complementaridade dos mesmos[697].

A leitura de Gadamer sobre a *phronesis* pressupõe que radicados dentro de uma tradição, não podemos buscar uma razão prática absoluta como o Iluminismo pretendia[698]. Sua atenção para a influência dessa tradição específica, na deliberação do agente, sugere um modo de racionalidade compreensiva

694 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 147.

695 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 73 e seg.

696 Enrico BERTI, *Aristóteles no séc. XX*, 1997, 55; *idem, As razões de Aristóteles*, 348 e 360.

697 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*: *fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca: Sígueme, 1977, 414.

698 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 345.

que remontaria a Aristóteles. A moralidade humana (ἔθος, *ethos*) distinguiria da Natureza (φύσις, *physis*) pela mutabilidade de suas regras, além do fato de que o bem para nós se revela, apenas, no contexto onde situamos[699]. O saber geral que não se realiza perde todo o sentido de ser, residindo aqui a controvérsia que lhe foi aberta por Berti, pois, supostamente, minimiza a importância do conhecimento intelectual. Como reforça Dunne, a ciência (ἐπιστήμη, *episteme*) e a consequente vida contemplativa estão ligadas ao ócio, mas uma tal autossuficiência deve ser compreendida na conformidade da racionalidade aristotélica: constituindo um modo específico de vida, permite que nos encontremos na harmonia do cosmo (κόσμος, *kosmos*)[700].

O que o pensamento prático gadameriano sugere é que devemos abandonar a pretensão de atingir fins moralmente bons, convocando simplesmente uma teoria sobre esses bens, o que demanda um saber que abarque, simultaneamente, o conhecimento dos fins e dos meios para atingi-los[701]. E este saber é aquele do qual dispõe a pessoa de ação, o *phronimos*, que pensado ao nível do Direito, suporta as exigências de domínio não somente das regras universais previamente formuladas, mas também as circunstâncias que lhe foram constitutivamente determinantes. Mas, todavia, será que Gadamer tem razão ao concluir que uma abordagem aristotélica não cultiva a legalidade ou a pesquisa da intenção do legislador, mas, apenas, a situação e a responsabilidade dos destinatários daquelas cânones normativos[702]?

Com efeito, parece explícito que Aristóteles compreenda a legalidade — legalidade como explicitação-determinação de uma ordem pressuposta nos valores, tradições, costumes e instituições partilhadas no universo da *polis*[703] — como o árbitro da justiça[704], e se prevê a reparação da lei no caso concreto[705], ele o faz em razão de uma excelência legislativa e não de um relativismo da tradição. De qualquer modo, esse finalismo ontológico tem profundas diferenças com a tradição moderna[706], além de que insistir na compreensão é razoável pelo menos porque se trata de um projeto cujo sentido

699 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 384.

700 Joseph DUNNE, *Back to the rough ground*: *practical judgament and the lure of technique*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1997, 238 e segs.

701 Joseph DUNNE, *Back to the rough ground*, 394.

702 Joseph DUNNE, *Back to the rough ground*, 407.

703 Castanheira NEVES, *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, 511.

704 ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, 1129b.

705 ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, livro V, parte 10.

706 Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares de teoria do direito*: *sumários e textos*, Coimbra: policopiado,1 998, 79.

final está comprometido com pré-compreensões e expectativas do intérprete, revisados permanentemente e sujeitos a erros que devem ser corrigidos no confronto com outros projetos[707]. O Iluminismo e o Romantismo, de acordo com Gadamer, teriam falhado neste ponto, na medida em que proclamaram a ruptura com a tradição[708]. A noção de pré-juízo e que nada tem que ver com falsos juízos, mas com a possibilidade de valoração positiva ou negativa de alguma coisa[709], denunciaria os equívocos da modernidade: a de rejeitar qualquer forma de conhecimento não fundamentado, nomeadamente a indisciplina metodológica e a autoridade de certas pessoas, enquanto propôs a superação do mito (μύθος, *mythos*) pela razão (λόγος, *logos*) e reacendeu a disputa entre poesia e filosofia, esquecendo ao fim de tudo de um modo próprio de ser humano: o de orientar-se por pré-juízos legítimos[710].

Uma teoria dos pré-juízos, diz Gadamer, de fato é necessária e podemos resolver isto partindo da própria crítica do Romantismo ao Iluminismo, já que para além da razão, aquela escola reconhece algum direito na tradição, embora equivocadamente entenda esta como o contrário da liberdade racional[711]; inexistiria, ao fim de tudo, uma oposição radical entre tradição e razão, mesmo porque em seu sentido autêntico, não se entende esta como defesa intransigente do que se defende: admite, ao contrário, a necessidade de cultivo e reafirmação. O homem se definiria como alguém filiado a uma tradição, à qual não devemos renunciar, mesmo porque qualquer conhecimento só se daria no diálogo permanente entre passado, presente e futuro: ainda que nos dirijamos à coisa mesma, sujeitamo-nos ainda ao modo como ela nos aparece, sem qualquer garantia de progresso[712].

A racionalidade compreensiva, tal como Gadamer propõe, envolve uma possibilidade de renúncias aos nossos próprios hábitos linguísticos, de abertura, de esforço para ver os materiais jurídicos a partir do tempo e do olhar de quem os instituiu[713]. Mas o sentido que expressam seria também determinado pela situação do intérprete, sendo certo que este supera seu autor e que inexiste interpretação reprodutiva, mas, sim, interpretação produtiva no

707 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 333 e segs.

708 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 342 e segs.

709 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 337.

710 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 338 e segs.

711 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 348 e segs.

712 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*,350 e segs.

713 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 334 e segs.

sentido de compreender diferente, não de compreender melhor[714]. A distância entre a obra e sua interpretação acaba por ser fundamental, fazendo que os pré-juízos particulares desapareçam e surjam outros que nos guiem melhor na compreensão, daí que uma consciência hermenêutica implicaria, também, uma consciência histórica, afastado que seja o fantasma da «investigação progressiva». Por outras palavras, a história efetiva não encontrará aquela transparência que Hegel pensou, diz o autor de *Wahrheit und Methode*, estando para nós indisponível um tal saber absoluto. Assim, consciência histórica e saber hermenêutico seriam, apenas, um saber referido a uma certa tradição[715].

Diante do que vai dito, a noção de horizonte seria a melhor representação para percebermos a finitude de todo método: «Horizonte es el *ámbito* de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto.»[716] Devemos reconhecer a estreiteza dos nossos próprios horizontes, ver além deles e acreditar na possibilidade de superá-los. A elaboração de uma situação hermenêutica seria a obtenção do horizonte correto para as questões que são caras a uma certa tradição. Seria preciso fundir nossos horizontes... o que não significa fugir para mundos estranhos ao nosso, mas que ambos se juntem para formar um grande horizonte que se move por si mesmo e aprofunda nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. O horizonte, tal como o enxergamos, estaria em processo permanente de formação, sendo certo que a compreensão é feita nesse processo onde o velho e o novo crescem juntos, na direção da plenitude da vida, sem que nenhum deles chegue a se destacar por si mesmo.

Disto emerge o problema nuclear da hermenêutica e que nesta apreciação dos movimentos de renovação da *praxis não é possível silenciar: como disse* Gadamer, «es que la tradición como tal tiene sin embargo que entenderse cada vez de una manera diferente»[717], de modo que compreender é um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação concreta e determinada. O autor acredita ser a hermenêutica a recuperação da moral aristotélica, que não colocando para si um problema hermenêutico, secularizou o discurso ético, libertando-o do discurso metafísico, além de ocupar-se do estudo do papel que a razão exerce na formação do juízo moral[718]. O saber sobre o bem em geral agora só faria sentido se projetado na situação do agente onde a

[714] Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 366 e segs.

[715] Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 370 e segs.

[716] Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 372.

[717] Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 383.

[718] Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 383 e segs.

pesquisa sobre o bem para o homem em concreto deveria se realizar, isto diferentemente do que pensava Platão, embora o Estagirita permanecesse fiel a ele na medida que relaciona o comportamento moral com o saber, O relevo agora já seria da *phronesis* e não da *episteme*, como se via em Sócrates, e a deliberação moral se confundiria com a própria consciência moral (intelectualismo socrático)[719]. Mas também esse relevo não seria posto na habilidade produtiva (τέχνη, *techne*), pensando sempre a deliberação moral como algo distinto da compreensão. Para Gadamer, a própria noção do ordenamento jurídico tem seu *prius* na situação hermenêutica, exigindo-se que o juiz mergulhe na contingência histórica em que os cânones jurídicos foram estabelecidos, muito mais que o simples conhecimento dos mesmos[720].

Mas, dito isto, é preciso concluir, neste particular esforço de renovação prática, que o jurisprudencialismo ocupa outro lugar. Como o próprio Castanheira Neves nos diz, o discurso hermenêutico se dirige «*à compreensão ou interpretação de sentidos culturais* no âmbito de um determinado, histórico e integrante contexto significante»[721]. Seu problema será, então, o da reta compreensão, do conhecimento do sentido de uma significação cultural numa concreta situação de compreensão e da especificação da *applicatio* ou da concretização hermenêutica. Como disse Linhares, pelo menos naquele modo como Gadamer a define, como uma filosofia, a hermenêutica buscou representar na linguagem o mundo prático humano e encontrar nela a instituição dos significados prático-comunitários[722]. É possível reforçar, portanto, e com o próprio Castanheira Neves, que a racionalidade hermenêutica é um modo de compreensão específica da linguagem em termos pós-metafísico, pós-objetivista e pós-estruturalista[723].

---

719 Para uma crítica ao reducionismo das virtudes aristotélicas à *phronesis* em Gadamer, ver Enrico BERTI, «Gadamer and the reception of Aristotle's intellectual virtues», *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga 56, 3-4 (jul.-dez. 2000) 345-360; para uma crítica ao reducionismo da aplicação à compreensão, ver Castanheira NEVES, «Excurso: Dworkin e a interpretação jurídica — ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade», in Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica — I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 435 e segs.

720 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 402 e segs.

721 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 75 e seg. Ainda sobre o sentido do pensamento hermenêutico na esfera do pensamento prático, em contraponto com a intenção moderna de identificar o bem com os interesses individuais e de procurar uma universalidade racional, ver José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*: análise de uma «recepção», Lisboa: Fragmentos, 1990, 167 e segs., além do que muito eloquentemente se encontra na mesma obra, 200 e segs.

722 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 145 e segs.

723 Castanheira NEVES, «Excurso», 390 e segs.

A hermenêutica, de acordo com Lamego, enquanto se afasta daquela metafísica da subjetividade que se desenvolveu na modernidade, daquela aposta numa essência humana abstrata, bem como se afasta da concepção de verdade como certeza e adequação […], insere o sujeito numa certa tradição, abandona a radical separação entre ser e dever-ser e aposta numa concepção de verdade como revelação ou «desocultação»[724]; seu modelo se baseia nessa diferença essencial entre «explicar» e «compreender» a realidade referida[725], pois não se contenta mais com o conhecimento de algo dado de antemão, o que lhe faz perseguir um saber constitutivamente ligado à situação particular, um aditamento de sentido a uma realidade observada.[726] O círculo hermenêutico, enfatiza Gadamer, não é um círculo vicioso, mas um modelo de conhecimento original, no qual esteja assegurado o rigor de partir da própria coisa.[727]

A proposta hermenêutica de Gadamer, por mais que devamos reconhecer suas contribuições para a reabilitação da filosofia prática, parece não responder aos desafios do pensamento prático atual. Não parece de imediato resolver sua ambiguidade de negar e convocar uma metodologia[728]: seu papel, de acordo com o próprio autor alemão, não é sequer o de instituir um método de compreensão das coisas, mas, apenas, de iluminar as condições sob as quais se conhece algo; sobre tais condições, afirma que nem todas estão sujeitas a um controle de procedimentos, sendo certo que os pré-juízos do intérprete não lhes são disponíveis, não tendo nem mesmo em princípio condição de distinguir os que são produtivos de outros que perturbam o entendimento[729]. E não sei se será diferente quanto a outros autores expressivos desse campo.

Uma proposta consistente de filosofia prática, no caminho da hermenêutica, também nos é dado por Esser, para o qual a justiça e os critérios de justeza não nos são dados de prévio pelo ordenamento, mas pela decisão do caso, de modo que isto suscita um alto grau de responsabilidade da função jurisdicional, inclusive pela correção e integração, sem o que o sistema jurídico se divorciaria de sua pretensão de justiça[730]. Somente uma perspectiva hermenêutica nos poderia

---

724 José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 109 e segs. Sobre a emergência da «filosofia da consciência», a ocupar o lugar que a metafísica das estruturas ontológicas do Ser tinha nos pensamentos antigo e medieval, ver a mesma obra, 124 e segs.

725 José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 147 e segs.

726 José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 157.

727 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 332.

728 Castanheira NEVES, «Excurso», 422 e segs.

729 Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 365 e segs.

730 Josef ESSER, *Precomprensione e scelta del método nel procsso di individuazione del diritto*: *fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giodice*, trad. de Salvatore Patti e Giuseppe Zacaria, Camerino: Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1983, 11 e segs.,

levar tão longe. Mas qual hermenêutica? Aquela que nos permita partir de uma pré-compreensão da juridicidade, isto é, de um plano comum aos destinatários da norma e composto de máximas de racionalidade aceita por eles, capazes de irem além do círculo histórico em que se inscrevem[731]. Como disse Castanheira Neves, uma «hermenêutica crítica» que supera a antiga hermenêutica, pensada simplesmente como uma arte interpretativa, tudo para propor algo mais que uma interpretação textual, para perguntar pela possibilidade da interpretação... mas para interrogar criticamente o objeto de sua interpretação e colocar o problema da racionalidade específica do processo realizativo do Direito[732], diferindo, assim, de uma hermenêutica literária ou histórica e considerando relevante uma interpretação jurídica, enquanto a mesma problematiza o sentido dessa interpretação, a partir do caso que se quer decidir. A aplicação, nesse caso, dependeria da compreensão, e esta da representação da aplicação, no que o «círculo hermenêutico» relaciona a posição do problema e as respostas possíveis como compreensão das normas.

Com efeito, o problema suscitado por Esser parece coincidir com o mesmo problema do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, posto provavelmente antes daquele e sem qualquer alusão à hermenêutica enquanto convoca «um juízo autónomo da juridicidade sobre o caso decidendo»[733]: seu problema é um problema normativo, não hermenêutico, convocando uma solução normativa que sugere uma atitude metodológica, para além do simples compreender ou do problema hermenêutico puro e simples; tudo isto, obviamente, reforça a tese do autor português de que a intencionalidade jurídica também se difere de uma racionalidade hermenêutica. Mas, o que mais importa considerar, por ora, é o fato de que a proposta que no momento está em questão reconhece a insuficiência da lei, dos precedentes, entre outros, para responder pelas expectativas de justiça[734].

Estamos em face de uma racionalidade específica. De acordo com Lamego, o fato de Esser sinalizar para um controle de justeza — a deliberação jurídica não é uma decisão *jure stricto* puramente, mas a formação de uma convicção de justeza sobre uma decisão tomada previamente e com base em valorações sequer necessariamente previstas no sistema, mas que pela decisão são a ele

assim como 113 e seg.

731 Josef ESSER, *Precomprensione*, 114, 130 e segs.

732 Castanheira NEVES, «*Excurso*», 2003, 429 e segs.

733 Castanheira NEVES, «*Excurso*», 431. Ver, a propósito da correlação, a bibliografia ali relacionada.

734 Josef ESSER, *Precomprensione,* 114 e seg.

ajustadas[735] —, o fato de convocar uma argumentação que confira aceitabilidade à decisão, o fato de não convocar integralmente a *phronesis*, mas apenas partir do caso e da comparação de casos, o fato do sistema não possuir qualquer significado anterior ao caso decidendo, o forte relevo que é dado à *auctoritas* dos precedentes, entre outros, faz com que a filosofia convocada pelo autor alemão seja considerada, antes de tudo, uma «filosofia de juristas»[736]. Seria inconcebível, de acordo com o próprio Esser, que a obrigatoriedade da lei decorresse simplesmente da *auctoritas* legislativa, que fosse imanente do sistema legal, daí que as instituições jurídicas estejam permeadas de reflexões postas pela dogmática jurídica e pelos precedentes judiciais[737]; a mobilização dos princípios, necessários para corrigir o sistema jurídico e conferir legitimidade à decisão, é tarefa suficientemente grande para se falar de «un auténtico derecho de juristas, *ius commune quod sola prudentium interpretatione existit*»[738].

Sabe-se que autor alemão não vê em Luhmann e nas teorias dos sistemas — a postularem uma aplicação puramente dogmática da lei com o suposto auxílio da sociologia analítica que nos libertasse de interferências da tradição, a pressupor uma decisão jurídica orientada por um alto grau de abstração na formação dos conceitos jurídicos e de sua dogmática — nenhuma possibilidade de oferecer uma resposta à racionalidade do Direito, já que ali vai dispensada até mesmo uma adequada fundamentação das decisões em face daquelas valorações que têm lugar na tomada da decisão[739]. Uma sociedade plural exige mais que uma teoria dogmática da racionalidade e da compreensão do Direito[740], convocando, assim, uma consciência do Direito capaz de fazer frente à atualização do ordenamento a partir do processo decisório[741]. Uma proposta como esta rejeita qualquer pretensão de encontrar um modelo prévio de decisão, que não refira ao caso, que dispense o juiz de refletir sobre sua própria decisão e sobre as referências políticas e ideológicas que suas decisões possuem[742].

A racionalidade hermenêutica proposta por Esser tem em conta que a própria determinação dos princípios que orientam nossas deliberações não

---

735 Sobre esta questão específica, ver Josef ESSER, *Precomprensione,* 114 e seg., e 127 e seg.

736 José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 212 e segs.

737 Josef ESSER, *Precomprensione,* 32 e segs..

738 Josef ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privato*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1961, 311.

739 Para esta questão, ver conjuntamente, Josef ESSER, *Precomprensione,* 112 e segs., e 211 e seg.

740 Josef ESSER, *Precomprensione,* 5.

741 Josef ESSER, *Precomprensione*, 29 e seg., e 127 e segs.

742 Josef ESSER, *Precomprensione*, 200.

define claramente uma linha divisória entre princípios éticos de princípios jurídicos, entre *lex* e *ethos*, entre teoria e problema a ser resolvido... mesmo porque esses princípios estão expostos a uma inegável mutação histórica[743]. Não existe, por outro lado, decisão jurídica que seja tomada simplesmente, convocando elementos lógico-formais, de modo que seria sempre fruto da correspondência entre o caso que se decide e a experiência jurídica no seu todo[744]. A própria fixação da relevância do caso e a seleção da norma aplicável, que não é homogênea, solicita os mais diferentes saberes e valorações, extraídos da vivência social do juiz[745]. O problema decisório, deste modo, não constitui num juízo silogístico de aplicação, numa atitude declarativa, de modo que seus critérios não são *critérios* de verdade, mas, sim, de justeza[746].

De outro modo, uma das tentativas atuais mais exemplificativas de pensar o problema prático numa perspectiva hermenêutica, segundo Castanheira Neves[747], é a de Kaufmann, este que na tentativa de encontrar uma nova fundamentação do Direito, reconhece a superação da dicotomia Direito Natural *x* Direito Positivo, da distinção kantiana entre ser e dever-ser, do deducionismo *lógico-normativo, etc., para concentrar-se na seguinte questão: sob que condições um ato legislativo ou uma decisão judicial devem ser considerados como justos? O que nele próprio se constituirá numa problematização hermenêutica, enquanto nos interroga sobre em que termos o* Direito pode ser hermeneuticamente compreendido a partir de uma autêntica linguagem histórica. A única coisa que diferenciaria o Direito Natural e o positivismo jurídico clássicos, segundo o autor, seria o fato de que naquele as normas eram hierarquicamente postas e neste são humanamente estabelecidas, já que para ambos o processo de realização do Direito é a-histórico, o caso e as normas permanecem como sempre estiverem[748]. A perspectiva hermenêutica nos ajudaria a sair dessa situação, já que a mesma investiga as possibilidades de compreensão, sendo assim mais que um método — sem, no entanto, deixar de ter uma dimensão metodológica — para ter uma dimensão filosófico-transcendental, e já também, porque

743 Josef ESSER, *Principio y norma,* 52 e segs.

744 Josef ESSER, *Precomprensione*, 34 e segs.

745 Josef ESSER, *Precomprensione*, 4.

746 Josef ESSER, *Precomprensione*, 8 e segs.; sobre o desenvolvimento desta descrição do processo de fixação dos critérios e da relevância do caso, afastada qualquer modalidade lógico-formal e reconhecida interferência valorativa, ver a mesma obra, 24 e segs., e 35 e segs.

747 Castanheira NEVES, «Excurso», 416 e segs.

748 Arthur KAUFMANN, «Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa», trad. de Fernando José Pinto Bronze, *Boletim da Faculdade de Direito* LXXVIII (2002) 186.

dotada de caráter universal, não absoluto, embora, mas como uma das muitas possibilidades de compreensão do mundo[749].

Isto sugere que o modelo hermenêutico recusa qualquer forma de oposição entre razão e tradição, tal como queriam os racionalistas formais, de modo que Kaufmann parece dar por superado o paradigma sujeito/objeto, rompendo declarada e assumidamente com o modelo objetivista moderno do conhecimento[750]. Todo conhecimento seria compreensivo, dado no horizonte em que o sujeito se situa, nada tendo que ver com simples representação passiva de um objeto na consciência do intérprete. Isto tudo, embora, sem regresso ao subjetivismo ou qualquer pretensão existencial de manter-se preso à circunstância, assumindo a tradição como base comum e aberta do mundo em que nos encontramos[751]. A compreensão seria assim também uma autocompreensão do sujeito interpretante, na relação que estabelece com os materiais interpretados. O que leva o autor a dizer que toda investigação jurídica é necessariamente uma adaptação ou assimilação da situação da vida do interpretante e da norma, revelando seu caráter analógico e recusando qualquer possibilidade silogística que se lhe quisesse contrapor[752].

Mas, dito isto sobre os três autores exemplares, o que parece distanciar o problema hermenêutico do problema jurídico, este posto por Castanheira Neves, é que uma simples compreensão da realidade não legitima o que se compreende e muito menos nos leva até o Direito[753]. Estabelecer o limite entre o Direito e o não Direito, definir as condições sob as quais uma sociedade se torna bem ordenada, atribuir responsabilidades a cada um e o que lhe cabe dentro dessa comunidade, entre outras, estas são questões que dependem de uma primeira questão e que é a da validade jurídica. Mas reservemos, no entanto, essas notas também para o espaço conclusivo deste estudo e que pretende, em breves palavras, estabelecer a particularidade da abordagem jurisprudencialista e que a diferencia das demais.

---

749 Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito,* trad. de António Ulisses Cortês, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, 67 e segs. Sobre a dimensão hermenêutica do método jurídico e seu caráter analógico, que não é de modo algum deixar de reconhecer a relevância das argumentações clássicas, ver a mesma obra, 127 e segs., assim como Arthur KAUFMANN, *Analogia y naturaleza de la cosa: hacia una teoria de la comprension jurídica*, trad. de Enrique Barros Bourie, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, 81 e segs.

750 Para uma discussão crítica do alcance dessa superação do esquema sujeito-objeto em Kaufmann, inclusive para defendê-lo dos que acham que o mesmo se mantém fiel ao antigo modelo e insensível ao pluralismo atual, ver José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 147 e seg., assim como as notas 132 e 133.

751 Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito*, 68 e segs.

752 Arthur KAUFMANN, *Analogia y naturaleza de la cosa*, 83 e segs.

753 Castanheira NEVES, «Excurso», 411 e segs., 420 e segs., e 435 e segs.

5. A(s) teoria(s) da argumentação e o vazio material do consenso racional

A argumentação jurídica, não obstante o pluralismo de vozes que a sustenta, de acordo com Castanheira Neves é um pensamento prático que acentua as condições e os tipos de argumentação possíveis, convergindo entre si na procura de um consenso sobre os critérios (*topoi*) indispensáveis para que certos problemas possam ser resolvidos[754]. Convergência essa que, se levada em conta a necessidade de rejeitar a equivalência e de impor uma hierarquização de respostas ao caso juridicamente relevante, tal como Linhares explica, leva-nos à «exigência de submeter as (ditas) razões sistémico-jurídicas ao contraponto *normas/princípios*»[755]; convergência, também, que se extraída do confronto de justificações interna e externa — de uma justificação que seja dada sem discussão pelo ordenamento jurídico no primeiro caso ou que tenha de ser submetida à prova de suas premissas no caso da segunda — para a solução proposta[756], pelo menos acentuaria: (1) o discurso jurídico como um discurso prático especial; (2) o tratamento deste como uma terceira via que nos liberta dos decisionismos e ultrarracionalismos; (3) o reconhecimento de uma especificidade argumentativa que se vincula a uma estrutura silogística e assegura um padrão de universalidade da resposta oferecida[757].

Com efeito, a teoria da argumentação de Toulmin, diferenciando-se de autores que pretendem recuperar as tradições da tópica e da retórica[758], ocupa-se da argumentação em geral, pensa a lógica autonomamente e denuncia a impossibilidade de uma lógica formal que responda à demanda da maior parte dos argumentos[759]. A *lógica seria muito mais que uma ciência: seria também uma arte, no caso aquela que descobre leis ou regras de argumentação solidamente embasada, por vezes,* operacionalmente distanciada das pretensões

754 Para outros desenvolvimentos nesta parte, ver Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica,* 115 e segs.

755 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: Coimbra Editora, 2015, 66.

756 José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio* casos fáceis/casos difíceis, 67 e segs.

757 José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio* casos fáceis/casos difíceis, 109 e seg.

758 Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*: *teorias de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 103 e segs., e 123 e segs.

759 Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, trad. de Reinaldo Guarany e Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006, 3 e segs., 154 e segs., e 169 e segs.

do cálculo[760] e comumente aberta a uma pluralidade de caminhos, isto dentro de sua textura argumentativa[761]. Mas também a argumentação jurídica, formulada por Perelman, oferece-nos uma proposta exemplar de reinvenção da filosofia prática, na medida em que assume a necessidade de romper com a tradição cartesiana do discurso. Paralelamente ao que se percebe de Toulmin, diferencia-se de outras concepções, como as de Alexy e MacCormick, visto que sua racionalidade é do tipo sujeito/sujeito e não sujeito/objeto, como parece ocorrer com estes dois últimos autores, nos quais subsistem alguns pressupostos normativistas e deducionistas.

Com efeito, o autor da nova retórica nos mostra a incompatibilidade entre as noções de deliberação e de «necessidade», assim como afastando a pretensão de «evidência» no ambiente da filosofia prática[762]. Identificar o raciocínio jurídico como um raciocínio formal seria um equívoco profundo da modernidade jurídica, não somente porque não é evidente que assim seja, mas também, porque esvazia seu sentido filosófico e empobrece sobremaneira a deliberação[763]. A racionalidade prática não seria questão de conhecimento ou de demonstração, mas de decisão justificada, de diferentes modos e recursos[764]. A decisão, que o raciocínio jurídico visa, é tomada sempre dentro de uma margem de escolhas, convocando elementos de fato e de direito[765] e sem dar-nos em princípio certeza de nada, mesmo porque o sistema de Direito não seria composto apenas de regras incontestáveis[766]. Disto decorre que existiria propriamente um raciocínio jurídico, mas o mesmo se caracterizaria por ser dialético e persuasivo[767], permitido por um modelo de racionalidade que é argumentativo e que procura pelas justificativas de realizar certas escolhas[768].

O julgador seria muito mais que um autômato, atuando com discernimento e responsabilidade, convocando normas, princípios, precedentes, etc., algo que uma boa teoria da argumentação, elaborada a partir de uma noção de

760 Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, 8 e segs.

761 Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, 135 e segs.

762 Chaïm PERELMAN / Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de argumentação,* trad. de João Duarte, Lisboa: Piaget, 2006, 9 e segs.; para o desenvolvimento dessa crítica dos autores, ver a mesma obra, 21 e segs.

763 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, trad. de Maria Ermantina A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2005, 469 e segs.

764 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 476 e segs., e 492 e segs.

765 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 487 e segs.

766 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 490 e segs.

767 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 498 e segs.

768 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 504 e segs.

auditório, estaria em condições de ajudar a fazer[769]. O sistema jurídico seria frágil e, às vezes, o julgador teria que achar por si mesmo a decisão, diz o autor[770]. Pelo lado de Alexy, a teoria da argumentação suscita outras questões. De fato, o autor alemão acredita que a argumentação pode ser um processo de discussão científico-jurídica com o propósito de responder à correção dos enunciados normativos, mais especificamente falando, «O discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral»[771] — *e o é na medida em que se refere especificamente ao* Direito vigente e porque não exige, apenas, que o enunciado normativo seja racional, mas que também seja racionalmente fundamentado dentro desse ordenamento vigente[772] —, levando aí implicadas as fragilidades do discurso prático geral e que devem ser corrigidos[773]. A noção de proposição normativa que toma para si, os juízos de valor ou de dever, descarta qualquer significação não empírica como quer o intuicionismo, assim como descarta que uma tal significação possa reduzir-se às relações empíricas, como quer o naturalismo[774]. A argumentação racional, em face da insuficiência da lei escrita ou da pretensão lógico-dedutiva, seria de todo necessária[775], podendo ser empreendida por meio de uma metaética que nos conduza à definição do significado de enunciados, proposições e orações normativas[776]. Sua teoria se reporta a outras teorias argumentativas.

O autor reconhece a validade da diferenciação feita por Habermas entre a noção de verdade como representação, como enunciação de um estado de coisas, da noção de verdade como consenso, como acordo potencial, com todos os que podem entrar em diálogo conosco, sobre a atribuição de um predicado a um objeto[777]; toma também como importante a habermasiana definição de situação ideal de fala: aquela atingida quando a comunicação não é perturbada, seja por constrangimentos externos, seja por coações internas da própria estrutura de comunicação, descomprometendo-se com sua realizabilidade[778]; procurando estabelecer condições de uma comunicação linguística, persegue,

769 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 513 e segs.

770 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 520 e segs.

771 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*: *a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008, 45.

772 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 210 e segs., e 217.

773 Para o desenvolvimento desta discussão, ver Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 274 e segs, onde o autor a retoma e a aprofunda.

774 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 181 e segs.

775 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 53 e segs.

776 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 57 e segs.

777 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 118 e segs.

778 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 134 e segs.

tal como Habermas e Apel, uma noção de validade das regras, mas recusa o designativo «pragmática transcendental» deste e adere àquele utilizado pelo primeiro, qual seja, «pragmática universal», por achá-lo menos equívoco[779]; afasta-se, porém, de Habermas, porque este não consideraria o processo um autêntico discurso, mas, apenas, uma estratégia.[780]

De fato, a teoria de Alexy rejeita taxativamente as abordagens psicológicas do discurso ético e aposta firmemente numa discussão moral orientada por regras, reportando-se às pragmáticas da linguagem, seja quanto à teoria «atos de fala», de Austin, seja quanto aos «jogos de linguagem», de Wittgenstein[781]; mas também diferencia a noção de ação, própria dos jogos de linguagem e onde as pretensões de validade são tacitamente aceites, da noção de discurso, onde questões sobre a validade das proposições são postas, sem se ocupar necessariamente com a experiência linguística que tem lugar na ação.

De outro modo, em MacCormick encontramos coisas parecidas. O autor considera que a honestidade e a razoabilidade das pessoas não impedem que elas discordem sobre coisas que consideram boas ou adequadas, de modo que suas escolhas não são feitas por meio de premissas irrefutáveis, sendo certo que os afetos interferem de algum modo no modelamento do caráter das pessoas[782]. Mas existem convenções argumentativas entre os juristas acerca de como devemos conduzir o debate sobre os litígios[783], de modo que mesmo não havendo certeza nas decisões, isto não significa que não se possam motivar nossas escolhas. Pelo que aqui se pode ver, haveria pelo menos uma consciência histórica de que há um jeito certo de agir, que aderimos a certos princípios independentemente dos motivos de adesão, e a argumentação consistiria na tentativa de estabelecer padrões decisórios[784]. A alegada clareza da norma, tanto para o normativismo quanto para alguns de seus críticos, não seria nada evidente, fazendo com que a argumentação-justificação seja o caminho mais adequado para encontrar a decisão certa, podendo a mesma gerir sistemas jurídicos racionais, mas não determinados[785]. Seria possível, para ele, mesmo

779 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 188 e segs.

780 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 216.

781 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 68 e segs.

782 Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, trad. de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, 6 e segs.

783 Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 14 e segs.

784 Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito,* 1, e 8 e segs.

785 Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 325 e segs., e 352 e segs.

discordando de Dworkin, levar a sério o Direito e encontrar seus princípios basilares[786], tendo em conta a responsabilidade que é inerente dessa busca[787].

Mas uma concepção bastante singular da argumentação nós a temos em Atienza, dado que sua defesa deste modelo de racionalidade não impede que reconheça seus limites, quanto à resposta a determinadas questões práticas. Com efeito, o autor reconhece que para além de uma diferenciação entre «casos fáceis» e «casos difíceis», existem mesmo os «casos trágicos», embora aquele autor não pareça nos ajudar muito em sua diferenciação porque não nos diz claramente como enfrentar essa situação. Há para ele três funções básicas da argumentação[788]: uma função cognoscitiva que nos ajudaria a perceber o caráter dinâmico e interdisciplinar do fenômeno jurídico, estando a própria argumentação aberta ao diálogo com outros campos do saber como a lógica, a filosofia, a linguística, a psicologia cognitiva, entre outros; uma função prática que é a de nos orientar na produção, interpretação e aplicação do Direito, ajudando-nos a compor um método constitutivo da argumentação e de instituição de critérios corretivos dessa argumentação; uma função moral e política que é a de nos ajudar a detectar e a corrigir as ideologias jurídicas inevitavelmente presentes em determinadas formas de argumentação.

De fato, para o autor, a argumentação é da essência da prática jurídica, embora seu domínio teórico não seja indispensável para uma *performance* argumentativa[789], dada a distinção feita pela filosofia da ciência entre «contexto de descoberta», restrita à explicação de como um conhecimento se desenvolve, e «contexto de justificação», disposto a confrontar tal conhecimento com a realidade para encontrar sua validade, uma teoria da argumentação, assumindo o contexto da justificação, permitiria que refletíssemos melhor sobre nossa prática jurídica. Isto seria algo mais que optar entre discursos descritivo e prescritivo, entre descrever o procedimento decisório dos juízes e a recomendação de como deveriam fazer para conferir razoabilidade às suas decisões: a teoria da argumentação nos permitiria estudar sob «qué condiciones un argumento puede considerarse justificado»[790]. Trata-se para ele de uma investigação que nos leva para além de dizer em que condições uma decisão estará formalmente justificada, determinando as condições materiais

786 Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 332 e segs.

787 Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 354 e segs.

788 Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 249 e segs.

789 Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 19 e segs.

790 Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 24.

exigíveis para tal. Aqui nos é oferecida uma distinção entre lógica formal e material, reconhecendo, nesta última, as pretensões da tópica e da retórica.

A possibilidade trazida por Atienza de uma justificação material da deliberação jurídica constituiria, na verdade, uma inegável oportunidade de responder ao «determinismo metodológico» dos que acreditam que as decisões jurídicas não carecem de justificação, visto que tomadas por uma autoridade legítima e/ou resultantes da aplicação pura e simples de normas gerais a fatos concretos. Mas serviria, também, para responder ao «decisionismo metodológico» de quem acredita que as decisões não são passíveis de justificação, uma vez que seriam puros atos de vontade[791]. Ora, se razão e decisão são coisas distintas, dado que uma subsiste sem a outra, elas são faces da mesma moeda e a razão pode melhorar a decisão[792]. Uma teoria da argumentação cumpriria inclusive, como já dito, uma função moral e política: mostrar até que ponto as ideologias dos autores se escondem por trás de suas justificativas teóricas, como a ideologia moderna de que todo caso tem sempre pelo menos uma decisão correta para ele, ideologia essa expressa em Alexy, MacCormick e Dworkin, sem falar da posição deste último ao defender a existência de uma *única* decisão para cada caso[793].

As conclusões disto tudo que curiosamente o autor nos sugere, parece que não dando conta inicialmente da enganosa dicotomia «casos fáceis» e «casos difíceis» como Linhares explicita[794], é a de que para além de uma bem elaborada teoria da argumentação, deve-se reconhecer as situações em que o julgador se encontrará diante de um dilema... onde «no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral»[795]. Mas se este é um traço importante por reconhecer internamente os limites da argumentação, importa mais neste instante ouvir as limitações que lhe são postas pelo jurisprudencialismo.

Com efeito, o que se percebe do pensamento de Toulmin era já uma concepção da jurisprudência como uma boa argumentação, confessado desde logo o

791 Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 24 e segs.

792 Manuel ATIENZA, *Argumentation in the law*. <http://www.ivr-enc.info/en/entry.php?what=showEntryToPrint&entryId=14>, 1 e segs.

793 Para uma outra crítica à pretensão de Dworkin, só que agora assumindo o compromisso de superar o binômio casos fáceis/casos difíceis, ver José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio* casos fáceis/casos difíceis, 155 e segs.

794 José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 97 e segs., e p. 143 e segs.

795 Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 252.

caráter procedimental de sua correção[796]. Isto não parece ser muito diferente do que se vê em Perelman, isto é, que o problema do raciocínio jurídico é um problema de estabelecimento de premissas, dando às normas jurídicas seu alcance exato[797]. De outro modo, *a noção de argumentação, sustentada por* MacCormick, não deixa de acentuar a necessidade de justificação das nossas escolhas, mas no jogo persuasivo do argumento, não está inclusive descartada a possibilidade de insinceridade (deslealdade?) por parte dos debatedores[798]. Assim, é que a insuficiência do procedimentalismo jurídico é claramente denunciada por Castanheira Neves. É que, segundo o autor, a tópica e a argumentação requerem um *a posteriori consensus* persuasivo, sendo os critérios de decisão e os argumentos em concreto equivalentes entre si. Desta forma, a discussão, de natureza apenas racional e argumentativamente conclusiva, é a única instância de controle da decisão[799].

Sendo assim, e se essas breves notas esclarecem alguma coisa, o que aqui principalmente se quer destacar, no contraponto com o pensamento de Castanheira Neves, é a clareza da dimensão processual que essas propostas têm em comum. Tudo isto fazendo com que o problema deliberativo se converta em um problema de identificação e escolha de critérios a serem levados em conta no momento da deliberação. A argumentação oferecida por Alexy considera mesmo que «Uma norma ou um mandamento singular que satisfaçam os critérios determinados pelas regras do discurso podem ser qualificados de justos»[800]. O que os participantes de uma discussão levam em conta, segundo este autor, são os procedimentos para a elaboração e obtenção de regras jurídico-positivas ou outras regras de discurso, assim como os procedimentos para sua aplicação[801]. A ideia fundamental de sua teoria do discurso prático racional centra-se na diferenciação básica entre as «regras do discurso lógico», encontradas nas proposições, e as «regras do discurso racional», a referirem também ao comportamento dos falantes, no que se definem como «regras pragmáticas»[802]. Isto faria com que mesmo não havendo certeza absoluta do resultado, tal situação seria suficiente para

796 Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, 9 e segs. Ver também Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 104 e segs., e 119 e segs.

797 Chaïm PERELMAN, Ética e direito, 496 e segs.

798 Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 16 e segs., e especialmente 22.

799 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 73 e seg.

800 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 48.

801 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 48 e segs.

802 Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 183; o detalhamento de sua noção de argumentação jurídico-racional é encontrado na mesma obra, 217 e segs., e 280 e seg.

conferir razoabilidade a uma experiência argumentativa. O jurisprudencialismo é outra coisa como já disse, daí que seja preciso dizer algo a título de síntese e de conclusão, como se segue.

6. Conclusão

E assim devo concluir. Isto para acentuar que se o jurisprudencialismo, na medida em que realiza uma das críticas mais conseguidas ao normativismo e aos funcionalismos jurídicos, realiza uma crítica interna ao Direito, diferenciando-se das diferentes vozes do movimento de reaproximação com o pensamento aristotélico. Como o próprio Castanheira Neves diz, o desafio metodológico do presente nos obriga a distanciar em simultâneos das tradições filosóficas de Galileu e de Aristóteles, visto que se precisamos reencontrar o contexto culturalmente significante da prática jurídica, esquecido pelo pensamento moderno, nem por isto estamos obrigados a recuperar aquela ordem metafísica e transcendente que orientou o pensamento pré-moderno803.

Com efeito, diz o autor português, assistimos hoje a um verdadeiro enfraquecimento do discurso sujeito-objeto, de modo que se comprometer com a filosofia prática é apostar em um fundamento material do Direito[804]: com aquele fundamentado numa relação sujeito-sujeito, recusando sejam aquelas entidades absolutas e autossubsistentes nas quais o jusnaturalismo clássico apostava — a autodisponibilidade humana hoje tida como própria do pensamento jurídico é incompatível com uma pura descoberta ou busca teórica dos fundamentos materiais da deliberação jurídica —, sejam aqueles compromissos político-sociais nos quais o positivismo normativista se orientava, isto é, aqueles que emergem exclusivamente de uma *voluntas* e se orienta pelo finalismo de oportunidade em face de contingências políticas, sociais ou econômicas.

Neste horizonte é que se situa a racionalidade jurídica tal e qual, respeitado aquele «*initium* luminoso»[805] dos romanos ou aquela intuição original de um pensamento prático-prudencial que Castanheira Neves tem procurado reconstituir, enquanto aceita os desafios que o próprio momento nos coloca.

803 Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares,* 43 e segs.

804 Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares,* 46 e segs.

805 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 155.

Dessa especificação decorre um autêntico diferendo, como diz Linhares sobre o contraponto *societas-communitas*[806], sendo certo que se o jurisprudencialismo tem suas raízes nessa reinvenção da *communitas*, o mesmo convoca outros pressupostos[807]. A promessa que a racionalidade jurídica nos faz, se ouvirmos o próprio Castanheira Neves, é a de uma «reconstituição crítica do sentido hoje do Direito — que será *axiológico-normativa* nos fundamentos, *prático-normativa* na intencionalidade e *judicativa* no *modus* metodológico"[808]. A prática jurídica exige que atentemos para o seu caráter problemático-concreto e para sua intenção normativo-material[809].

Com efeito, pensar o Direito tal e qual, implicaria reconhecer o método jurídico como um problema fundamental da Filosofia do Direito[810]. Qual método? Aquele que «interrogue pelo *originarium* constitutivo do direito, pelo sentido do direito como direito no nosso quadro civilizacional e que no-lo traga à sua cultural possibilidade diferenciadora»[811]. Uma exigência que coloca em dúvida aquela diferenciação entre ser e dever-ser, da qual o positivismo clássico se alimentou, dado que «é num dever-ser assumido autonomamente pelo pensamento jurídico em termos fundamentantes e constituintes que o direito positivo acaba por ter o critério decisivo da sua própria realização»[812].

A racionalidade jurídica aqui se diferencia do que o normativismo sustentou, já que a indicação prévia do critério de solução, feita pelo sistema, seria apenas um dos momentos do processo de realização do Direito, convocando um momento decisório: a norma seria apenas uma solução abstrata, sujeita às exigências normativas específicas do caso, pois se é possível uma prévia determinação de sentido dessa norma, «esse sentido tem apenas um valor hipotético e irá ser submetido como que a uma experimentação problemático-decisória

806 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 127.

807 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 148 e segs.

808 Castanheira NEVES, «O "jurisprudencialismo" — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», in Nuno Morgadinho Santos COELHO / António Sá da Silva, ed., *Teoria do direito: direito interrogado hoje – Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 62 e seg.

809 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 14.

810 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 9.

811 Castanheira NEVES, «O problema da universalidade do direito — ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», in Castanheira NEVES, *Digesta* — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 3, 118. «Que sentido? Aquele que culturalmente nos oferece as referências espirituais capazes de nos interpelar a transcendermos a realização humana pura e simples.» Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», in Augusto Silva DIAS *et alli*, ed., Liber Amicorum *de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 11.

812 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 81.

em referência à relevância jurídica material do caso concreto»[813]. Desastroso seria aqui uma aposta semântica do pensamento jurídico, dado que contra a inevitável porosidade dos critérios de solução não inexiste solução: diante de uma ausência de sentido da norma[814], a única coisa que se pode fazer é imputar-lhe um sentido, o que significa erigir o intérprete em criador e não mero leitor do texto[815]. Todo Direito é Direito Positivo, mas uma autotranscendentalidade é de todo inevitável[816].

Isto tudo é que faz com que a pesquisa por um método específico do Direito, levado a cabo pelo jurisprudencialismo, recusará qualquer regresso ao jusnaturalismo ou qualquer solução meta-histórica para o caso, assim como qualquer outra que resulte numa aplicação mecânica e fácil das normas de Direito[817]. Isto impõe a separação dos problemas jurídicos em relação aos problemas políticos, econômicos, científicos, éticos, entre outros[818]. Isto equivale dizer que a exclusão da necessidade ontológica, nos domínios da *praxis*, não nos condena à mera contingência política, ou a outra qualquer, pelo contrário, convoca «um *tertium genus* dado numa transcendental autopressuposição axiológica-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva»[819]. A grande perplexidade do pensamento jurídico atual seria a ameaça da erosão de sentido que os reducionismos jurídicos impõem a ele, uma vez que somente um pensamento jurídico autônomo nos imunizaria contra a ameaça do poder e de outras contingências[820]. Qualquer forma de reducionismo, seja de dimensão científica ou ética, é globalmente recusado

---

813 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 81.

814 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 114.

815 Para uma breve exposição do problema atual da interpretação jurídica, ver Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 83 e segs. «De resto, a questão da interpretação hoje seria muito mais que desvendar um algoritmo ou o domínio de uma tecnologia, mas o da própria realização do Direito, de modo que tal realização não seria o que for a interpretação em si, mas deveria de ser o que a realização implique que a interpretação seja.» *Ibidem*, 127.

816 Castanheira NEVES, *Introdução ao Direito*, 87 e segs.

817 Para uma análise desta passagem do Direito Natural ao Direito Positivo, bem como da «superação» de ambos por um novo movimento de reabilitação da filosofia prática, ver Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 23 e segs.; conferir ainda e especialmente Castanheira NEVES, «O sentido actual da metodologia jurídica», 122.

818 Castanheira NEVES, «Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», in Castanheira NEVES, *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 3, 176.

819 Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 147.

820 Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 25 e segs.

pelo autor português, o primeiro, porque ignora o problema do sentido do Direito, e o segundo, porque o ultrapassa[821].

A autonomia do Direito e do método jurídico nos garantiria, de acordo com Castanheira Neves, uma deliberação livre e justa. A inexistência de uma proposta autossignificativa no movimento de restauração do Direito Natural, aliada à plurissignificação e ambiguidade da expressão, teria levado ao fracasso daquela escola, nada mais avançando para além das circunstâncias epocais que determinaram esse movimento, isto é, a reação contra...

O cansaço perante o frio intelectualismo positivista, o reconhecimento crítico dos limites e mesmo o fracasso cultural do cientismo positivista-naturalista relativamente aos problemas mais fundos do homem; o próprio desenvolvimento histórico-social e cultural a pôr novos iniludíveis problemas humanos e sociais; a recuperação, senão a revelação, por vezes desesperada e num horizonte de angústia, de novas agônicas dimensões humanas a manifestarem-se na vida e como a vida da experiência concreta, e a convocarem assim o homem à consciência de uma mais profunda e plena, posto que problemática, humanidade.[822]

A racionalidade jurídica, defendida pelo jurisprudencialismo, sustenta-se numa inevitável dialética sistema-problema. Com efeito, apela-se para a experiência da circularidade normativa, da autotranscendentalidade e da continuada realização[823]. Mas, ao contrário da tópico-retórica, isto não significa um qualquer casuísmo[824]: trata-se diferentemente de um «processo de institucionalização internamente *assumido* pelo mundo prático do direito»[825]. A dimensão da validade do Direito ou a sua dimensão axiológica-normativa, convoca e se coimplica com outras três dimensões que estruturam o sistema jurídico[826]: 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

821 Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 5.

822 Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito,* 40 e segs.

823 Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 18 e segs. Deste modo, «a irredutível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interrogue 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.

824 Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 147 e segs.

825 José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 156.

826 Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 18 e segs.

problemático-dialética que expressa aquele *novum* problemático e irredutível 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...[827]. 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 que são os *princípios* — positivos e transpositivos, onde se incluem as cláusulas gerais mais relevantes, e os suprapositivos —, constituindo o momento de validade fundamentante ou intenção de *transcendens* constituinte que impede que o Direito seja somente *ordinatum/normatum*/objeto, mas, sim, *ordinans*; é por meio de tais princípios que a validade axiológico-normativa se funda e se expressa.

O segundo estrato é composto de *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 são aquela categoria geral da objetivação dogmática por meio das quais os critérios de solução do problema são positivados. A *jurisprudência* é o terceiro estrato, o momento em que posições diferentes, suscitadas pela argumentação, objetiva e estabiliza uma já experimentada realização problemático-concreta do Direito, adquirindo presunção de justeza. 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.

Por fim, resta dizer que, para Castanheira Neves, contra os reducionismos normativos ou as indeterminações tópicas, retóricas e interpretativas, o Direito não contempla diretamente nenhuma contingência, ainda que uma

[827] Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 20 e segs., e 155 e segs. *Idem*, *Metodologia Jurídica*, 155 e segs. *Idem*, «Fontes do direito», in *idem*, *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros,* Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 2, 331 e segs.

contingência positiva[828]. Com efeito, o Direito Positivo não oferece, por si só, quer os critérios quer os fundamentos normativo-jurídicos exigidos pela sua realização[829]. Pode-se dizer que nem mesmo o sistema jurídico, com os diversos estratos que possui, seja em si autossuficiente, expondo-se a uma necessária abertura e permanente reconstituição, tomando o caso como *prius* e como autônomo aos saberes anteriores, assim como sujeitando-se a uma crítica que é interna antes de tudo[830]. A abertura do sistema jurídico seria a nota fundamental de sua própria universalidade? Diz-se que a única universalização possível da experiência jurídica está no seu problema, e nunca nas soluções que a ele são dadas. Tanto assim é que para o jurisprudencialismo o Direito é uma experiência concreta, histórica e problematicamente situada, sugerindo, apenas e de uma vez por todas, respostas distintas para problemas comuns, colocados pela nossa Humanidade comum[831].

828 Castanheira NEVES, «O problema da universalidade do direito», 110.

829 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 29 e segs., e 176.

830 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 159 e segs.

831 «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.» Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 14. Itálicos do autor.

4. A decisão jurisdicional enquanto juízo transpositivo de assimilação hermenêutica pela justiciabilidade

Adjudication as a transpositive judgement or the hermeneutic assimilation through justiciability

Maurício Martins Reis
Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP-RS), Porto Alegre, Brasil
https://orcid.org/0000-0002-5954-813X

Abstract: Castanheira Neves' proposal defends a kind of irreducibility of Law to social sources, whilst specifically considering the problem of justice in the historical relations between the system and the problem or between the pattern and the case series. The core of his approach is the specific concrete normative judgment connecting the applicable normative criteria with the juridically relevant existential situations. This approach demands in fact a debate with other possible types of rationality (logical, theoretical, pragmatic, procedural), from which emerges a developed consideration of practical (subject/subject) rationality . Although defending a substantive paradigm of practical rationality, his approach is significantly different from Legal Hermeneutics point of view based on philosophical hermeneutics and phenomenology. The decisive characterization of legal rationality would be magnetized by the practical and judging specificity of the interpretive judgment as a decision, to claim less the coordinating demands of a correct understanding, but above

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_17

all the scope of the just decision under the axiological empire of validity as justice. The fair or just decision in Castanheira Neves´conception is not offered arbitrarily by power («secret case») or with a single mandatory configuration («decreed case») for the purpose of providing the fundamental transit between the invocable normative criteria and the judicial possibilities, but it promotes a singular judicial mediation with its specific problematic dimension with particular constitutive autonomy («concrete case»). This concrete affinity, in order to legitimize itself, postulates simultaneously a certain transcendent normative intentionality, compatible with the restitution of normative criteria for the legal system. Thus, in Castanheira Neves' model there is a fundamental ethical safeguard in the balance between the universal and the particular, supported by the statute of justice or decision-making justification, for which there are simply and always legal cases, neither abstractly easy nor difficult. The judicial decision represents, therefore, a privileged practical example of legal protection applied against the daily procedures of obstruction (impediments) and obturation (abstract reductions and dispersing isolationisms) of the criteria of justice. Through the judicial decision conceived in these terms, a concrete and ulterior guideline of double scope is achieved due to hermeneutic assimilation through justiciability: the requirement of material justice concerning the specific problem under judgment alongside the control of legitimate assimilation — including transpositive assimilation — in the dynamic system of normative validity.

Keywords: Justiciability — Judicial decision — Normative Validity — Decision Reasonability — Hermeneutics

I

O pensamento de António Castanheira Neves será examinado pelo presente artigo numa potencialidade interpretativa bastante específica, a saber, com os olhos voltados para o problema decisório do critério normativo justo diante da aplicação jurisdicional. Trata-se de convidar as reflexões do filósofo de Coimbra para o enfrentamento de impasses cada vez mais corriqueiros na realidade acadêmica e prática do Direito brasileiro, mormente em vista da questionada legitimidade material (de conteúdo) contemplada no pronunciamento de juízes e tribunais quando ali se repercute em concreto o padrão

de validade abstrato tipificado nas leis. Em especial, nos estamos a referir ao contemporâneo estado de «incerteza esclarecida» para onde confluem as mais disparatadas posições a respeito da interpretação jurídica e correspondentemente acerca dos liames democráticos entre legislação e jurisdição no momento da realização prática do Direito.

O alegado estado de «incerteza esclarecida» experimentado no Brasil significa a multiplicidade de perspectivas atomizadas que convivem entre si em vista do fenômeno hermenêutico aplicativo, cada qual ignorando ou criticando outra na exata medida de sua explicação interna. Em particular, cada modo de conceber a experiência jurídica de aplicação é iluminada por dentro de sua envergadura teórica, enquanto o confronto com diferentes visões espelha um cenário abrangente de incerteza, contra o qual o jurista ou se esconde, fugidio, para o interior esclarecido de uma dessas propostas, ou se embreta docilmente num ceticismo relativista tendente a escolher uma dessas posições por obra e fruto de uma conveniência instrumental pragmática. Em certo aspecto, a própria posição original de Castanheira Neves, pela sua complexidade e envergadura, se mostra suscetível de replicações atomizadas capazes de levar a crise interpretativa ao seu paroxismo no âmbito da concretização judicativa pelo Poder Judiciário, porquanto a relação entre lei e caso concreto perdura nebulosa nos dias atuais.

A dialética estabelecida entre o critério normativo abstrato produzido pelo legislador e a fórmula casuística judicial de sua individualização, demarcada pelo protótipo do magistrado (ou de um colegiado de juízes) como a figura institucional de quem aplica o Direito[832], apresenta-nos uma circunstância preliminar concernente ao relacionamento indelével entre o código jurídico oficial e a realidade dinâmica da existência humana que o convoca sucessivas e reiteradas vezes numa vigília de continuidade e transformação. Não nos ocuparemos desse pressuposto incontroverso, qual seja, do Direito legislado e aplicado dever se manifestar rente à realidade social, senão de vislumbrar em específico em que medida o discurso de aplicação ou de realização prática do Direito pela via jurisdicional poderá sofrer reservas diante do estabelecimento de contenções abstratas prévias não coincidentes com a problematicidade argumentativa que somente o domínio concreto da interpretação aplicativa decisória é capaz de oferecer. Descendo mais a fundo em nossa investigação, dedicaremos espaço a duas indagações fundamentais: por que motivo o propalado ativismo

[832] Karl ENGISCH, *La idea de concrecion en el derecho y en la ciencia juridica actuales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1968, 239.

judicial tem sido atualmente qualificado como nocivo por intermédio de expedientes ultrapassados no bojo da metodologia jurídica e, por conseguinte, combatido com antídotos retrógrados que negligenciam as importantes lições da hermenêutica jurídica do século XX? Por outro lado, por que razão a decisão judicial concreta não pode ser reconduzida, tendo sido ela bem estabelecida no foro histórico da argumentação e do justo decidir, ao patamar de um critério normativo vinculante que enseja futuras uniformidades aplicativas?

Ao se articularem as propostas sugestivas para ambas as interrogações, ver-se-á que estamos a oferecer resistência contra uma dupla de exageros retóricos que se esconde por detrás de dois mantras ecumênicos antitéticos dotados de invejável tolerância e diplomacia na academia jurídica nacional (a brasileira). Pelo mantra do alegado limite último gramatical em reverência ao legislador, ou seja, da literalidade semântica do dispositivo normativo interpretado, o ativismo judicial será aquele a inexoravelmente ultrapassar as raias da linguagem vazada no texto legislado. Em contrapartida, pelo álibi do caso concreto decidendo, a articulação de meios judiciais de uniformização decisória a partir de paradigmas interpretativos de aplicação seria incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o seu modelo de justiça material.

II

O pensamento de Castanheira Neves é recorrente na proposta crítica acerca da irredutibilidade do Direito nas respectivas fontes sociais vigentes, em específico ao refletir sobre o problema da justiça nas relações históricas entre o sistema e o problema ou entre o padrão e a casuística. Sucintamente, a indagação permanente do seu projeto filosófico perscruta pelo juízo normativo concreto justo a conectar adequadamente o critério normativo aplicável com as situações existenciais que convocam a atuação jurídica. Mais precisamente, o pensador lusitano tematiza permanentemente o fenômeno da realização do Direito na base de uma resposta legítima a um problema concreto, haurida, por meio da exigência racional da fundamentação discursiva pelo juízo, de uma validade normativa vinculante.

Castanheira Neves analisa em sua obra posições variadas acerca do conceito e amplitude da interpretação jurídica, ressalvando para elas um argumento ou conjunto de articulações que o impulsiona dialeticamente rumo a sua peculiar proposta sobre o tema em debate. O autor parte do pressuposto de uma específica índole material da racionalidade prática no Direito em detrimento de matrizes explicitamente antagônicas de natureza ou com proeminência

lógica, teorética e procedimental. Por outro lado, no interior mesmo do paradigma material da racionalidade prática a postular uma autonomia constitutiva da mediação problemático-decisória, o professor de Coimbra discerne o seu ponto de vista das propostas que aparentemente tomariam o mesmo caminho, em especial a linha tributária da hermenêutica jurídica.

A decisiva caracterização da racionalidade jurídica seria imantada pela especificidade prática e decisória do juízo interpretativo, a convocar nem tanto as demandas coordenadoras de um correto compreender, mas sobremaneira o escopo do justo decidir pelo império axiológico da validade enquanto justiça. A decisão justa em Castanheira Neves não conecta sem mais («caso secreto») ou com uma única configuração («caso decreto») o trânsito fundamentante entre os critérios normativos invocáveis e as possibilidades judicativas, senão promove uma singular mediação judicativa com a sua específica dimensão problemática com particular autonomia constitutiva («caso concreto»). Essa afinidade concreta, para se legitimar, simultaneamente se solidariza com determinada intencionalidade normativa transcendente, compatível com a restituição de um critério normativo para o sistema jurídico como um todo. Assim, reina no modelo de Castanheira Neves um cuidado fundamental ético no equilíbrio entre o universal e o particular com esteio no estatuto da justiça ou da justeza decisória, para o qual existem simplesmente e sempre casos jurídicos, nem abstratamente fáceis, nem difíceis. A decisão jurisdicional representa, portanto, um exemplo prático privilegiado de salvaguarda jurídica contra os expedientes cotidianos de obstrução (impedimentos) e obturação (reduções abstratas e isolacionismos dispersantes) dos critérios de justiça. Nela se vislumbra por dever (e por devir) uma orientação concreta de sentido de duplo alcance a título de assimilação hermenêutica pela justiciabilidade: a exigência da justeza material concernente ao problema específico sob julgamento aliada ao controle da legítima assimilação — inclusive transpositiva — no sistema dinâmico da validade normativa.

III

À metodologia jurídica, ensina-nos Castanheira Neves, cabe pensar de modo crítico o processo da realização aplicativa do Direito no sentido de uma decisão judicativa ou juízo decisório[833]. Ao se debruçar sobre a aplica-

[833] Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora,

ção jurídica prática, ela proporciona inúmeros desdobramentos importantes, dentre os quais caberia ressaltar, para o propósito temático do artigo, o endosso de diretivas para a interpretação dos preceitos normativos vinculantes (prescrições legislativas e comandos jurisprudenciais materialmente imponentes e formalmente obrigatórios), o registro de uma doutrina sobre o desenvolvimento judicial da interpretação jurídica (limites e possibilidades), além do modelo de uma estrutura racional e legítima da aplicação da lei ao caso concreto[834]. Em realidade, está em jogo na aplicação do Direito a reciprocidade entre o universal e o particular, não mais entendida sob a lógica de uma subsunção unidirecional da lei para o caso concreto, senão a partir de uma abertura histórica compartilhada entre ambos: à lei corresponde uma dada concretude prognosticada para o futuro e ao caso concreto se imanta uma proporcional universalidade isonômica que o transcende.

Aqui nos preocupamos sobremaneira com a função jurisdicional compreendida numa específica normatividade — ou intencionalidade — jurídica relacionada com o regime da legalidade em sua faceta objetiva (atuação da ordem jurídica em sociedade) e subjetiva (reconhecimento de direitos e interesses em conflito tutelados pelo Direito Positivo) e dele essencialmente complementar. Trata-se da normatividade jurídica no campo da aplicação concretizadora ou com caráter «jurídico-metodologicamente constituinte»[835], com ênfase no desenvolvimento autônomo do Direito com suporte em critérios normativos inclusive de natureza translegal. Estamo-nos a referir aos fundamentos normativos (legais e constitucionais) invocados para a concreta realização do jurídico neste sentido autêntico sublinhado por Castanheira Neves para a função jurisdicional, característico de um juízo criador histórico e singular[836].

Ao ressaltarmos essa normatividade jurídica no ambiente limítrofe e problemático do desenvolvimento translegal da interpretação aplicadora pelo juízo jurisdicional, vamo-nos deparar simultaneamente com a configuração do ativismo judicial tal qual esse fenômeno vem a ser hoje represado no seio da comunidade jurídica brasileira. O ativismo judicial sofre com uma carga implacável de ressalvas por ser ele inevitavelmente qualificado nos moldes de um agravo público a partir de uma circunstância deveras simplória em pleno século XXI e, por isso mesmo, reanimadora das práticas metodológicas

1993, 17.

834 Conforme indica José LAMEGO, *Elementos de Metodologia Jurídica*, Coimbra: Almedina, 2016, 7.

835 Castanheira NEVES, *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, 413.

836 Castanheira NEVES, *O instituto*, 414 e 416.

analítico-subsuntivas do normativismo exegético de outrora. A face que retrata o ativismo judicial tido por nocivo e inaceitável nos dias de hoje reproduz a marca de um juízo interpretativo que, em última análise, frauda o texto linguístico empregado pela norma jurídica aplicável ao caso concreto[837]. Veremos o quanto essa compreensão solapa à morte as contribuições sedimentadas sob a batuta de nosso homenageado, o Professor Castanheira Neves. Ao mesmo tempo, verificaremos o quanto o estatuto do caso concreto decidendo, pela sua potencialidade de arrecadar com legitimidade o investimento argumentativo da normatividade jurídica constitutiva para além do texto inscrito nos preceitos de lei, pode ser estrangulado nessa sua especificidade decisória a tal ponto de fissurar o discurso jurídico num emaranhado estéril de frações interpretativas incomunicáveis a perder de vista o critério normativo aglutinador daquela intencionalidade valorativa[838].

O deslocamento puro e simples do centro de gravidade na interpretação jurídica da noção de Direito abstrato para a norma de decisão do caso concreto assume o risco de inverter a tônica de um discurso excessivo, substituindo-se um equívoco por outro. O dualismo em tela carece de um tratamento equilibrado, nem valorando o aspecto concreto de aplicação como subalterno à ordem abstrata das prescrições legais num menosprezo à realização prática da jurisprudência, tão-pouco inflacionando a casuística com um tom de individualização responsável por atomizar cada interpretação como única ou exclusiva[839]. Então se põe como relevante a pergunta de Karl Engisch sobre a extrapolação do concreto[840] — uma tendência contemporânea ainda predominante em combate às práticas reducionistas sobreviventes que entendem a aplicação do Direito como um procedimento mecânico e dedutivo da norma geral para a situação concreta sob exame — a colocar em debate

---

837 Costuma dizer-se aqui que a interpretação jurídica, para não incorrer nesse ativismo, não pode converter um texto linguístico — dimensionado e confinado literalmente nas prescrições do legislador — em outro enunciado de linguagem (por todos, levando em consideração as normas constitucionais como objeto dessa ressalva, Lenio Luiz STRECK, *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*, Rio de Janeiro, Forense, 2018, 128, 242, 323).

838 É o que se percebe em teses hermenêuticas há muito tempo disseminadas no Brasil, as quais informam que a norma é apenas a norma no caso, cuja resolução casuística não aspira a um critério normativo transcendente depois da sua interpretação judicial, «de modo que diante dos casos futuros ela também será texto […] e, portanto, novamente será interpretado» (Lenio Luiz STRECK, *Precedentes judiciais e hermenêutica*, Salvador, Editora JusPodivm, 2018, 63), com o que se pressupõe que cada caso sucessivo a reivindicar a aplicação da mesma lei será considerado um novo caso concreto independentemente da historicidade hermenêutica prévia no interior da qual o preceito legal restou contextualizado e justificado no âmbito das respectivas analogias e diferenças de tratamento situacional.

839 Karl ENGISCH, *La idea*, 328.

840 Karl ENGISCH, *La idea*, 346.

um movimento de absoluta individualização no sentido de se defender a singularidade de cada caso e a conformação particular do correspondente pronunciamento judicial único e irrepetível: como poderia a norma jurídica, pensada e construída a partir da casuística de cada situação, ser elaborada indutivamente do problema ao sistema (do caso concreto ao critério geral) se a cada decisão individual corresponderia uma situação do mundo irredutivelmente específica?

O problema assim considerado, do isolamento ontológico do estatuto do caso concreto, nem poderia trazer à tona, por evidente, a ocorrência do denominado ativismo judicial, tendo em vista que as críticas que costumam ser endereçadas à prestação jurisdicional ativista ostentam um argumento comum, segundo o qual o tipo de veredicto em comento vai de encontro ao critério normativo geral estabelecido pela métrica dos preceitos legislativos aplicáveis ao caso sob julgamento. Ora, levada a casuística às últimas consequências, no sentido daquela individualidade exclusiva ínsita ao cenário existencial sob exame no respectivo processo judicial, não se poderia elevar um certo parâmetro judicativo como modelar e paradigmático a partir de uma referência abstrata tipificada na lei ou com esteio em situações fáticas análogas e hipóteses de concretização semelhantes. Se cada decisão concreta estabiliza de maneira infungível a chamada lei do caso decidendo, inclusive materializando em vida a norma geral até então bloqueada sob a alegoria da abstração, de duas, uma: ou nenhuma decisão judicial é ativista, cada qual isolada que é nessa exclusiva feição individual do ser a dispensar o cotejo com certos cânones interpretativos externos, ou todas o são, pela inerente criatividade de uma interpretação que se faz constitutiva para aquele inigualável contexto do mundo da vida.

Por outro lado, tomada a aplicação do Direito como a realização judicativo-decisória de critérios normativos previamente estabelecidos, assimilados enquanto um conjunto de padrões de valoração dispostos pela autoridade legítima em reverência aos ditames éticopolíticos da comunidade instalada sob o regime da democracia constitucional, instala-se — aí sim — o problema da dimensão arbitrária do ativismo judicial. Trata-se de dimensionarmos uma relação juridicamente desproporcional onde incide uma censurável desmedida entre um comportamento hermenêutico efetivo — uma decisão e o seu processo de delineamento racional-argumentativo — e a correlata fonte ou critério prévio do qual se demandaria virtualmente por uma expectativa de sentido divergente tida por exemplar. Falar em ativismo judicial, portanto, nos termos estritos aqui trabalhados, circunscritos à interpretação jurídica concretizadora

que materializa para o caso concreto os padrões de juridicidade investidos antecipadamente na ordem de legalidade vigente, importa em traduzir um acontecimento para cuja configuração se exige um qualificativo de assimetria entre o critério e a escolha procedida, típico de uma malsucedida injustiça.

IV

O jurisprudencialismo propagado por Castanheira Neves nos lega uma série significativa de traços constitutivos, os quais muito mais facilmente são compreendidos na dialética do seu enfrentamento contra os inimigos teóricos por ele combatidos, em especial no campo da metodologia jurídica (quanto à realização aplicativo-situacional do Direito). Isto é, quem se apropria da literatura do filósofo sabe muito bem identificar quais são os posicionamentos por ele ressalvados por sua contundente crítica, nada obstante evidenciarmos quanto à sua posição uma postura complexa, inigualável e, diríamos, insuscetível de rótulos simplificadores ou mesmo de catalogações estanques. Passaremos a analisar, conforme antes dito, a contribuição de Castanheira Neves quanto ao âmago da decisão judicial, ou seja, da função judicial nessa elementar metódica de transformar o abstrato em concreto a partir dos critérios normativos disponíveis no sistema jurídico.

Será com base nessa específica investigação que observaremos a dificuldade de implementar a aplicação prática dos contributos do nosso homenageado para os problemas cotidianos convocados na arena da aplicação judicativa, fator que em si não revela uma deficiência, senão uma marcante característica teorética dos passos argumentativos do pensador lusitano. Em realidade, a passagem da teoria para a prática a partir dos ensinamentos de Castanheira Neves não nos parece uma operacionalização trivial ou mesmo mecânica. Supondo que essa conversão seja possível — e assim nos parece naquela dimensão heterodoxa avessa à linha de montagem industrial tão típica dos tempos modernos —, ela se projeta dependente de um custoso artifício da inteligência reflexiva, a merecer não raro interpretações dissonantes às custas de quem opera com a gramática do autor. Particularmente estamos a engendrar dos escritos do Mestre a reverberação de hipóteses de raciocínio derivadas da seguinte interrogação: como cogitar a autonomia do Direito e do caso concreto decidendo sem resvalar no normativismo positivista (caso decreto mais do mesmo subserviente ao legislador) e no casuísmo segregacionista (caso secreto insular)?

Percebemos na dogmática brasileira acerca da metodologia jurídica na aplicação jurisdicional uma incômoda claudicância ou imperícia no modo de tratar os dois lados dessa moeda hermenêutica: nem se define bem o que é uma decisão juridicamente justa e adequada como tão-pouco se esclarecem os pressupostos de um pronunciamento ativista com caráter abusivo ou destituído de critérios legítimos de juridicidade. Os cânones ultrapassados de escolas normativistas com acento no positivismo exegético mais rigoroso vêm ecoando nas academias nacionais em detrimento de «algumas» posturas do Poder Judiciário classificadas como ativistas pelo exclusivo prisma da inaceitável transcendência — por parte do julgamento impugnado — dos critérios normativos ornamentados em torno do texto legislativo. Em simultâneo, são constantes os aplausos dirigidos — pelos mesmos intérpretes — a «algumas outras» decisões judiciais que recusaram a aplicação do texto normativo em evidência ou ainda adjudicaram ao preceito linguístico da norma jurídica um significado diverso daquele imediatamente vazado na semântica expressa pela respectiva letra. Uma vez não decifrado o objeto da nossa preocupação, o denominado juízo de assimilação hermenêutica pela justiciabilidade, cuja abordagem se manifestará com os indicativos da lupa de Castanheira Neves, não conseguiremos nos desincumbir desta tarefa de coerentemente postular para a jurisdição uma responsabilidade decisória à altura do Estado Democrático de Direito, sem a intercessão, portanto, de justificações de conveniência alimentadas por posicionamentos parciais e alheios à crítica equânime.

A advertência segundo a qual parece ser mais injusto relevar as peculiares circunstâncias de cada um do que violar a individualidade por meio da norma jurídica geral[841] faz todo o sentido, considerando-se que a concretude igualmente participa do critério normativo abstrato e que os fatores de singularidade do caso concreto decidendo devem ser restituídos num movimento jurisprudencial para o interior do sistema jurídico naquela sua assimilação histórica inclusive transpositiva para fins do desenvolvimento justo e isonômico do Direito. Conforme já é sabido, o Direito abstrato não deixa de ser uma expressão da concretude jurídica, pois é prefigurado com bases existenciais bem situadas na sua matriz genética de promulgação, se referindo inevitavelmente aos casos concretos[842] numa antecipada conjectura de realização do Direito em abstra-

841 Karl ENGISCH, *La idea*, 383.

842 Karl ENGISCH, *La idea*, 347.

to[843]. Vale registrar por igual que a prioridade no processo de realização do Direito concreto, tendo em mira a adequada harmonização do justo decidir entre o prévio critério normativo e a posterior referência judicativa tornada norma do caso concreto, deve levar em consideração objetivamente a situação problemática sob exame nessa sua conformação aplicativa individualizadora, em detrimento de perspectivas que invocam a primazia da personalidade subjetiva discricionária de quem aplica o discurso oficial[844].

A conscientização metodológica pós-positivista que confere importância à irrenunciável mediação constitutiva da realização do Direito em prol de normas casuísticas de decisão, opondo-se, por conseguinte, ao modelo autômato e silogístico de aplicação judicial característico do positivismo jurídico[845], assenta-se na «argamassa do erro»[846] de uma interpretação previamente disposta nas normas jurídicas aplicáveis e suscetível de um deslocamento asséptico mediante subsunção para o fato submetido a julgamento. Todavia, no afã de superar essa clivagem metodológica entre norma e caso, podemos enveredar para o constructo de uma edificação sedimentada numa outra argamassa de procedência e qualidade duvidosas, suscetível, pois, de provável erosão dispersiva. Ao combater o pressuposto positivista de um caso decreto previamente dilucidado pelo legislador, verifica-se o risco de uma antinomia radical produzida às custas da rebeldia sem causa imediatamente conducente ao outro oposto do discurso, a saber, o ceticismo relativista de que os critérios normativos, além de dependerem da casuística, apenas se perfazem sob o jugo aplicativo do caso concreto, nele se encerrando atomisticamente (o assim denominado caso secreto).

Invoca-se aqui a posição intermediária e prudente defendida por Jan Schapp em torno de um relacionamento triangular entre o universal (lei), o particular (caso concreto) e a mediação do juízo, apoiando-se na premissa de que a norma jurídica já representa o particular, isto é, «algo singular pelo fato de decidir um ou mais casos individuais concretos no futuro»[847]. A lei, considerada um critério normativo não propriamente abstrato e universal, senão como a expressão de uma decisão concreta, deixaria de ser concebida como a fonte regulativa maior e neutra da subsunção, automaticamente posta e aplicada pela via lógico-dedutiva em direção ao fato sob exame nos autos do

843 Castanheira NEVES, *Metodología Jurídica*, 18.

844 Karl ENGISCH, *La idea*, 348.

845 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 26

846 Francisco AGUILAR, *A Norma do Caso como Norma no Caso*, Coimbra: Almedina, 2016, 13.

847 Jan SCHAPP, *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*, Porto Alegre: Fabris, 1985, 14.

processo judicial. Ao revés, a norma jurídica somente é capaz de estruturar balizas para uma fundamentação futura que o aplicador-intérprete judicial deverá por sua vez desdobrar na resolução do caso concreto[848], pelo que a lei como decisão concreta prefigura especificidades existenciais determinadas, em sede de tipologias comuns, afiliadas à mesma série ou conjunto homogêneo de situações conjecturadas pelo legislador, a partir de razões ou fundamentos intercambiáveis e disponíveis à dialética hermenêutica da ulterior realização prática do Direito, na qual o efetivo caso concreto decidendo será inserido a ponto de interferir na ordem jurídica.

Em complemento às palavras de Schapp, se «a pertença à série do caso individual também codetermina a individualidade de cada caso individual, desde o começo»[849], a individualidade de cada caso, desde o princípio em que se articula com a norma aplicável, intercede retrospectiva e prospectivamente para revisitar — confirmando, distinguindo ou aprimorando — o modelo decisório concreto antevisto pelo legislador com vistas ao desenvolvimento autônomo do Direito. Em suma, não se mostra suficiente «o espaço compreendido pela lei sem a colaboração criadora do juiz»[850], o que denota aquela reciprocidade inevitável entre o universal e o particular, cujas combinações afloram a recomposição cotidiana do código jurídico de justiça sob a versão revigorada de critérios normativos historicamente abertos e calibrados mediante a razão prática interpretativa. Não se pode perder de vista, ressalte-se, que ao caso concreto decidendo se conectará a indisponível referência criteriosa de um parâmetro de validade abstrato e vinculante para os acontecimentos sucessivos.

V

A função jurisdicional de aplicação se manifesta como inequívoco juízo decisório, ensina-nos Castanheira Neves, cumprindo um desiderato normativo distinto da mera reprodução exegética, inclusive com a prerrogativa de superarem algumas ocasiões a mera concretização de critérios normativos prévios, naquela histórica realização denominada pelo autor de juridicidade translegal conforme o Direito[851]. Como ele mesmo refere, esse juízo de

848 Jan SCHAPP, *Problemas*, 68.

849 Jan SCHAPP, *Problemas*, 71.

850 Jan SCHAPP, *Problemas*, 80.

851 Castanheira NEVES, *O instituto*, 416-417.

realização normativo-jurídica é constitutivamente autônomo, mormente naquelas situações fronteiriças nas quais o Direito posto mereça ser justificadamente superado em prol de uma normatividade transcendente *secundum jus*, embora seja, em princípio, pautado até onde for possível mediante os critérios legais vinculantes[852]. O filósofo, aliás, deixa bem à mostra uma das preocupações capitais do presente ensaio: o juízo jurídico, que encarna o geral-concreto para explicitar ao Direito o seu verdadeiro sentido e realidade naquela concreta decisão responsável por atualizar o critério normativo abstrato, apesar de legitimamente recusar o determinismo metodológico de aplicação lógico-subsuntiva, «nem por isso tem de entregar-se ao pólo contrário do decisionismo (e irracionalismo) jurídico»[853].

A interpretação jurídica aqui considerada, neste incindível relacionamento entre o abstrato e o concreto pelo advento da aplicação judicial de uma fonte normativa, se ocupa sobremaneira da ponderação judicativa em termos da aferição de um critério jurídico resolutivo para o caso e para além dele, em projeção futura dessa constitutiva realização com múltiplas facetas de desenvolvimento. Não se enfatiza aqui, destarte, a qualificação probatória dos meios e instrumentos submetidos a juízo para uma sucessiva averiguação normativa da procedência fática daquilo que se alegou no processo[854], senão apenas a determinação do sentido efetivo das fontes jurídicas disponíveis para o fito de se extrair o critério normativo adequado para a solução do feito[855]. Eis a chave da interpretação jurídica, cujo problema nuclear recai sobre como resolver uma controvérsia essencialmente normativa; a boa resolução que dela se espera decorre do ato racional de fundamentação conducente a se obter dos preceitos normativos vigentes (ou a partir deles numa validade normativa que os transcende sob a razão da legitimidade comunitária) certo critério prático adequado como referência da justa decisão do caso concreto[856], em vez

852 Castanheira NEVES, *O instituto*, 418.

853 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 33-34.

854 «Trata-se aqui em especial do segundo momento metodológico da chamada questão de fato (que não deixa de ser uma questão jurídica em termos da qualificação normativa e comprovação judicativa das informações atinentes ao problema concreto submetido a juízo), ou seja, a se reportar aos elementos probatórios de comprovação do conteúdo fático trazido aos autos para ser concluída ao final uma argumentativa e fundamentada verdade prático-jurídica.» Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 163.

855 «Por isso se compreende que alguns autores concluam que o problema decisivo da concreta determinação do direito — o "próprio problema da determinação do direito (*Rechtsgewinnung*)" — está afinal na determinação da "premissa maior" do silogismo judiciário.» Castanheira NEVES, *O instituto*, 183.

856 Uma decisão juridicamente justa, assim o tomamos de modo sintético, é aquela «normativamente coerente com os valores e princípios de direito e sustentável pela sua racionalidade dogmática.» Castanheira NEVES, *O instituto*, 455.

de se desdobrar tão-somente o significado textual dos preceitos legislativos disponíveis numa operação formal exegética replicadora[857].

Daí porque o ativismo judicial não pode ser pautado por exigências de limitada consideração ao fenômeno interpretativo em tela, como por exemplo, com base no argumento isolado de que a decisão discrepou das precipitações linguísticas vazadas no preceito normativo aplicável ao caso concreto. A validade normativa é invariavelmente catapultada ao plano translegal nesse irrevogável e constitutivo desenvolvimento histórico do sistema jurídico, tributário, de entre outros vetores, da própria realização jurisprudencial. Trata-se de um movimento em direção à paleta de valores e princípios que inspiram o Direito para além de sua configuração oficial posta pelo Estado[858], ou ainda, rumo a uma «intenção político-jurídica unitária que a comunidade historicamente assume»[859], contestando a coincidência entre o Direito e os códigos vigentes num acabamento total daquele nesses últimos (incluindo-se a própria Constituição soberana).

Não restam dúvidas de que a concepção de Castanheira Neves, ao invocar os elementos dessa juridicidade constitutiva e constituenda na própria história da realização prática do Direito, através do poder jurisdicional pela mediação (assimilação) interpretativa em cada caso, chancela a possibilidade situacional de o Direito aplicado preterir e superar as fontes legislativas abstratamente consideradas[860]. Seria isso a legitimação do ativismo judicial por si só? Mais uma vez, convém o esclarecimento do que vem a significar essa tão disseminada expressão nos dias atuais. Se compreendermos o ativismo como a atuação indevidamente arbitrária do magistrado frente ao critério normativo delineado em juízo nos termos de uma interpretação jurídica concreta ultimadora do injusto decidir, portanto, fragilizada ou carente de uma unitária concatenação fundamentadora isenta de controle racional, perceberemos de antemão que o juízo ativista, de acordo com as lições do jurista de Coimbra, não resultará da maior ou menor aproximação do juiz para com o critério delimitativo formal-positivista estampado nas leis.

Nesse sentido, o juízo transpositivo de justiciabilidade deixa de arrecadar invencivelmente, pelo simples fato de a decisão não aplicar a letra da lei *tout court*, o qualificativo de encarnar esse criticado ativismo. Ao contrário, em Castanheira Neves uma posição ativista assim nociva nos moldes de

857 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 84.

858 Castanheira NEVES, *O instituto*, 169.

859 Castanheira NEVES, *O instituto*, 419.

860 José LAMEGO, *Elementos*, 198.

uma arbitrariedade decisória poderá igualmente coincidir com a postura de quem aplica com rigor textual os preceitos normativos disponíveis no Direito positivo, porque a visão do autor releva o processo de concretização normativa da interpretação jurídica como um todo hermenêutico complexo e irredutível aos esquemas do silogismo subsuntivo. Noutras palavras, a nota considerada indispensável ao nosso ver para se encarar dado exemplo genuíno de arbitrariedade decisória típica de um ativismo judicial extravagante em Castanheira Neves nada tem a ver com o desacoplamento textual ou com o decalque simbólico do caso individual perante a norma abstrata. O atributo de uma decisão ativista arbitrária se assenta noutro plano, o do aspecto da injustiça material frente ao critério normativo invocado para o deslinde da situação posta em exame judicial.

Por outro viés, o ativismo judicial poderá ser interpelado não mais em virtude de uma censura oriunda de uma decisão arbitrária injusta, mas em termos de uma abertura positiva (ativista e criadora[861]), para além da vinculação formal aos estritos limites do Direito legislado, com fundamento naquilo que Castanheira Neves denomina de intencionalidade axiológico-jurídica material a que o poder — no discurso legislativo e judicial, ambos tidos como derivações prático-concretas de parâmetros decisórios — haverá de se subordinar naquela autônoma expressão axiológica do Estado de Direito material[862]. Recupera-se nessa normatividade jurídica translegal vinculada ao Direito, naquela sua intencionalidade mais abrangente do sentido do justo parametrizador dos critérios normativos cotidianos — o *jus* transcendente da *lex* —, a teleologia axiológico-normativa e material da juridicidade[863], prescrevendo ao juízo de aplicação a justiciabilidade hermenêutica antes anunciada em busca do justo decidir. Pelo que a legitimação do ativismo judicial em face desta peculiar compreensão do estatuto da função judicial enquanto juízo autônomo da constitutiva realização do Direito, inclusive acolhendo-se pronunciamentos judiciais *contra legem* (mas conforme o Direito naquela intencionalidade normativo-axiológica subjacente ao senso material da comunidade política), não deixa de ser uma decorrência invencível — em

[861] O juízo e a decisão jurisdicionais, por serem de Direito, abraçam naturalmente uma efetiva e indefectível «dimensão materialmente criadora, a qual, sem prejuízo da respectiva função política, os não força a abandonar o domínio do direito ou da intenção específica do direito para terem de cair no domínio geral do político ou da específica intenção política.» Castanheira NEVES, *O instituto*, 438. Isso mais uma vez reforça a ideia de que essa juridicidade transpositiva, apesar de ultrapassar os limites formais do Direito posto, não descamba para um certo decisionismo político canalizado sem freios para o poder último soberano de quem decide apenas com a justificativa da autoridade.

[862] Castanheira NEVES, *O instituto*, 430-431.

[863] José LAMEGO, *Elementos*, 199.

nada nociva — para a gramática teórica de Castanheira Neves neste outro significado de ativismo há pouco assinalado[864].

VI

Nesse balanceamento metodológico da aplicação do Direito entre o critério abstrato previsto textualmente pela marca do legislador e a solução específica individualizadora de uma decisão concreta ótima para o caso concreto é onde recai o panorama do juízo de assimilação hermenêutica pela justiciabilidade objeto de nosso estudo. A exigência dessa justiciabilidade é herdeira da natureza da função judicial enquanto juízo de ponderação normativa, pois não se mantém fiel à concepção reducionista que vê o Direito aplicado bitolado no reduto da subsunção lógica a inferir inescapavelmente argumentos de textos linguísticos prévios. A justiciabilidade, ademais, é capaz de efetuar o controle jurídico da legislação posta pela autoridade parlamentar em nome de uma autônoma intenção material do Direito transcendente aos códigos positivos, assinalando a injustiça de um critério normativo pelo desatendimento de valores caros ao Estado Democrático e ao todo comunitário que ele representa, como por exemplo a igualdade na lei e a igualdade perante o Direito[865].

O juízo decisório, portanto, embora invoque dada norma positiva como seu critério jurídico, não se basta jamais nessa mera aplicação de uma inteiramente dada e consumada fonte de interpretação como num encaixe inevitável pautado pelas linhas semânticas do preceito abstrato. A rigor, mesmo nas hipóteses onde se verifica ser o caso de aplicar a lei em consonância ao critério demarcado pelo índice textual de sua linguagem, essa anuência interpretativa deverá ser constitutiva ou assimiladora pela atuação hermenêutica ativa do juízo decisório responsável pelo critério derradeiro da resolução do caso concreto[866].

---

[864] Apesar de José Lamego deixar entrever a sua posição de que o discurso de Castanheira Neves realmente abre espaço para o ativismo judicial, porém, naquela dimensão crítica de uma postura arbitrária e censurável a partir de decisões judiciais ilegítimas (José LAMEGO, *Elementos*, 200), admite mais adiante que a manifestação estimuladora desse ativismo em tempos presentes «não entronca diretamente na reflexão metodológica produzida no âmbito universitário» por aquele autor e seus sucessores, senão é o produto de «um reflexo agregador de indícios de deslegitimação do sistema político democrático-parlamentar e um fenómeno de competição entre elites, fazendo emergir um justicialismo de base corporativa» (José LAMEGO, *Elementos*, 297).

[865] Castanheira NEVES, *O instituto*, 187-188.

[866] Diz-nos Castanheira Neves, a propósito disso, que «o problema da interpretação jurídica não é um problema teorético, lógico ou cognitivo, mas um específico problema prático, teleológico e normativo, de que não se isenta qualquer norma jurídica» (Castanheira NEVES, *O instituto*, 355), pelo que deixou de ter qualquer sentido o princípio *in claris non fitinterpretatio*.

Entretanto, quando esta não for a circunstância em mira, a saber, quando o critério indispensável de justiça para providenciar o juízo de decisão não puder ser descurado da norma aplicável em torno dos fatores dispostos em sua textualidade, essa fonte normativa somente poderá mediatamente funcionar como fundamento do *decisum* por intermédio da «assimilação que nela se fizesse de factores normativos que a transcendiam»[867], naquela concretização denominada por Castanheira Neves de transpositiva ou extratextual.

Em continuidade, quando se admite que a ocorrência do arbítrio não se revela um derivado inevitável do desacoplamento simbólico entre o caso e a norma, mas do problema da injustiça material judicativa no plano existencial da realização prática do Direito, a tolerar, no plano teórico de Castanheira Neves, que uma decisão em particular não aplique a norma jurídica vigente ou confira ao preceito de lei uma interpretação de acordo com o Direito naquele plano de juridicidade translegal, devemos nos conduzir a um indispensável passo adiante. Essas decisões, para não se tornarem dispersas e, pois, para não incorrerem no vício do caso secreto decidendo, devem restituir o critério judicativo reelaborado de volta ao sistema, sofisticando o critério a ser considerado no futuro como mais uma fonte digna de relevo (com o *plus* desta juridicidade assimilada hermeneuticamente via aplicação) no ulterior cuidado e desenvolvimento histórico das atividades interpretativas relacionadas analogamente ao contexto daquela análise judicativa e daquele critério reestruturado pelo juízo. Então, a resolução concretamente normativa, onde a interpretação se consuma através deste agir mediador entre os critérios normativos pertinentes e o caso concreto, codetermina e enriquece o próprio critério normativo geral originário[868] numa espiral de historicidade que não pode resultar confinada nos específicos *loci* casuísticos.

Exsurge aqui o papel fundamental dos precedentes de jurisprudência, em especial os emanados dos tribunais superiores, na configuração e no monitoramento dessas modulações que reacomodam o critério normativo revisitado pelo atuar judicativo prático-decisório em direção a um projeto jurídico estabilizador das expectativas sociais no tocante ao prudente (e indisponível) ofício de se temperar as similitudes com as diferenças. Aquele que interpreta a lei já se depara em certa medida, como vimos, com um critério normativo concreto prévio em cuja prognose de situações hipotéticas modelares se acomodarão as decisões judiciais que partilham da sua juridicidade

867 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 124.

868 Castanheira NEVES, *O instituto*, 329.

em três níveis interativos normativos: normatividade posta, pressuposta e transposta. Nos dizeres de Jan Schapp[869], ocorre tal dinâmica de precisão detalhada comparativa referida a casos pretéritos julgados nesse contínuo jurisprudencial em torno do pioneiro critério normativo abstrato aplicável (tomada a lei como um particular decisório).

É possível sustentar a ideia de que o conteúdo fático das normas jurídicas, ao discernir naquele critério antecipado a escolha das razões que levaram o legislador a uma dada solução concernente a um certo tipo de casos, espelha uma normatividade paralela não coincidente necessariamente com o texto no qual aquele critério decisório se exterioriza. O caso ou conjunto de casos que a lei antecipadamente decidiu com certeza não significa, assim, que a norma jurídica em vigor tenha definido com isto «que para o juiz o caso em pauta também seja o caso decidido»[870], porquanto o vínculo entre caso concreto individual e razão da decisão estipulada no preceito legislativo «não é a relação entre realidade individual e tipo, já que a razão da decisão é sempre parte da própria realidade da vida»[871]. Isto quer dizer que o objeto da interpretação jurídica não será o texto da lei por exclusivo, senão a normatividade que as normas jurídicas possam oferecer a título de um critério que vai recorrentemente implicado pela convocação prático-normativa dos casos a serem resolvidos com suporte naquele preceito[872].

VII

A caracterização definidora última do juízo jurisdicional em sede de atributos com índole material engloba quatro notas essenciais segundo Castanheira Neves, relacionadas ao objeto decisório, ao critério normativo, ao modo metodológico e à intencionalidade valorativa daquele juízo[873]. Quanto ao objeto da decisão, trata-se de indicar que a jurisdição se empenha em resolver qualquer controvérsia[874] que haja de se referir a certa situação

869 Jan SCHAPP, *Problemas*, 84.

870 Jan SCHAPP, *Problemas*, 85.

871 Jan SCHAPP, *Problemas*, 86.

872 Castanheira NEVES, *Metodologia*, 143.

873 Castanheira NEVES, *O instituto*, 438.

874 «Controvérsia que não tem de significar apenas a dúvida e a discussão sobre a existência ou não existência de um direito […] ou tão-só um conflito de pretensões, pois abrange ainda tanto a problemática jurídica que exija um juízo sobre uma concreta violação da ordem jurídica objectiva ou do direito objectivo (o que inclui o juízo quer sobre a inconstitucionalidade, quer sobre a ilegalidade de quaisquer actos estaduais…), como a que só possa decidir-se pela constitutiva assunção de um

problemática, específica e determinada mediante a oposição argumentativa dialética de duas posições em debate, carente de solução jurídica por dado juízo imparcial de validade normativa. Nesse sentido, apesar de a decisão jurisdicional resolver um concreto e específico problema jurídico, isso não evita que aquela controvérsia possa ser considerada parte de certa espécie ou tipo de situação comuns cuja normatividade análoga endossa o tratamento proporcionalmente uniforme dotado de previsível verificação futura[875].

A segunda nota materialmente caracterizadora do juízo jurisdicional, a índole do critério normativo da decisão judicial, explica a conjugação — aparentemente contraditória — da igualdade de tratamento jurídico com a diferença ontológica dos casos concretos (ou das situações problemáticas) que demandam a aplicação do Direito. Se é verdade que a determinação aplicativa juridicamente concreta não é idêntica à fonte normativa da qual emana, assim como tão-pouco seriam normativamente idênticas a aplicação casuística e a jurisprudência[876], por causa da ascendência ontológica segundo a qual cada situação do mundo da vida é única e irrepetível, tal pressuposição não pode ser levada às últimas consequências no discurso e na prática do jurista. Isso porque a elaboração jurídica de um critério normativo, diferentemente de outros saberes oriundos das Humanidades (como a história e a literatura, por exemplo), prescinde da consideração atomizada de um tempo individual concreto e de um espaço individual concreto[877] (frente a cada evento do mundo real) para se desincumbir com justiça de realizar a sua peculiar missão: a de promulgar parâmetros uniformes respeitadores da adequada tutela de cada experiência individual vertida num problema de Direito sistematicamente assimilável.

O critério normativo, então, distingue-se da métrica estipulada e previamente determinada no texto expresso pelas normas jurídicas positivas, pois a função jurisdicional se revela como um autônomo juízo portador de justiciabilidade no horizonte de uma indeclinável assimilação de constitutiva realização normativa. Portanto, o Direito a se oferecer ao juízo no desafio prático cotidiano da interpretação jurídica, nessa dimensão de um fundamento de validade normativa, não poderá ser desdobrado a reboque de um objeto significativo textual suscetível de compreensão, eis que «os critérios jurídicos

novo fundamento ou critério normativo (novo relativamente ao direito constituído) que haja de referir-se à situação judicialmente problemática como sua solução — o que sempre se verifica quando a decisão jurisdicional se abre a novos princípios e critérios normativo-jurídicos que a especificidade ou novidade da problemática decidenda obrigue a assumir» (Castanheira NEVES, *O instituto*, 438-439).

875 Castanheira NEVES, *O instituto*, 441.

876 Castanheira NEVES, *O instituto*, 441-442.

877 Karl ENGISCH, *La idea*, 391.

de juridicidade concreta deverão ser assumidos na ou para aquela normativa determinação material»[878]. Dito de outro modo, o critério normativo a ser vislumbrado como a solução hermenêutica justa do caso concreto recairá na norma enquanto norma de realização do Direito (norma enquanto norma[879]), em desabono à mecânica submissão interpretativa diante do respectivo enunciado simbólico de linguagem (norma enquanto texto).

A norma enquanto norma, ao não se confundir com a rasa aplicação formal dos comandos legais, realiza-se à medida da perspectiva existencial da realização do Direito pelo juízo, cuja lente a partir do caso problemático interrogará os preceitos normativos disponíveis, para deles retirar aquela normatividade material capaz inclusive de transcendê-los[880]. O critério normativo enquanto fundamento do juízo jurisdicional não abandona, contudo, como se poderia supor, a legislação à própria sorte; as leis, ao contrário, se revelam como expressões preferenciais decisivas[881] para a concretização judicativa dos critérios normativos nelas indicados, ressalvando-se, por evidente, a autonomia intencional que deve corresponder à interpretação jurídica nessa sua tarefa de interrogação incessante. A legislação, conquanto não seja o Direito numa fungibilidade abstrata que se deve afastar, inevitavelmente o demarca problematicamente naquele contínuo processo de seu desenvolvimento histórico. É nessa dinâmica de aplicação problematizadora (interrogativa), onde os critérios normativos se demarcam e resultam rearticulados, que se acomodará a intencionalidade material do Direito, a qual consiste no parâmetro «translegal e transpositivo que a jurisdição já hermeneuticamente, já normativo-intencionalmente invoca ao operar com a própria legislação»[882].

A terceira nota encerra a implicação metodológica do modo como o critério normativo, a partir de fundamentos jurídicos com imanente racionalidade justificativa, determinará a decisão concreta do juízo jurisdicional, caracterizando-se aqui em específico a denominada justiciabilidade[883]. A justiciabilidade se manifesta como o contraponto prático-concreto do arbítrio decisionista (ou decisionismo axiológico) a ser excluído ou minorado na aplicação jurisdicional,

878 Castanheira NEVES, *O instituto*, 443.

879 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 144.

880 «Pois podem esses fundamentos normativos estar já constituídos e objectivados em critérios normativo-juridicamente positivos, ou oferecerem-se apenas enunciados na assunção de princípios normativo-jurídicos ou serem mesmo assumidos-constituídos no próprio momento em que se considera um concreto problema decidendo.» Castanheira NEVES, *O instituto*, 446.

881 Castanheira NEVES, *O instituto*, 451.

882 Castanheira NEVES, *O instituto*, 452.

883 Castanheira NEVES, *O instituto*, 460.

cuja garantia em benefício da concreta solução interpretativa justa resulta de cuidados vinculados à racionalidade da fundamentação judicativa suscetível de transparente controle[884]. O jurisprudencialismo de Castanheira Neves arremete aqui com toda a sua força ao pender para uma orientação de justiciabilidade na qual o modo de fundamentação correta dos critérios normativos dependerá da justa decisão do caso concreto em simultaneidade com a exigência de justiça demandada das fontes normativas interrogadas naquela específica problemática. Essa teoria desemboca numa compreensão hermeneuticamente transitiva da normatividade jurídica: toma-se «a norma como critério hipotético do juízo problemático-jurídico concreto, critério que pela dialéctica desse juízo será experimentado e reconstitutivamente assimilado»[885].

Ao mesmo tempo em que se arrecada na decisão concreta o sinalagma de justiça depositário da validação material do adequado critério normativo vinculante, refuta-se ao mesmo tempo a deturpação dessa justiciabilidade em casuísmo (caso secreto), risco grave a se incorrer quando alguém deixa de convocar o sistema de normatividade pressuposto nos bastidores existenciais da controvérsia concreta e da concernente regulação jurídica que lhe é contemporânea. Isto porque todo problema jurídico remonta a um certo contexto ou ordem normativa macroscópicos que circunscrevem (e potencializam) a intencionalidade jurídico-axiológica quando da mediação do caso pela norma.

A quarta e última nota materialmente qualificadora do juízo efetuado pela função jurisdicional implementa uma direção ou perspectiva de intencionalidade com natureza de validade (ou simplesmente intenção de validade) em vista de um sistema axiológico global assentado com base em histórica universalidade comunitária[886]. As leis materializam, então, uma positiva e parcial manifestação no interior dessa pressuposta ordem axiológico-normativa, sem concentrarem nelas mesmas, todavia, a total intencionalidade do Direito subjacente naquele todo fundamentante de valor, característico de uma «racional universalidade de juridicidade societária

884 Castanheira NEVES, *O instituto*, 460-461.

885 Castanheira NEVES, *Metodología Jurídica*, 148. O autor esboça algo como um itinerário metodológico nesse sentido: «Quanto ao *modus* jurídico dessa decisão, deverá o julgador começar por formular uma "hipótese de norma" como seu critério, que satisfaça essa específica exigência de justiça, e confrontar depois essa norma hipotética com as normas do direito positivo. E se alguma lhe corresponder, será essa o fundamento da decisão; se não lhe corresponder fundamentalmente nenhuma, procurar-se-á um precedente judicial que nos mesmos termos se considerar relevante; e, caso também isso se não verifique, orientar-se-á o jurista autonomamente pelos princípios ético-práticos e discursivo-argumentativos da "razão prática".» (Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 146-147).

886 Castanheira NEVES, *O instituto*, 464.

(associativo-contratualista)»[887]. Denota-se a referência teleológica da norma jurídica a uma intencionalidade normativa válida de realização do Direito para que decerto ela, enquanto critério positivado, concorre, porém, podendo ser transformada e superada através dessa assimilação transcendente capaz de a ultrapassar numa posterior reconfiguração de juridicidade.

É nesse ponto que Castanheira Neves demonstra a contumácia do seu argumento contra a imposição de qualquer universalidade normativa formal positivada pelo Estado, inclusive aquela de natureza constitucional. Diferentemente daqueles que preconizam uma clivagem metodológica, ou seja, aderindo a duas metodologias jurídicas distintas para a unitária aplicação do critério normativo, uma ordinária e outra constitucional, professando para a hermenêutica da Constituição certa condescendência formalista em apoio ao texto ali expresso[888], o professor português não relativiza em absoluto a intencionalidade global do Direito que a jurisdição deverá assumir nessa transcendente validade normativa[889]. Para o autor, a normatividade do Direito positivo não se exaure na hermenêutica da aplicação de legalidade (da juridicidade legal) ou de constitucionalidade (da juridicidade constitucional)[890]. Vale dizer, não representa o arcabouço normativo positivo (o conjunto de normas vigentes constitucionais e ordinárias) o expoente definidor da juridicidade, senão é ele apenas a precária precipitação explícita suscetível de um investimento interpretativo histórico assumido criticamente por aquela autônoma intencionalidade capaz de o corroborar, incrementar e transcender[891].

---

887 Castanheira NEVES, *O instituto*, 465.

888 Ovídio Baptista da Silva já reconhecia o equívoco dessa postura hermenêutica: «Essa lógica bifronte, que distingue em dois patamares epistemológicos a compreensão de textos jurídicos, não tem justificação racional. Por que motivo a norma constitucional haveria de manter — por todo o tempo de sua vigência — essa almejada *univocidade* de sentido, que as normas legais inferiores teriam perdido? Haveria, então, uma diferença ontológica entre as normas constitucionais e as demais, capaz de tornar inadequados os recursos hermenêuticos usualmente empregados pelos intérpretes?» Ovídio Baptista da SILVA, *Sentença e Coisa Julgada: ensaios e pareceres*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, 367. Noutro lugar, ele advertia para o aspecto de nada justificar a segregação entre «a hermenêutica constitucional daquela exigida para a compreensão de uma norma infraconstitucional.» Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, 253.

889 Castanheira Neves alude aqui ao problema da relação espúria do Direito com o político, com a consequente perda da autonomia da juridicidade a pretexto de se elevar a Constituição como a última palavra formal de um critério tornado inconteste e absoluto: «Trata-se de negar que a constituição seja o direito por antonomásia, a constituição a última instância e do mesmo modo a sede fatal do direito, e assim na identificação da juridicidade com a constitucionalidade.» Castanheira NEVES, «O poder judicial (a jurisdição), o direito e o Estado-de-Direito», *Revista Brasileira de Direito Comparado*, 37 (2011) 57.

890 Castanheira NEVES, *O instituto*, 466-467.

891 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 228.

A jurisdição na sua prática interpretativo-aplicativa através da jurisprudência, destarte, converterá aquela intenção de universalidade comunitária em renovados fundamentos normativos transformadores da positiva juridicidade formal[892] (de legalidade e de constitucionalidade), com o auxílio evidentemente de outros expoentes sociais mobilizadores do pensamento e da ação (como a doutrina e a universidade, por exemplo). Qualquer modo de fixação abstratamente formal dos critérios normativos, a supor uma cristalização inconteste imune ao refletir histórico, será, portanto, infiel ao núcleo de identidade da função jurisdicional característico da intencional autonomia axiológico-normativa do Estado de Direito material. A função constitucional desse juízo num genuíno Estado de Direito não abre mão de permanentemente procurar, afirmar e realizar o Direito na vida social contra os influxos indevidos de outros vetores que atravessam o sistema jurídico nas suas mais variadas repercussões perante a realidade comunitária; e assim o faz tal função através dessa contínua determinação existencial ou em vista dessa realização manifestante do Direito «para que será solicitada pelas controvérsias jurídicas que há-de decidir, no modo da justiciabilidade, com fundamento em critérios normativo-jurídicos assumidos em concreto através da lei e para além da lei»[893].

VIII

Mas é necessário agora adentrar no ponto de contextualização do caso concreto entre o problema e o sistema, indagando se à particularidade do concreto problema jurídico decidendo, a partir do qual a norma jurídica abstrata densifica o seu irredutível momento constitutivo (enquanto critério decisório de validade normativa realizada ou efetivada), corresponderia um estatuto tão forte a ponto de ser infenso à assimilação análoga por (pretérito) e para (futuro) outras situações igualmente concretas. É que antes mesmo de ser colocado em pauta na sua especificidade, o caso concreto a ser examinado por um juízo jurisdicional já é precedido por um sistema de Direito articulado direta e indiretamente com diferentes elementos dogmáticos (leis, jurisprudência e doutrina) para resolver situações igualmente concretas num regime de coerência em termos de uma complexa e justa integração assimiladora

892 Castanheira NEVES, *O instituto*, 468-469.

893 Castanheira NEVES, *O instituto*, 473.

projetada na história. Podemos abreviar esse ponto com a seguinte pergunta: como se realiza a «valoração de um outro»[894] (o caso concreto como um outro) na sua dignidade ontológica individual sem considerarmos em simultâneo uma análoga repetição de tratamento que conecta os outros (casos) como o mais do mesmo (casos semelhantes) naquela dimensão coletiva (isonômica) da dignidade em questão?

A propósito disso, impende sistematizar a partir de agora, distinguindo entre si, duas consequências distintas para a concreta determinação do Direito, uma a apoiar a realização judicativo-decisória em convergência aos postulados do Estado de Direito e outra a desbaratar as premissas adotadas pelo pensamento jurisprudencialista de Castanheira Neves. Desçamos a fundo na diferença: uma especificidade tematizará o fenômeno transitivo da casuística a ser denominado pela expressão «a cada vez da aplicação», enquanto a outra apontará para a exigência de uma inédita decisão em cada caso particular, uma espécie de «incomunicável exclusivo» a preencher o espaço decisório tal qual uma incógnita prestes a ser anunciada de modo cativo. Essas duas consequências não podem ser confundidas ou tomadas numa complementaridade incindível, como muitos defendem e parecem supor. Da afirmação de que os preceitos legislativos dependam, para serem ultimados como uma dada decisão enquanto critério, da realização constitutiva pelo veredicto assimilável *a posteriori* (a cada vez) pelo juízo — ou em sentido inverso, de que o caso concreto se manifesta como o *prius* metodológico da interpretação jurídica[895]cuja ausência desfalca o Direito, reduzindo-o numa abstrata e vazia composição formal — não se segue, em absoluto, que cada caso concreto merece ter uma sempre infungível aplicação ou um critério singular apenas para si, vale dizer, imunizando-se à revelia de um controle interpretativo em face de outros casos que, por serem outros (em hipótese pela prognose legislativa ou concretizados pelo juízo em processos transitados em julgado), não comportariam tal escrutínio comparativo.

Com isto queremos dizer que à imanência de uma concreta resolução judicativa corresponderá inevitavelmente uma transcendência normativa parametrizadora do justo proporcional diante de alternativas situações semelhantes com inequívoca correspondência analógica na inseparável unidade entre questões fáticas e jurídicas a demandar certa aplicação de idêntico critério de julgamento. A própria norma jurídica aplicável já antecipa por

894 Expressão utilizada por Jan SCHAPP, *Problemas*, 92-93.

895 Castanheira NEVES, *Metodología Jurídica*, 159.

hipótese essa concreção interpretativa ulterior em sede de um conjunto de casos exemplares sujeitos a merecer o mesmo compasso decisório. Por conseguinte, a norma jurídica do caso concreto, articuladora de uma especificidade judicativa capaz de transcender o critério estipulado em abstrato, automaticamente repõe para o sistema jurídico essa incrementada assimilação na juridicidade constituenda típica da aplicação jurisdicional. Assim, essa sombra de replicação isonômica normativa permite asseverar que não haverá caso concreto sem um correlativo critério de julgamento que resolva a si e a seus congêneres situacionais[896].

A interpretação jurídica, nessa orientação concreta de realização do Direito através do discurso judicial (juízo) aplicada a cada vez para cada situação problemática, recusa a possibilidade de se obter a decisão dedutivamente da norma aplicável e, por conseguinte, deixa de se balizar pelo sentido literal possível arrecadado no respectivo enunciado linguístico[897]. Um aspecto merece ser aqui reforçado, segundo o paradigma da realização judicativo-decisória de Castanheira Neves: o limite literal interpretativo das proposições normativas tomado previamente como o máximo parâmetro prévio da ulterior aplicação é contestado pelo fato de esta exigência formal de dedução metodológica dispensar o processo experimental concreto de efetivação judicativa da norma-hipótese em norma-fundamento. Nada impede que, tendo sido implementada concretamente essa reivindicada assimilação hermenêutica com acabada aplicabilidade da norma aplicável para o caso em julgamento, seja corroborada como norma de decisão final as exigências da normatividade inscritas no âmbito da literalidade do preceito positivado. Mesmo porque se a recusa à aplicação das normas em sua literalidade naquele autor fosse absoluta ou independente da própria aplicação judicial, sua posição recairia no mesmo formalismo metodológico por ele rejeitado, apenas com sinal invertido[898].

Porém, ao pontuar os exageros do formalismo positivista que defendem a perfeita correspondência lógica entre a norma aplicável e o caso concreto,

---

[896] «Por isso mesmo, a ciência jurídica, ao investigar os processos de aplicação do Direito, se encontra na encruzilhada de dois métodos contraditórios: o concreto-individual e o generalizador. Daí porque cada decisão concreta judicial, conquanto se refira a um caso bastante específico, não deixa de mostrar ao jurista a potencialidade de ela ser replicada a outras situações iguais ou similares.» Karl ENGISCH, *La idea*, 410.

[897] Sobre as relações entre interpretação e aplicação e sobre a controvérsia acerca do desenvolvimento judicial do Direito e a respectiva tensão em vista dos limites textuais dos critérios normativos do Direito Positivo, José LAMEGO, *Elementos*, 100-107.

[898] Por isso, a tônica no problema da norma aplicável recai na dimensão de ser ela «um elemento normativamente dinâmico e aberto — aberto à problematização da questão-de-direito concreta para que remete». Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 167.

com a consequente desconsideração da riqueza da individualidade histórica suscitada no contexto situacional do mundo da vida[899], Castanheira Neves, em certa medida, descarta a possibilidade (ou a omite, ou ainda deixa de a relevar) de o relacionamento entre caso e norma, naquela sistematicidade orgânica inseparável (em homenagem ao princípio da justiça e da igualdade), ser realinhado de outra maneira, talvez do lógico ao analógico. Quando o filósofo elabora situações limítrofes na interpretação jurídica para fins de exemplificar o quanto a norma positiva aplicável não pode ser dedutivamente imposta ao caso concreto[900], ele não invalida o fundamental traço de correlatividade entre problema e sistema, senão circunscreve tal inevitável panorama em mais complexas circunstâncias, possíveis e afins à proposta do seu jurisprudencialismo. Se retirarmos o vínculo incindível entre caso concreto e norma aplicável, apesar da mencionada redefinição nos marcos de uma juridicidade prospectivamente aberta a futuras confirmações, distinções e transformações, cairemos no abismo arbitrário da incomunicabilidade do caso secreto, uma ilha hermenêutica rodeada por normas que não a afetam.

O juízo autônomo de juridicidade do juízo jurisdicional anuirá, pois, com a viabilidade de a interpretação, do ponto de vista da norma aplicável, perscrutar se o caso concreto se oferece ou não como correlato de critério objetivo no quadro referencial de uma correspondente hipótese normativa (estabelecida legislativa ou jurisprudencialmente). Esse regime de reciprocidade interpretativa entre norma e caso não se confunde com a fatalidade metodológica de que a norma tida por abstrata seja deduzida como a própria aplicação ou o limite da intencionalidade a ser concretizada por derivação automática para o acontecimento sob exame. Mas tão-pouco referido regime transfere para o caso concreto uma imunidade relacional refratária ao dever de generalização congruente típica da validade normativa.

---

899 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 168; *idem*, *Questão-de-Facto — Questão-de-Direito ou O problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra, Almedina, 1967, 254.

900 «E que, por isso, não ficam anuladas as possibilidades — as quais efectiva e constantemente se verificam — ou de haver nos casos decidendos elementos juridicamente relevantes, embora de todo não previstos pela norma que venha a aplicar-se-lhes, ou de neles haver elementos que preenchem um certo tipo legal e, no entanto, concorrerem concretamente com esses elementos outras circunstâncias que, dando um sentido particular ao caso, justificam a não aplicação da norma enunciadora desse tipo. E quer essas circunstâncias sejam relevantes para outras normas — hipótese da possível aplicabilidade logicamente simultânea de normas distintas, e porventura opostas, ou de concurso de normas —, quer sejam irrelevantes para qualquer norma positiva, ou quer ainda, na linha desta última hipótese, se ofereça o caso jurídico de todo omisso nas hipóteses previsões do sistema.» Castanheira NEVES, *Metodología Jurídica*, 168.

IX

Esse exagero do isolamento incomunicável do caso concreto, conforme antes exposto, aparece com alguma frequência em vozes que defendem teses extremas. Uma delas aponta para a inexistência da norma jurídica como critério enquanto não sobrevier o caso concreto demandando-lhe aplicação: não haveria norma sem caso ou antes do caso, sendo ela a correspondente gênese da normatividade[901]. Outra tese derivada daquela extrapolação disserta sobre a impossibilidade de a própria jurisdição vincular para situações futuras os seus julgamentos anteriores solidificados quer por um pronunciamento (ou conjunto deles) exemplarmente fundamentado quer pela reiteração de certo critério para um acervo homogêneo de problemas jurídicos resolvidos. Nesse último tópico, é interessante perceber como o próprio Castanheira Neves incorre nessa extravagância quando analisa com profundidade o modelo dos assentos em Portugal, cujo tratamento é comparado por muitos com o instituto brasileiro da súmula vinculante[902].

A lei, como ato simbólico humano que é, sempre carecerá de interpretação quando de seu investimento aplicativo para as mais variadas situações do mundo da vida, parecendo-nos censurável toda e qualquer medida tendente a reproduzir para ela um único e exclusivo significado alheio e indiferente à aplicação ulterior. Por mais que as palavras constantes do ato normativo promulgado pelo parlamento conduzam aparentemente a um sentido incontroverso em tese, aquele significado somente restará amadurecido no subsequente motor hermenêutico mobilizador da historicidade de sua concretização viva, nada impedindo, todavia, que as razões justificadoras do critério normativo literal sejam corroboradas, de fato, naquele contexto problemático-decidendo.

---

[901] Francisco AGUILAR, *A Norma*, 15. Pensamos em sentido diverso: nossa hipótese é a de que antes do caso e sem o caso, a normatividade, que existe, ainda não se confirmou para ele. Tanto essa normatividade anterior ao caso concreto existe que ela se insinua sobre os critérios abstratos legais estratificados numa certa escolha legislativa regulamentadora de casos hipotéticos afins, sem esquecer que a própria jurisprudência existente anterior ao caso concreto materializa por igual a tendência viva de como aquela normatividade veio a ser interpretada até então. De mais a mais, negligenciar a existência da norma jurídica como norma vinculante descuraria a importante faceta da incidência social espontânea dos critérios normativos diretamente na realidade dos acontecimentos.

[902] O próprio Castanheira Neves efetua essa comparação entre ambos os institutos quando da reedição em 2013 do seu primoroso livro sobre os assentos: «Após trinta anos da sua primeira edição, era de supor que o livro estivesse totalmente desactualizado e sem oportunidade — e todavia parece que não o está. Há mortos que ressuscitam! Não tanto para o nosso pensamento jurídico […], mas, sobretudo, para o pensamento jurídico brasileiro — de onde nos têm vindo insistentes solicitações, e de novo muito recentemente, à sua republicação —, preocupado que continua a estar em discutir o sentido e a admissão das "Súmulas Vinculantes", não obstante a sua afinal instituição, a arrostar com todos os ventos de oposição crítica.» (Castanheira NEVES, *O instituto,* 2013, V).

Por conseguinte, a clareza abstrata da lei não dispensaria jamais a sua interpretação, até mesmo porque o cenário preliminar da hipótese de mera subsunção cogitada pelo mais arraigado defensor do positivismo jurídico normativista pressuporia o ato de interpretar quando se identificam as duas premissas do silogismo judiciário (para subsumir, é necessário interpretar que se trata de um fato típico compatível com a norma aplicável cogitada[903]).

Entretanto, a inviabilidade da unívoca ou exclusiva atribuição de sentido para as normas jurídicas não implica que elas não haverão de arrecadar significados, embora modificáveis, congruentes e proporcionais àquele investimento aplicativo de acordo com a correspondência analógica dos casos concretos na sua existencial expressão de juridicidade. À potência interpretativa de aplicação a que se submete cada problema efetivo oriundo da realidade social corresponderá um tratamento de homogeneidade ou diferenciação criteriosa às custas da reposição dialética do caso concreto ao sistema jurídico previamente estabelecido, através de padrões decisórios vigentes. Assim é que se deverá compreender, destarte, a inevitabilidade — em nome da justiça — de serem adotados modelos jurisprudenciais de delineamento e uniformização (por coerência) de critérios normativos vinculantes, os quais não se confundem com expedientes autoritários de saturação simbólica caracterizadores de uma exclusiva e imutável pauta de valor imposta de cima para baixo pelos tribunais supremos.

A dimensão histórica do Direito na senda dos ensinamentos de Castanheira Neves converge então para uma racionalidade normativa sistemática que complementa o modo aberto de sua particular existência a brotar da realidade social sob a forma de casos concretos cuja problemática demanda a justa resolução judicativa pelo juízo. Vem a calhar nesse permanente e constituendo processo de auto-organização os três sentidos de historicidade invocados por Ana Paula Loureiro de Sousa para explicar a posição do Direito consoante as lições do professor de Coimbra: extensivo, intensivo e reconstrutivo[904]. A historicidade normativa extensiva postula que o Direito não se confunde com a vigente matriz dos elementos formais positivados, tendo em vista o aparecimento de novas situações que confluem para a elaboração de soluções jurídicas diferenciadas e de supervenientes critérios de normatividade. Por outro lado, a historicidade jurídica intensiva prestigia a realização material e

[903] Tratar-se-ia, conforme o modelo analítico proposto por Castanheira Neves, do primeiro momento da questão de fato, a saber, a determinação do âmbito de relevância jurídica a ser dirigida contra a situação concreta submetida a juízo (Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 1993, 163).

[904] Ana Paula Loureiro de SOUSA, *O pensamento filosófico-jurídico português contemporâneo*, Lisboa, Imprensa Nacional–Casa da Moeda, 2005, 225-226.

casuística dos critérios normativos, ou seja, a decisão concreta dos problemas ensejados pela experiência vivenciada, concebendo a aplicação do Direito como uma prática irrenunciável de que as fontes legislativas formais não conseguem se desincumbir por completo no bojo de sua prévia abstração enunciadora. Ao final, a historicidade reconstrutiva figura como a síntese dialética dos dois sentidos anteriores (respectivamente do critério e do caso, do sistema e do problema), responsável por contemplar a vigília hermenêutica entre a constituição e a superação dos sentidos jurídicos nessa abertura temporal sempre suscetível de reexame, seja apropriador ou com índole transformadora.

Será nessa integração de historicidades que assimilaremos para o juízo jurisdicional a prudência de se colocar no entremeio de racionalidades complementares, para não dizer integradas: aqui reina a anunciada justiciabilidade no panorama do tecido macroscópico de casos concretos magnetizados por critérios em constante afirmação. Do critério normativo para o caso concreto e de volta para o critério, eis a dinâmica dessa dialética pendular entre o geral e o particular da qual os mecanismos de uniformização de jurisprudência se apresentam como apenas mais um capítulo dessa intransigente tarefa a cargo dos intérpretes jurídicos. Nem poderíamos dizer, assim, que os expedientes jurisprudenciais uniformizadores da interpretação jurídica prestariam por si sós um desserviço à justiça, a não ser que eles sejam utilizados em descompasso ao modo da respectiva historicidade da qual descendem, pelo que a eventual resistência será justificada nos moldes de uma incontestável disfunção a título dessas comprovadas impropriedades desdobradas na prática.

Dito de outro modo, estamos a nos referir ao problema da injusta decisão ou da inadequada modulação de uniformidades decisórias a que se sujeitará todo e qualquer instrumento a serviço do Direito pelo simples fato de ser objeto de interpretação pela comunidade dos juristas. Antes de os assentos (Portugal) ou as súmulas vinculantes (Brasil) cristalizarem determinado significado tido por indevido ou reputado suscetível de mudanças, é digno de nota lembrarmos que a milenar lei positiva do Estado, ao ser interpretada, sempre jogou com idêntico fator de estabilidade social no tocante ao relacionamento entre casos concretos sucessivos submetidos à inteligência de sua aplicação. Se o problema incidisse apenas no instrumento portador dessa constitutiva homogeneidade simbólica — enquanto critério normativo sucedâneo da justa e igualitária distribuição de justiça perante os cidadãos e jurisdicionados — exigível da própria identidade do Direito e localizável em suas raízes mais remotas, assentos, súmulas, leis e congêneres haveriam de cair como um castelo de cartas.

X

Seriam os critérios normativos hauridos e objetivados das decisões judiciais concretas dos tribunais supremos — expressos através de enunciados sintéticos condensadores de uma solução jurídica interpretada-aplicada — uma invencível deturpação do consentido modo de estabilização prática do Direito através da jurisprudência pela via dos precedentes? Assim não nos parece. O que distinguiria para pior esse estabelecimento de parâmetros objetivos gerais (súmulas vinculantes e assentos) a ponto de dotá-los (em reprovada crítica) com certa natureza (para)legislativa em antagonismo à tolerada imposição normativo-jurídica da casuística judicial típica da *common law* ou mesmo da objetivação dogmática das razões e normas de decisão autonomizadas dos casos concretos decidendos? Certamente nada de significativo a ponto de incutir o temor hermenêutico apenas para um desses expedientes e não para os demais.

Ilustrativamente para indicar o argumento, não nos convence aqui a implacável divisória traçada por Castanheira Neves e seguida à risca por muitos autores brasileiros entre as súmulas e as súmulas vinculantes, aquelas normas jurídicas constituídas pela jurisdição a partir de casos concretos decididos, enquanto estas assumidas como atos de formal e autônoma prescrição para além da decisão jurídica radicada em sua base[905]. A ressalva se justifica por dois motivos: a uma, porque tanto súmulas como súmulas vinculantes se alicerçam com lastro em decisões judiciais concretas; a duas, porquanto a exigibilidade inerente às súmulas — vinculantes ou não — ultrapassa o limite da mera disseminação pública dos critérios adotados pelas cortes de justiça a título de ensejar o compartilhamento persuasivo da solução porventura alcançada. Ora, se as súmulas, como critérios objetivos que são, não fossem vinculantes, elas não deveriam existir; ou, noutras palavras, se as súmulas fossem tão-somente persuasivas, elas não precisariam existir. Em realidade, confunde-se nas súmulas vinculantes o que outrora já se verificou legislativamente com o regime dos assentos portugueses[906] (numa nota, aí sim, de flagrante violação ao Estado de Direito): assume-se a vinculatividade como se ela fosse a perenidade e a intangibilidade de um critério insuscetível de revisão e distinção, respectivamente.

Devemos, antes de tudo, relembrar que a súmula vinculante consiste numa derivação objetiva de um critério judicativo anuído pela jurisprudência

[905] Castanheira NEVES, *O instituto*, 619-620.

[906] Como se sabe, o Código de Processo Civil português de 1961 eliminou a faculdade de alteração dos assentos pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça.

consolidada nos tribunais supremos ou chancelado por um precedente paradigmático. Se vislumbrarmos, então, que a súmula vinculante representa um código facilitador das razões substanciais de decidir contidas no(s) julgamento(s) de origem, ela não pode ser confundida com a lei, tendo em vista se tratar de um desdobramento judicial concreto que aplicou a norma jurídica legislativa em certo sentido mediante a concepção de estar ali um critério exemplar a ser respeitado nos moldes de situações similares. Não há inovação diante de tal expectativa: independentemente da existência das súmulas vinculantes, o ato normativo editado pelo Estado deve valer para todos da mesma maneira (igualdade formal e material) no plano da incidência espontânea projetada para a sociedade e no plano da aplicação jurisdicional cotidiana por parte de juízes e tribunais.

O tratamento hermenêutico «dos» casos concretos a serem julgados pelo Poder Judiciário com base no Direito vigente, a não ser que estejamos a falar de um modo irresponsável de proliferação isolada de singularidades, implicará por justiça uma teia de repercussões «entre» os casos concretos. Como assevera o próprio Castanheira Neves ao nos apresentar o regime do precedente obrigatório — o qual para ele não se confundiria com o modelo de vinculação com força obrigatória geral pelos assentos —, o precedente compreende essa incindível dualidade do concreto e do abstrato; por um lado, estamos a nos referir a uma específica decisão do juízo, «vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu», enquanto ela, por outro viés, é tomada «(ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica»[907]. Referida dualidade situação-critério (concreto-geral) igualmente se justifica pela insuficiência da dimensão hermenêutico-persuasiva — denominada por Castanheira Neves de *veritas* — no trato interpretativo de como se deve aplicar exemplarmente a norma jurídica para o caso concreto, na medida em que a decisão específica adotada pelo juízo não exaure a potencialidade de virtuais desdobramentos decisórios com semelhante razoabilidade judicativa, isto é, «não exclui em absoluto que outra diferente fosse possível»[908].

Ou seja, parece ao autor lusitano, além da *veritas*, ser indispensável a complementação do componente de autoridade (*auctoritas*) no trato da aplicação do Direito pela jurisdição, sem o qual o alcance da segurança jurídica seria absolutamente impraticável em termos de uma solução tornada isonômica

907 Castanheira NEVES, *O instituto*, 12.

908 Castanheira NEVES, *O instituto*, 461.

para situações similares. Nesse sentido, se cada veredicto jurisdicional dependesse somente da dimensão hermenêutica da *veritas* — no sentido da persuasão dos argumentos de convencimento abrigados pelo juízo — para fins de vinculação igualitária do critério normativo acolhido para casos sucessivos análogos, teríamos uma inevitável dispersão interpretativa tributária do pressuposto, segundo o qual «cada caso é um caso» a ser definido pelo julgador conforme a sua íntima convicção pautada na ordem legal. Por isso, é que já afirmámos em outra oportunidade uma espécie de corrigenda à frase utilizada por Castanheira Neves: a solução acolhida em concreto pelo juízo para resolver determinado problema jurídico não excluiria que outra diferente fosse possível para outro caso concreto, distinto do primeiro, levando-se em conta «outra situação problematicamente posta em juízo nas suas concretas feições argumentativamente demandantes»[909]. Podemos atualizar tal corrigenda, afirmando que outra solução para o mesmo caso concreto não seria descartada «à partida», até o momento em que a decisão como juízo se efetiva a ponto de chancelar uma posição (ato) em detrimento de outra (potência), com o que a realização *a posteriori* da racionalidade da fundamentação judicativa referendaria critérios normativos estáveis a serem uniformizados em semelhantes circunstâncias de aplicação futura pelos tribunais locais e pelos tribunais superiores.

O que não implica, por óbvio, que a estabilização judicativa desses critérios seja temporalmente imutável ou definitiva com rigor absoluto. Então, ressalvado para os assentos portugueses o tratamento indiscutivelmente inconstitucional de sua imutabilidade, fica a descoberto por que razão Castanheira Neves, no seu estudo sobre a constitucionalidade daquele instrumento jurídico[910], recusou a interpretação conforme à Constituição do artigo 2.º do Código Civil português para fins de atribuir-lhes uma força vinculante geral passível de posterior alteração ou revisão pelo tribunal emissor (sem ignorar, por evidente, os naturais discernimentos interpretativos de distinção metodológica de caso para caso jamais recusados por semelhantes institutos de uniformização decisória), por conseguinte coadunando-os ao consentido modelo dos precedentes obrigatórios. Concebeu o filósofo que a temática em debate curiosamente se amoldava numa bitola lógica com apenas dois

[909] Maurício Martins REIS, *A legitimação do Estado Democrático de Direito para além da decretação abstrata de constitucionalidade: o valor prospectivo da interpretação conforme à constituição como desdobramento concreto entre a lei e o Direito*, Passo Fundo: IMED Editora, 2012, 43.

[910] Castanheira NEVES, *O problema da constitucionalidade dos assentos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 343-348.

lados (constitucionalidade ou inconstitucionalidade *tout court*) e com limites radicados nas possibilidades interpretativas oriundas dos preceitos legislativos em vigor[911], redução por ele sempre recusada pelo prisma de sua valiosa metodologia jurídica.

XI

Portanto, o plano do concreto casuístico não é sabotado por expedientes uniformizadores como assentos e súmulas pela circunstância de eles minutarem o critério normativo por intermédio de enunciados sintéticos. O caráter geral de sua inscrição criteriosa descende da casuística, pois é por intermédio da concreta resolução de situações problemáticas que o critério normativo resulta estabelecido enquanto parâmetro vinculante para hipóteses fáticas análogas. Além disso, mesmo no plano estrito do concreto casuístico de caso para caso da *common law*, mediante a criação de padrões decisórios por força de precedentes singulares de jurisprudência, não se pode negligenciar a potência generalizadora de um critério normativo que o precedente tornado paradigmático pelo tribunal supremo é capaz de engendrar, mesmo porque a sua materialização aplicativa pressupõe um ato normativo geral promulgado pelo legislador.

Ou seja, a generalidade não se confunde com uma suposta abstração interpretativa criada da inteligência estática dos tribunais de onde descendem esses mecanismos uniformizadores. Como afirmado antes, Castanheira Neves concorda com a ideia de que o plano da aplicação concreta do Direito culmine com diretrizes autônomas — dependentes da resolução casuística, é verdade, mas com força transcendente ou expansiva para além do problema de origem — capazes de ensejar a uniformização decisória para outras situações similares, prova disso é o seu discernimento crítico entre as súmulas e as súmulas vinculantes. Por isso mesmo é espantoso observar até hoje não apenas a resistência doutrinária à instituição de critérios gerais interpretativos, como o preconceito ali embutido responsável por prefigurar consequências destituídas de verdade.

A crítica em tela confunde a necessidade de o Direito jurisprudencial, mediante fundamentação, concretizar a justiça a partir da ordem

[911] Castanheira NEVES, *O problema*, 347-350. Muito embora, ao rechaçar aquela interpretação conforme como inconstitucional à luz dessas possibilidades interpretativas derivadas das normas jurídicas vigentes, tenha o autor deixado uma lacônica vereda em possível sentido diverso, ao dizer que essa sua interpretação pela inconstitucionalidade *in totum* dos assentos não excluiria uma integração hermenêutica correspondente aos «momentos normativo-juridicamente constitutivos» (*ibidem*, 350) da controvérsia ora em apreço.

legal-constitucional com reflexos inevitáveis na igualdade, com a suposta obtenção de um fundamento último (e de uma decisão que encerre o debate em definitivo), tornada aí, sim, incompatível com o democrático caráter de dialogicidade de construção de sentidos. Ora, o reivindicado regime dos precedentes obrigatórios (incluindo-se as súmulas vinculantes) jamais minou o valor democrático da constantemente renovável e diferenciada construção de sentidos, tanto é assim que o Direito jurisprudencial assume de partida a necessidade de os sentidos serem uniformizados exatamente porque a compreensão dos textos normativos é plurívoca e consentânea com a complexidade de sua concreta aplicação. Ademais, o Direito jurisprudencial, de saída, ao produzir (e não reproduzir «em tese») interpretações vinculantes efetivadas a partir de um modelo paradigmático de fundamentação com origem situacional, acolhe expedientes hermenêuticos que, ao contrário do que se costuma alegar, reforçam a legitimidade democrática de suas bases substanciais de racionalidade argumentativa, seja para permitir a distinção de casos que topicamente não se amoldam ao critério prefigurado, seja para consentir com o estatuto não definitivo de um precedente, o qual, embora seja último na sua função de estabilizar controvérsias, poderá ser substituído por um «novo último» ante a iminente perda da eficácia temporal com vistas à sua emergente revogação e alternância por outra interpretação jurisprudencial obrigatória.

Para arrematar, consoante já aludimos ao longo desse artigo, inaceitável é a postura interpretativa refratária à estabilização justificada — através de diversos meios — de critérios judicantes justos e igualitários, cuja resistência se mostra avessa até mesmo à própria atuação da lei — democraticamente promulgada — como ordem vinculante normativa no cenário espontâneo de incidência sobre as relações sociais.

5. A crítica jurisprudencialista ao projeto interpretativista: elementos para um debate sobre a compreensão prática da realização do Direito

The jurisprudentialist criticism to the interpretive project: elements for a debate on the practical grasping of law

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Universidade Federal do Ceará, Mestre e doutorando em Direito
Faculdade de Direito da UFC, Professor substituto
https://orcid.org/0000-0003-0988-890X

Abstract: Interpretativism and jurisprudentialism have similar points as practical perspectives of legal interpretation and the fact which both of them deny functionalism and positivism. According to Castanheira Neves, the most important divergence is the interpretivist point that the general coherence is the ultimate element of validity of legal interpretation — jurisprudentialism claim the opposite, the problem is the most important (and central) point of legal interpretation. But maybe, I suggest, one of the most important divergencies is that jurisprudentialism claim a non-positivist separability thesis, while interpretivism claim that law is a part of morality.

Keywords: Interpretativism — Jurisprudentialism — Separability thesis

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_18

Introdução

A compreensão da realização prática do Direito é um projeto filosófico complexo. Nesse processo, dialogar com perspectivas teóricas desenvolvidas em lugares diferentes, destacando pontos de convergência e divergência, auxilia no processo e, consequentemente, da construção crítico-reflexiva da melhor resposta aos problemas contemporâneos.

Nesse contexto, este trabalho tem como escopo final trazer elementos para um diálogo mais profundo entre os projetos teóricos do interpretativismo e do jurisprudencialismo. O ponto de partida é a crítica produzida por Castanheira Neves ao interpretativismo. O público-alvo é abrangente, por isso, a maior parte do trabalho apresenta elementos fundamentais de ambas as propostas. No fim, são feitas provocações para uma (necessária) continuidade.

O que propõe fundamentalmente o interpretativismo e o jurisprudencialismo? Quais suas convergências e divergências? Pode-se dizer que essas são as perguntas as quais este trabalho almeja propor um caminho para responder e (talvez) seguir em frente. As descrições fatalmente não possuem a profundidade que merecem (e são parciais), mas são o bastante para problematizar os pontos fundamentais.

1. Fundamentos do interpretativismo em *Law's Empire*

Law's Empire surge como a primeira obra de uma fase madura do pensamento de Ronald Dworkin. Pode dizer-se que *Taking Rights Seriously* e *A matter of principle* foram coletâneas de artigos que serviram, de certa forma, para propor uma agenda de debates à comunidade acadêmica. Uma agenda que iniciava na teoria do Direito (*jurisprudence*), mas que alcançava questões profundas de teoria da constituição, de filosofia política e até mesmo da política contemporânea. É por isso que *Law's Empire* será a obra de referência aqui[912].

[912] Outro importante motivo que é este trabalho foi o utilizado por Castanheira Neves em seu ensaio crítico sobre o tema. Então, para uma descrição clara do argumento, a maior parte do trabalho fará referência a *Law'sempire* quando tratar o interpretativismo.

a. Teorias semânticas *vs* atitude interpretativa

Em 1986, *Law's Empire* é lançado não apenas como a primeira obra sistematicamente escrita de Dworkin, mas como a condensação crítica de um debate frutífero e sincero de vários anos[913]. Mas, dessa vez, a proposta teórica da obra não é tão abrangente como as outras. A frase que abre o primeiro capítulo da obra, «O que é o direito?», já indica o tom: «O modo como os juízes decidem os casos importa.»[914]

Para alcançar o âmbito da teoria da decisão judicial e propor um modelo a ser utilizado por juízes e advogados, Dworkin vai mais profundo no debate teórico. No âmbito metodológico, ele desenvolve um argumento que centraliza no estudo da teoria da decisão como o principal objeto do que costumamos chamar Teoria do Direito e que, para realizar esse estudo de maneira responsável, é essencial alcançar a filosofia política (*political philosophy*).

Dessa forma, a obra inicia demonstrando que o Direito é mais bem compreendido através de uma atitude interpretativa (*interpretive attitude*) e não semântica. Em seguida, o argumento continua com a constatação de insuficiência de doutrinas teóricas contemporâneas de realização do Direito em uma perspectiva interpretativa, mais notadamente o positivismo analítico e o pragmatismo. Por fim, é proposta a ideia de Direito como integridade (*law as integrity*) como a melhor alternativa de entre as disponíveis.

Após essas constatações, os capítulos finais do livro tratam de iniciar as consequências teóricas da proposta do Direito como integridade na interpretação de precedentes, na interpretação de leis e na interpretação constitucional. A proposta deste tópico é alcançar, mesmo que resumidamente, uma compreensão minimamente adequada do argumento que alcançará até a ideia de Direito como integridade. Logo, não serão referenciadas aqui as consequências dessa proposta em áreas especificas.

Inicialmente, para compreender o Direito como atitude interpretativa, é necessário entender como as divergências entre juristas são conceituadas.

---

913 «Up to now he has written essays, many of them collected in two previous books, Taking Rights Seriously (1977) and A Matter of Principle (1985). But this is the first sustained, full-length treatment of his general theory of law, and the first book he has written from scratch.», *in* Thomas NAGEL, *Reading the law: Law's Empire by Ronald Dworkin*, 1986 <https://www.lrb.co.uk/v08/n16/thomas-nagel/reading-the-law>. Também no mesmo pensamento Ronaldo Macedo em Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR., *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*, São Paulo: Saraiva, 2015, 214.

914 Tradução livre. Na tradução brasileira: «É importante o modo como os juízes decidem os casos», *in* Ronald DWORKIN, *O império do direito*, trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, 3. No original: «Its matters how judges decide cases», *in* Ronald DWORKIN, *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, 1.

Em *Law's Empire*, Dworkin afirma que processos judiciais suscitam, em princípio três diferentes tipos de questões, as de fato, as de direito e as de moralidade política. As primeiras tratam de problemas do fato que *per si* fez surgir a controvérsia jurídica. Por exemplo, o carro realmente bateu em determinado ponto no poste? A chave inglesa realmente caiu no pé do torneiro mecânico?

As questões de direitos voltam para saber se realmente a lei é adequada para o caso e, sendo considerada adequada, se ela permite ou não uma decisão específica. Por exemplo, qual a lei pertinente? Essa lei realmente permite uma indenização? Por fim, as questões de moralidade política tratam da adequação da decisão da lei com princípios morais políticos da comunidade. Por exemplo, é justo que uma indenização seja negada? Sendo injusta, os juízes devem desconsiderar o que a lei diz e conceder a indenização?

Após essa definição, é problematizada a natureza do segundo tipo de questões, normalmente chamadas de questões *jurídicas* (*issues of law*). Elas realmente são questões diferentes das questões de fato e das questões de moralidade política? Qual seria a sua natureza? Para responder a essa problematização, ele define proposições jurídicas como afirmações sobre aquilo que o Direito permite, proíbe ou autoriza.

Considerando que, normalmente, os juristas têm em atenção que as proposições jurídicas (*propositions of law*) podem ser verdadeiras ou falsas, Dworkin afirma que a verdade de uma proposição jurídica pode estar envolvida com os seus fundamentos — quais proposições mais gerais, as quais as jurídicas são parasitárias, tornam elas verdadeiras — ou com os fatos em si — se uma lei de limite de velocidade realmente existe ou se foi revogada.

Daí, surge a conceituação-chave desse argumento, a diferença entre controvérsias teóricas e empíricas. A controvérsia empírica (*empirical disagreement*) não é nenhuma novidade na doutrina, já que problematizar sobre a existência de normas de códigos e precedentes, muitas vezes, não difere de uma questão de fato. A controvérsia teórica (*theoretical disagreement*), diferentemente, não é abordada adequadamente pelos filósofos do Direito. Estas surgem quando se questiona sobre a natureza do Direito, sobre cotas ou sobre liberdade de expressão e acadêmica nas universidades.

Dentro dessa breve conceituação, Dworkin inicia uma problematização da doutrina jurídica atual. Primeiramente, chama de Teoria do Direito como simples questão de fato dos fundamentos do Direito (*plain fact view of the grounds of law*), a tese de que o Direito é apenas o que autoridades

decidiram no passado[915], ou seja, que os fundamentos do Direito são estabelecidos pelas decisões passadas de autoridades políticas. Em outras palavras, pode dizer-se que nessa teoria as controvérsias empíricas são as verdadeiras questões sobre a veracidade de proposições jurídicas, pois são questões de como o Direito é. As controvérsias teóricas não são jurídicas, já que envolvem moralidade política.

Considerando uma forma mais sofisticada da Teoria do Direito como simples questão de fato, Dworkin afirma que há as teorias semânticas (*semantic theories*) que defendem que as verdadeiras questões jurídicas são empíricas. O positivismo jurídico, o principal foco de crítica nesta parte do livro, é uma teoria semântica que vê as divergências entre advogados e juízes como se fossem baseadas nos mesmos critérios institucionais, pressupostos nos mesmos fundamentos do Direito[916].

Os filósofos que compreendem o Direito dessa maneira caem no que Dworkin chama de aguilhão ou ferrão semântico (*semanticsting*). Suas vítimas são aquelas pessoas, ou aqueles filósofos, que pensam que só podemos discutir acerca de algo se compartilharmos os mesmos critérios sobre quando nossas proposições são verdadeiras. Mesmo quando é difícil encontrar esses critérios, devemos confiar nos filósofos, que têm como projeto definir adequadamente esses critérios.

Como alternativa a essa postura semântica de compreender as controvérsias teóricas, Dworkin propõe a atitude interpretativa. De entre as formas possíveis dessa atitude, há a interpretação conversacional (*conversational interpretation*), que acontece quando tentamos entender o que outra pessoa disse; a interpretação científica (*scientific interpretation*), que se volta ao caso de um cientista tentando compreender dados coletados; e a interpretação artística (*artistic interpretation*), que surge quando críticos interpretam um poema e justificam um ponto de vista sobre o seu significado.

Nesse contexto, é defendida a tese de que a interpretação de práticas sociais como o Direito, assim como a interpretação artística, é uma interpretação construtiva (*constructive interpretation*), ou seja, uma interpretação que impõe um propósito a uma prática ou a um objeto a fim de torná-lo o melhor exemplo possível do gênero a que pertence. Naturalmente, isso não significa dizer que o intérprete pode tornar a prática qualquer coisa.

---

915 Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 10. No original: Ronald DWORKIN, *Law's empire*, 31.

916 Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 41. No original: Ronald DWORKIN, *Law's empire*, 33.

O intérprete não tem essa liberdade porque «a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações possíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado»[917]. Considerando essa perspectiva da história, o ponto seguinte de desenvolvimento é o refinamento dos conceitos.

A interpretação construtiva tem, logo, três etapas. A etapa pré-interpretativa (*pre interpretive stage*), em que são identificados os padrões e as regras experimentais da prática. Em seguida, a etapa interpretativa (*interpretive stage*), em que se é justificada a prática de tal forma que ela possua uma identidade própria e não seja considerada uma invenção. E, finalmente, há a etapa pós-interpretativa (*posinterpretive stage*), em que o intérprete ajusta a prática a fim de realizar a justificativa identificada na etapa interpretativa.

Imaginando a prática de cortesia de tirar o chapéu a idosos em sinal de respeito, um intérprete dessa prática pode propor, na etapa pós-interpretativa, que soldados também merecem essa regalia, e não apenas nobres. Isso vai depender do valor identificado pelo intérprete na fase interpretativa e da sua realização na fase pós-interpretativa, em que é possível adequar a prática a esse valor.

Assim, pode dizer-se que há um conceito de cortesia que é identificado na prática e que é fruto de um consenso e que, a partir desse conceito, podem surgir diferentes concepções de realizações desse conceito dependendo do valor do intérprete da prática. Uma afirmação sobre a cortesia «é interpretativa, e não semântica; não se trata de uma afirmação sobre as regras básicas da linguística que todos devam observar para se fazer entender»[918].

b. A Teoria do Direito *revisitada*

Não é difícil compreender o motivo pelo qual o Capítulo 3 de *Law's Empire* faz referência a uma revisitação, ou um retorno à Teoria do Direito. Ele revisita não apenas por propor uma Teoria do Direito, mas porque é proposto qual deve ser o critério de escolha de uma Teoria do Direito *adequada*. Em outras palavras, primeiramente, é defendido o que deve ser realizado em uma Teoria do Direito de qualidade. Em seguida, dentro dessa proposta, ele avalia outras Teorias do Direito e alcança a melhor entre elas.

---

[917] Ronald DWORKIN, *O império do direito,* 64. No original: «For the history or shape of a practice or object constrains the available interpretations of it, though the character of that constraint needs careful accounting, as we shall see», *idem, Law's empire,* 52.

[918] Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 88. No original: «But though uncontroversial in this way, his claim is interpretive not semantic; it is not a claim about linguistic ground rules everyone must follow to make sense», *idem, Law's empire,* 71.

Para realizar a primeira parte, Dworkin afirma que as teorias gerais do Direito «tentam apresentar o conjunto da jurisdição em sua melhor luz, para alcançar o equilíbrio entre a jurisdição tal como a encontram e a melhor justificativa dessa prática»[919]. Nesse sentido, nada separa a doutrina da aplicação do Direito. Ou seja, «o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos. A doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito»[920].

Dessa forma, o Direito surge como um empreendimento interpretativo em uma comunidade quando há um consenso inicial sobre as práticas que são jurídicas. Assim, juristas discutem sobre a melhor interpretação de um caso com os mesmos dados. O acordo pré-interpretativo é condição necessária para o empreendimento. Dentro dessa perspectiva, Dworkin propõe que o Direito guia e restringe o poder do governo[921].

De maneira mais detalhada, o Direito de uma comunidade «é o sistema de direitos e responsabilidades que respondem a esse complexo padrão: autorizam a coerção [do Estado] porque decorre de decisões anteriores de tipo adequado»[922]. Dentro dessa mesma estrutura, diferentes doutrinas produzem diferentes concepções de Direito.

Cada uma responde diferentemente a três perguntas, que equivalem às três fases da interpretação construtiva: 1 — Faz sentido dizer que o Direito autoriza a coerção do Estado a partir de decisões anteriores? 2 — Qual é esse sentido? 3 — Qual a consequência prática dessa proposta? Essa é a estrutura pela quais três propostas teóricas serão avaliadas, o convencionalismo, o pragmatismo e o Direito como integridade[923].

---

[919] Ronald DWORKIN, *O império do direito,* 112. No original: «But for all their abstraction, they are constructive interpretations: they try to show legal practice as a whole in its best light, to achieve equilibrium between legal practice as they find it and the best justification of that practice.», *idem*, *Law's empire,* 90.

[920] Ronald DWORKIN, *O império do direito,* 113. No original: «So any judge's opinion is itself a piece of legal philosophy, even when the philosophy is hidden and the visible argument is dominated by citation and lists of facts. Jurisprudence is the general part of adjudication, silent prologue to any decision at law», *idem*, *Law's empire,* 90.

[921] Para uma perspectiva contemporânea crítica a essa forma de imperialismo de sua perspectiva. Cf. Michael, GIUDICE, «Imperialism and Importance in Dworkin's Jurisprudence», in Will WALUCHOW / Stefan SCIARAFFA, org., *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016, 232.

[922] Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 116. No original: «The law of a community on this account is the scheme of rights and responsibilities that meet that complex standard: they license coercion because they flow from past decisions of the right sort», *idem, Law's empire*, 93.

[923] Essa estrutura será aperfeiçoada na obra *Justice in Robes*. Focando sua proposta teórica na compreensão dos critérios de validade utilizados para decidir quando proposições jurídicas são verdadeiras em lugares específicos — chamado conceito doutrinal de direito. Para isso, ele propõe uma teoria geral do direito (*general theory of law*) para compreender qual o método adequado para decidir

O convencionalismo responde afirmativamente à primeira pergunta, ou seja, aceita a ideia de direitos que restringem a atuação estatal. O sentido para isso são os valores da previsibilidade e da equidade processual, ou seja, respeitamos o Direito porque ele torna as relações mais seguras e previsíveis. Por fim, a última pergunta é respondida com a tese de que o Direito só pode ser interpretado e aplicado na prática através de métodos aceites convencionalmente pelos juristas[924].

O pragmatismo responde negativamente à primeira pergunta, ou seja, nega que decisões do passado possam restringir a atuação do Estado. Por isso, as outras perguntas perdem o sentido. Mesmo que seja praxe os juízes agirem como se as pessoas tivessem direitos, essa visão própria de sua atividade é considerada equivocada.

---

corretamente o que diz o direito. O primeiro estágio dessa teoria é o estágio semântico (*semantic stage*), em que será decidido quais práticas os membros de uma comunidade devem compartilhar para poderem ter uma controvérsia genuína e não inventada. A decisão é se as pessoas compartilham conceitos somente quando concordam com a sua definição — conceitos baseados em critérios (*criterial concepts*) —, quando esses conceitos têm estrutura física ou biológica — conceitos de espécies naturais (*natural kind concepts*) —, ou quando refletimos sobre o que essa prática exige ao ponto de também podermos contestá-la — conceito interpretativo (*interpretive concepts*). Em seguida há o estágio teórico (*jurisprudential stage*), em que se deve elaborar uma teoria que seja adequada às respostas dadas no estágio semântico. Em seguida, há o estágio doutrinário (*doctrinal stage*), em que se descrevem as condições de veracidade de proposições jurídicas à luz da teoria exposta no estágio teórico. Por fim, há o estágio da decisão judicial (*adjucative stage*), em que se decide o que uma autoridade jurídica deve fazer em um caso concreto específico. Para Dworkin, no estágio semântico, o direito é um conceito interpretativo; no estágio teórico, deve ser feita uma justificativa moral da prática a partir da integridade, ou seja, o Estado deve governar a partir de uma coerência de princípios políticos; no estágio doutrinal, as proposições jurídicas são verdadeiras quando decorrem, a partir de princípios de moralidade pessoal e política, da melhor interpretação de práticas consideradas verdadeiras da comunidade; no estágio da decisão judicial, todo esse aparato deve resultar em uma resposta concreta a uma decisão específica. No estágio teórico, é importante destacar que a postura interpretativa de Dworkin pressupõe que a teoria produzida compõe um todo integrado que exige e guia a integridade política nos estágios posteriores. Mais detalhes em Ronald DWORKIN, *Justiça de Toga,* São Paulo, Martins Fontes: 2010, 38. No original: *idem*, *Justice in Robes.* Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, 25 e 26. Em *Justiça para Ouriços*, uma obra com um projeto filosófico bem mais abrangente, uma estrutura semelhante surge na caracterização analítica da interpretação geral dentro de um pressuposto de independência e de responsabilidade moral. A interpretação teria três níveis: o primeiro, quando interpretamos uma prática e identificamos uma individualidade como uma interpretação jurídica e não literária; o segundo, quando atribuímos sentido; e o terceiro, quando tentamos identificar a melhor compreensão desse sentido em uma situação particular. Mais detalhes em: *idem*, *Justiça para Ouriços*, Lisboa: Almedina, 2012, 139. Ou no original: *idem, Justice for Hedgehogs,* London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, 131.

924 Para um ensaio analítico sobre o capítulo em que Dworkin trata do convencionalismo, favor cf. Saulo de MATOS, «Convencionalismo e o valor fundamental da proteção de expectativas: Comentários ao Capítulo 4 de *Law's Empire*», *in* André COELHO / Saulo de MATOS / Thomas BUSTAMANTE, org., *Interpretando O Império do Direito*: *Ensaios críticos e analíticos*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, cap. 4, 75. Para um ensaio em que Waldron argumenta que o convencionalismo não é a única versão de uma teoria positivista interpretativista. Cf. Jeremy WALDRON, *Normative (or Ethical) Positivism*, *in* Jules COLEMAN, ed., *Hart´s Postscript*. *Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 433.

O Direito como integridade, por fim, aceita as restrições do Direito em relação à atuação estatal, logo, responde ao primeiro questionamento afirmativamente assim como o convencionalismo. Todavia, a segunda pergunta é respondida de forma bem diferente em comparação ao convencionalismo. O Direito como integridade não entende que isso aconteça apenas por conta da previsibilidade e da segurança, mas por manter o valor da igualdade entre os seus cidadãos.

Em relação à terceira pergunta, o Direito como integridade responde dizendo que decisões concretas podem ser tomadas não apenas por métodos interpretativos convencionalmente aceites, mas também quando expressam princípios de moralidade política compartilhados pelas convicções dos membros de uma comunidade.

De um modo geral, Dworkin considera o convencionalismo excessivamente rígido para uma situação de equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade da justificação da coação do Estado. Por isso, conclui que o pragmatismo é uma doutrina bem mais forte devido ao seu objetivo claro de decidir de acordo com o bem-estar futuro da sociedade. Ele pode justificar a manutenção ou a superação de práticas jurídicas a partir do interesse instrumental comunitário.

A sua principal questão é que, de entre essas práticas, podem estar direitos individuais que, por natureza moral, são irrenunciáveis. Daí, surge uma provocação fruto de incômodos intuitivos do autor: como a busca pela a eficiência pragmática pode ser injusta? A resposta a esse desafio só pode ser enfrentada se for considerada a contribuição que a filosofia política tem a oferecer a essa problematização. E, dessa forma, é iniciado o caminho para alcançar o valor da integridade política.

A argumentação inicia com a ideia de que entre os ideais presentes e que regem uma sociedade moderna estão a equidade, a justiça e o processo legal adjetivo. A integridade política surge e se junta a esses valores quando se exige do Estado e da comunidade atitudes que estejam de acordo com um conjunto único de princípios morais compartilhados mesmo quando seus cidadãos discordam sobre a natureza e as consequências desses princípios. Esse ponto é importante porque «tanto no caso individual como no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção»[925].

[925] Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 202. Ou no original: «We assume, in both the individual and the political cases, that we can recognize other people's acts as expressing a conception of fairness or justice or decency even when we do not endorse that conception ourselves», *in idem,*

Após esses rápidos esclarecimentos a respeito da integridade política, pode dizer-se que a eficiência pragmática é injusta tendo em vista que justifica a construção pública de soluções salomônicas em questões de princípio. Tais formas de solução, fruto de conciliações de interesses, justificam um tratamento arbitrário e incoerente dos cidadãos em situações semelhantes.

Da mesma forma, a coerência de princípio (integridade) auxilia no tratamento adequado dos cidadãos em comunidades políticas reais, em que a interpretação dos princípios políticos compartilhados são temas de grande controvérsia. Mesmo quando se age de maneira que se discorda, a coerência de princípio produz respeito e igualdade a aqueles que divergem da visão pública. Por isso, «o que a integridade condena é a incoerência de princípio entre os atos do Estado personificado»[926].

Sobre isso, Waldron afirma que «o papel da integridade é lidar com o que acontece quando princípios de equidade política justificam a produção e a exigência de decisões, em um mesmo sistema político, por apoiadores de visões concorrentes sobre justiça»[927]. Postema explica, também sobre a integridade na realidade social, que «ela guia os cidadãos a construir e agir de maneira a respeitar uma visão coerente e comum de justiça. Eles devem praticar a política com um olho fixado no ideal de justiça»[928]. Por isso, ele afirma que a «integridade é a justiça de uniforme político, com as mangas arregaçadas»[929].

c. O protocolo da integridade no Direito

O capítulo VII de *Law's Empire* é voltado à explicação e defesa da teoria da decisão judicial proposta por Dworkin. Essa teoria é fruto do princípio

Law's empire, 166.

926 Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 223. No original: «But a state does act that way when it accepts a Salomonic checkerboard solution; it is inconsistency in principle among the acts of the state personified that integrity condemns», in *idem, Law's empire*, 184.

927 No original: «The task of integrity is to deal with what happens when principles of political fairness legitimate the making and enforcement of decisions in one and the same political system by partisans of competing views about justice.» Jeremy WALDRON, «The Circumstances of Integrity», *in* Jeremy WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press, 2004, 189.

928 No original: «Integrity is a virtue in the real, untidy world of politics, but we should not confuse this word with the word of *Realpolitik*, for integrity disciplines politics with a conscience. It charges citizens to forge and act on a coherence, common vision of justice. They must practice politics with an eye fixed on the ideal of justice.» Gerald J. POSTEMA, «Integrity: Justice in workclothes», *in* Ronald DWORKIN / Justine BURLEY, eds., Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin, Oxford: Blackwell Pub, 2004, 300.

929 No original: «Integrity is justice in political workclothes, with its sleeves rolled up». Gerald J. POSTEMA, «Integrity: Justice in workclothes», 301.

da integridade aplicado ao Direito e se volta a oferecer um instrumento para auxiliar a decidir casos concretos e também auxiliar na avaliação dessas decisões. Assim, ela alcança tanto advogados como juízes. Neste tópico, não será desenvolvida a defesa realizada contra os críticos do período, haja vista que ele está sendo desenvolvido para a melhor compreensão da crítica realizada por Castanheira Neves descrita mais adiante e que se diferencia das críticas realizadas até então.

O programa interpretativo do Direito como integridade é bem diferente do proposto pelo convencionalismo e pelo pragmatismo. O convencionalismo exige que juízes estudem decisões de autoridades jurídicas do passado e registros parlamentares para decidir casos concretos. O pragmatismo, por outro lado, propõe que os juízes busquem no bem-estar da comunidade elementos para resolver questões jurídicas específicas. Diferentemente, o Direito como integridade propõe um programa que considera o papel do histórico das instituições em decisões concretas tanto como fonte como instrumento da sua continuidade.

Nesse raciocínio, a integridade no Direito «orienta os juízes a identificar direitos e deveres a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor e expressando uma coerência de justiça e equidade»[930]. Assim, as proposições jurídicas são verdadeiras se derivam dos princípios de justiça, equidade e correspondente processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da sociedade. Essa é a gramática do jogo do Direito[931].

A história, assim como na interpretação construtiva, é muito importante nesse contexto, porque o juiz que a respeita deve demonstrar que o sistema de princípios justifica tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões anteriores. Todavia, o regresso ao passado não é desordenada. A integridade só o exige na medida em que o caso concreto assim requeira. É necessário que o princípio ofereça uma maneira de justificar a história de tal forma que oriente um futuro valorativamente desejável.

---

[930] Gerald J. POSTEMA, «Integrity: Justice in workclothes», 271 e 272. No original: «The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author — the community personified — expressing a coherent conception of justice and fairness.», *ibidem,* 225.

[931] MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, «A integridade no direito e os protocolos de Hércules. Comentários a Integridade no Direito», *in* André COELHO / Saulo de MATOS / Thomas BUSTAMANTE, Thomas, org., *Interpretando O Império do Direito: Ensaios críticos e analíticos*, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. cap. 7, 148.

Como metáfora da realização do princípio do Direito como integridade e de seus protocolos, Dworkin utiliza a ideia de um romance em cadeia. Nessa metáfora, um romancista, que está em uma experiência de escrever um capítulo num romance iniciado por outros autores, deve utilizar duas dimensões em sua interpretação.

A primeira é a da adequação (*fit*), em que ele se nega a continuar o romance de uma forma que deixe sem explicação algum ponto dramático importante do texto já iniciado pelos seus colegas. Ele deve adequar o seu trabalho ao que já foi feito, não pode simplesmente ignorá-lo e iniciar do zero. A segunda dimensão é aquela na qual ele vai identificar, entre as diferentes interpretações adequadas ao texto que recebeu, aquela que melhor justifica (*justification*) esteticamente o romance segundo suas convicções[932].

O Direito como integridade exige que um juiz, ao decidir um caso concreto, atue como o romancista da metáfora. Deve considerar as decisões semelhantes tomadas no passado como parte de uma história que sua decisão atual deve continuar. Essa continuação acontecerá de acordo com a sua melhor interpretação dessa história. Naturalmente, «a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética»[933].

Para explicar a estrutura da interpretação jurídica, Dworkin cria um juiz imaginário chamado Hércules. Esse juiz possui capacidade e paciência sobre-humanas — apenas essas e nenhuma mais — e aceita o Direito como integridade. Na explicação do método de Hércules, é advertido que as respostas dadas através da integridade não exaurem essa proposta teórica. Juízes diferentes podem dar respostas diferentes aos mesmos casos utilizando o Direito como integridade.

Mesmo não sendo possível descrever a atuação de Hércules em casos concretos por motivos de espaço deste texto, é interessante fazer algumas outras observações sobre a sua atuação. A primeira delas é que a integridade exige que juízes decidam por princípios (*principles*) e não por políticas (*policies*). Um juiz pragmático discordaria dessa posição. Outro esclarecimento é que a integridade não exige que um juiz interprete toda a história institucional de uma comunidade para decidir um caso. Nenhum juiz comum seria capaz disso. Por isso, a metáfora de Hércules tem a capacidade sobre-humana para

[932] Essa distinção, diga-se de passagem, possui essencial importância na crítica do Professor Aroso Linhares em relação à diferença entre casos fáceis e difíceis. Tema para o qual, agora, não há espaço para ser desenvolvido.

[933] Ronald DWORKIN, *O império do direito*, p. 286. No original: "Of course the best story for him means best from the standpoint of political morality, not aesthetics." In: Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, p. 239.

mostrar uma estrutura interna profunda que deve servir de modelo normativo de decisões judiciais.

As opiniões de Hércules ao decidir se irradiam do caso concreto e ganham amplitude e abstratividade como círculos concêntricos. Isso é chamado de prioridade local (*local priority*). Mas essa prioridade deve ser abandonada caso ela não se justifique dentro dos princípios morais da comunidade política. Outra importante observação é que quem aceita a integridade «deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral»[934].

2. Jurisprudencialismo: um projeto teórico da concreta e problemática realização do Direito

A obra *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais* foi fruto de um curso que Castanheira Neves ministrou na Universidade Federal do Rio de Janeiro e tem como objetivo destacar os principais problemas que a área abrange e faz referência ao seu amplo campo teórico. Dentro deste escopo, juntamente com a obra *O Actual Problema Metodológico: Da Interpretação Jurídica I*, servirão de base para essa breve (e parcial) descrição.

a. Campo temático e objeto intencional

A palavra metodologia, dentro de sua raiz etimológica grega (*odos* + *meta*), significa o caminho para algo além. Com a inclusão do termo *logos*, pode dizer-se que metodologia significa razão intencional de um método[935]. A relação entre a metodologia e o *logos* (razão) pode ser divida em três possibilidades.

A primeira é a relação de exterioridade construtiva, em que o método é o real instrumento da razão. Esta construiria o método aprioristicamente e de maneira instrumental para, em seguida, utilizá-lo na prática. Utilizando a metáfora do nadador, este imaginaria, teorizaria e construiria uma teoria

[934] Ronald DWORKIN, *O império do direito*, p. 305. No original: «Different judges will set this threshold differently. But anyone who accepts law as integrity must accept that the actual political history of his community will sometimes check his other political convictions in his overall interpretive judgment.» In: Ronald DWORKIN, *Law's Empire*, p. 255.

[935] Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 10. Fernando BRONZE, *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 11.

formal, abstrata e sem nenhuma experimentação prévia sobre como nadar. Ao cair na água, ele segue apenas o estabelecido em seu plano prévio. De acordo com Castanheira Neves, no âmbito jurídico, essa é a relação pressuposta pela Escola da Exegese[936].

A segunda relação é a chamada de imanência constitutiva, em que a prática produz a razão e o método só é definido após a descrição da prática. Voltando à metáfora do nadador, pode imaginar-se alguém que, sem conhecer as técnicas, é jogado em uma piscina para aprender a nadar. No âmbito jurídico, faz-se referência a como os jurisconsultos romanos resolviam os seus problemas, sem uma teorização elaborada aos moldes extremos como os modernos.

A terceira relação é a de reconstrução crítico-reflexiva. Nela são negadas tanto a total idealização prévia como a simples descrição de uma prática realizada. Alternativamente, a razão delimita a intencionalidade de certa prática como o seu horizonte e justificação dentro de uma atitude criticamente reflexiva. O *logos* aqui não é nem prescritivo, nem descritivo, mas crítico-reflexivo. Na metáfora do nadador, aqui não haveria um pular imprudente na água, mas seria definida uma direção previamente e, então, pularia na água. Durante a prática, o nadador desenvolve suas habilidades e se adapta às características percebidas só neste momento.

Nesse contexto, e considerando a problematização de definir a índole metodicamente intencional da adequação entre o *logos* e a metodologia do Direito, Castanheira Neves afirma que, na atual situação da realização jurídica, «a prática judicativo-decisória não poderá ser mero *objectivo* de uma ideal construção metódica, nem simples *objecto* de uma analítica descrição, impõe-se antes como *problema* para uma orientadora reflexão crítica»[937].

Tendo essa questão superada, é possível alcançar a questão do campo temático da metodologia do Direito. Este tipo de metodologia seria voltada à criação reflexiva do Direito tanto por ato do legislador como do juiz? Teria a teoria da legislação a mesma intencionalidade prática de realização do Direito na resolução prática de casos concretos? A resposta de Castanheira Neves é negativa e ele estabelece quatro diferenciações sobre essas duas práticas[938].

A primeira, chamada estrutural, se refere ao Direito como prescrição e sua realização decisória. Esta se dirige a casos, problemas e controvérsias, para os quais servirá de fundamento e critério normativo-judicativo segundo

936 Castanheira NEVES, *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico e da sua Metodologia*, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 308.

937 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 15.

938 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 21.

um sistema pressuposto. Enquanto, aquela se refere diretamente à ação, se expressando com enunciados imperativos e se objetiva como norma de ordenação e de determinação.

A segunda diferenciação trata de sistemas normativos de índoles diversas. Entanto, o legislador se envolve em um sistema de regulamentação abrangente, o juiz se envolve em um sistema de valores mais restrito, incluindo nesse sistema valorativo as normas prévias vigentes.

A terceira e a quarta diferenças tratam das diversas intencionalidades e objetivos. A prescrição legislativa possui intencionalidade autônoma juridicamente constitutiva, enquanto a função judicativo-decisória concreta tem uma índole normativo-juridicamente vinculada. Além disso, a primeira tem como objetivo definir, através do Direito, uma estratégia política e prescrever uma programação política social. Assim, a segunda, tem como objetivo a resolução de controvérsias através de juízos normativos.

Finalmente, Castanheira Neves explica que «a intencionalidade prescritivo-legislativa convoca a <política do direito> e competirá metodicamente à <teoria da legislação> — com as suas intencionalidades, as suas estruturas institucionais e os seus esquemas metódicos específicos — e só a segunda intencionalidade caberá à metodologia do direito em sentido estrito»[939]. Com essas palavras, é definida como a área de estudo da metodologia do Direito *em sentido estrito* a realização prático-jurisprudencial do direito.

Seguindo raciocínio semelhante, destacamos a terminologia sugerida por Fernando Bronze, quando explica que a palavra metodonomologia, resultado de *meta* + *odos* + *nomos* + *logos* que traduz «exactamente todo o nosso campo temático, na medida em que sintetiza o caminho racionalmente percorrido pela reflexão judicativa para que *in concreto* se realize a intenção prático-normativa e, portanto, fundamentadamente regulativa do direito»[940].

Tendo o campo temático bem delimitado da metodologia jurídica, ou da metodonomologia, como área da realização prático-jurisprudencial do Direito, alcançamos a temática do objeto intencional e sobre o qual se deve refletir. Para tal, é importante reconhecer que (ainda) o pensamento jurídico se encontra em uma situação de crise[941]. Essa situação exerce uma pressão

939 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 23.

940 Fernando BRONZE, *Analogias*, 11.

941 O sentido utilizado no texto é o mesmo que Kuhn utiliza no trecho: «A emergência de novas teorias é geralmente precedida por um período de insegurança profissional pronunciada, pois exige a destruição em larga escala de paradigmas e grandes alterações nos problemas técnicos da ciência normal.» Thomas KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*, trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 12.ª ed., São Paulo, Perspectiva: 2013, 147. Ou no original: «The emergence of new theories

nos estudos metodológicos no sentido de oferecer uma resposta adequada à problemática contemporânea.

O motivo dessa crise, explica Castanheira Neves, foi a superação do sistematismo dogmático moderno e do Positivismo do século XIX. Ele ainda explica que «há, por isso, que pensar caminhos *novos* para esses *novos* problemas. […] Podendo mesmo dizer-se que o problema metodológico se tornou uma dimensão fundamental do repensar do próprio problema do direito»[942]. E essa nova reflexão, continua Castanheira Neves, «nos levará a convocar não simplesmente no domínio da tranquilidade teórica, mas ainda no domínio da vital urgência prática: assim o impõe a auto-responsabilidade do homem neste nosso actual universo de dúvidas e problemas»[943].

Ainda é destacado que duas conclusões são inevitáveis por conta do nosso momento histórico. A primeira, a normatividade prévia e a dogmática prescrita, não possui o Direito em toda a sua completude, e a segunda é a simples aplicação das normas positivas. Isso acontece porque a decisão jurídica envolve dimensões que a mera aplicação não consegue explicar.

Dentro desse contexto, surge o momento fundamental de delimitação conceitual de termos essenciais para a adequada compreensão do campo temático da metodonomologia. O primeiro é o juízo. Este não é conceituado como algo meramente formal e lógico, mas também como índole prático-normativa. O que o caracteriza é a resolução de um problema concreto através de uma «ponderação argumentativa racionalmente orientada que conduz, por isso mesmo, a uma solução comunicativamente fundada»[944].

A segunda é a decisão, que é uma opção que se impõe. Manifestando uma natureza de *voluntas* autoritária que se impõe perante um quadro alternativo de escolhas, é desvinculado quanto ao seu conteúdo. Assim, conclui Castanheira Neves, que o juízo jurídico «tem a função de reconduzir a decisão necessária (porque terá de resolver-se a controvérsia emergente do caso jurídico) à fundamentação exigível (porque a decisão da controvérsia deverá justificar-se perante os seus destinatários, particulares ou universais)»[945].

---

is generally preceded by a period of pronounced professional insecurity. As one might say that insecurity is generated by persistent failure of the puzzles of normal science to come out as they should. Failure of existing rules is the prelude to a search for new ones.», *in* Thomas KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3.ª ed., Chicago and London, The University of Chicago Press: 1996, 67-68.

942 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 25.

943 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, 7.

944 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 31.

945 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 32.

Com essa conceituação, é possível afirmar que o próprio juízo jurídico é o problemático objeto intencional da metodologia do Direito. E, ainda, Castanheira Neves[946] anuncia que essa conclusão, superando o determinismo lógico típico de teorias modernas, não alcança um decisionismo ou um irracionalismo jurídico, mas exige um adequado modelo metódico (tratado de seguida no item c.).

c. A racionalidade jurídica como prático-jurisprudencial

Considerando o conceito de racionalidade da sua raiz latina (*ratio*) como relação, Castanheira Neves a compreende como relação entre uma conclusão e seus pressupostos, formal ou materialmente. Isso mostra também a diferença entre razão e emoção. Em seguida, o autor classifica tipos de racionalidades em três modalidades básicas[947].

A primeira é a racionalidade de exclusiva relação entre proposições em uma forma de relação necessária entre elas. É onde está a racionalidade lógica. Há a racionalidade de um discurso de referência objetivo, em uma relação sujeito-objeto. Também pode ser chamado teórico. A validade nesse segundo tipo é medida pela correspondência entre o objeto descrito e a sua formulação teórica prévia. As ciências empíricas estão nesse tipo.

O terceiro tipo de racionalidade não se limita à lógica ou às referências teóricas, mas em uma atividade comunicativa de natureza sujeito-sujeito. Aqui, não há a busca por uma verdade, ou uma adequação, ou explicação universal, mas uma plausibilidade prática e razoável dentro de um contexto. Aqui está a racionalidade prática.

Castanheira Neves[948] ainda divide a racionalidade prática em axiológica e finalística. A primeira se define por resolver questões baseada na crença consciente no próprio valor incondicional, seja ético ou religioso, independente do resultado. Enquanto a segunda se define por resolver questões segundo meios para alcançar objetivos subjetivamente escolhidos. Uma escolha é feita, por exemplo, segundo a racionalidade finalística, quando ela é útil e, segundo a axiológica, quando ela é considerada correta ou boa.

Destacando outra classificação, Castanheira Neves[949] divide a racionalidade prática de natureza material e de natureza procedimental. São do primeiro

946 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 34.

947 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 35.

948 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 37.

949 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 46.

tipo as racionalidades que fundamentam suas práticas materialmente, ou seja, em decisões que dão um sentido. As do segundo tipo se legitimam através do respeito a um determinado procedimento. Enquanto no primeiro tipo, o importante é o conteúdo, no segundo tipo, o importante é o modo de obtenção.

Sobre a popularidade de doutrinas procedimentais, Castanheira Neves afirma que a superação do paradigma moderno com a negação de valores absolutos, mostraram as teorias procedimentais como a principal alternativa contra o total subjetivismo. Esse é um ponto positivo das teorias procedimentais, mas não significa a total superação das doutrinas de natureza material. O autor afirma que os fundamentos materiais deixam de ser vistos como entidades absolutas e transcendentes para «se reconhecerem antes como as auto-pressuposições humanas de sentido, a expressão do auto-transcender fundamentante do homem»[950].

Sabendo disso, se pode tratar sobre as racionalidades jurídicas. Castanheira Neves as divide em três tipos[951]. A primeira e mais tradicional é a teorética. Herdeira do Iluminismo, ela busca *a priori* presumir todos os níveis de realização do Direito dentro de uma validade axiomática e formal. A segunda é o chamado Funcionalismo Jurídico, em que o Direito é utilizado como instrumento para uma racionalidade finalística, funcional e técnica. Não almejando defender a arbitrariedade, Castanheira Neves afirma que esta possuí diferentes correntes[952] e se fundamenta em uma técnica própria das ciências sociais e almeja o que for melhor e mais conveniente para a sociedade[953].

Por fim, há a racionalidade jurídica prático-jurisprudencial, que busca superar o racionalismo moderno e superar os procedimentalismos. A sua perspectiva é defender a importância de uma racionalidade material e axiológica no Direito tendo em vista a necessidade atual da proteção da dignidade humana e a humanização do próprio Direito. A proposta aqui, que é a defendida por Castanheira Neves, é substituir uma ordem natural-transcendente por uma dialética e intersubjetiva[954].

Nesse intuito, defende Fernando Bronze, que «um verdadeiro Estado-de-Direito material reconhece a judicatura como *viva vox iuris*; empenha-se em institucionalizar um ordenamento processual e, particularmente, um sistema de recursos, tendencialmente eliminadores de todo o arbítrio na

950 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 47.

951 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 49.

952 Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 183.

953 Também cf. José Manuel Aroso LINHARES — Habermas e a universalidade do direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra.* Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra. Separata do número especial, 1984.

954 Castanheira NEVES, *Digesta,* vol. I, 215.

atividade dos decidentes»[955]. Assim, é resumida a perspectiva de autonomia do pensamento jurídico na construção de uma metodonomologia em uma racionalidade prático-jurisprudencial.

d. A índole problemática da interpretação jurídica

Na obra *O Actual Problema Metodológico: Da interpretação jurídica I*, Castanheira Neves atualiza o seu pensamento e destaca que a questão da interpretação está diretamente relacionada com a crise do modelo iluminista-moderno. Essa crise se instala através da constatação de que a interpretação jurídica deixou de ser apenas a interpretação da lei para ser ato de realização do Direito.

A interpretação jurídica, então, é o ato metodológico de determinar o sentido «normativo-jurídico que, segundo a intenção do direito vigente, deva ter-se pelo critério também jurídico (o critério normativo de direito) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento metodológico-normativo dessa realização»[956].

Em seguida, é destacada a questão se a índole problemática da interpretação é hermenêutica ou normativa. Considerando a hermenêutica como prática de compreensão de sentido, Castanheira Neves nega o seu caráter fundamental. De fato, ele afirma que há uma «*dimensão* hermenêutica (uma intencionalidade compreensiva, que não explicativa ou tecnológica) não é o mesmo que afirmá-la um *acto* hermenêutico (um acto estritamente hermenêutico na sua específica índole problemática e no seu cumprimento metódico)»[957].

A perspectiva normativa está em entender que o objeto e o problema da interpretação jurídica não é compreender um texto pressuposto, mas no elaborar os critérios jurídicos para a resolução casos jurídicos concretos. Assim, a interpretação jurídica possui uma «irrecusável índole normativa, que não são compatíveis com uma metódica só hermenêutica, como quer que se entenda»[958].

Conforme o seu raciocínio, o objeto problemático da interpretação jurídica não é o texto-norma e sua significação, mas o caso decidendo, o problema prático pelo qual a norma é vista. Negando a exclusiva perspectiva hermenêutica, Castanheira Neves afirma que a interpretação jurídica não almeja

---

955 Fernando BRONZE, *Analogias*, 15.

956 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico: Da interpretação jurídica I*, Coimbra: Editora Coimbra, 2010, 12.

957 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 52.

958 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 67.

só compreender, mas «seleccioná-la, perspectiva-la problematicamente em função de um concreto caso jurídico, a fim de ser ela […] critério prático ou judicativo-decisório desse caso»[959].

O pensamento jurídico, continuando o raciocínio, não tem mais como objetivo metodológico-epistemológico-metodológico criar uma doutrina do compreender válido (hermenêutica), mas uma doutrina do agir válido, assim recuperando «a sua vocação verdadeiramente jurisprudencial — de estatuto prático-prudencial e dialéctico-argumentativo — e em que queremos ver a solução correta, para que a validade normativa, que o direito deverá implicar e sem a qual ele perde o seu autêntico sentido»[960].

Outra questão seria saber se a interpretação jurídica seria um problema analítico-linguístico ou problema normativo. A interpretação semântica, no caso das teorias analíticas, teria como objeto o texto legal e seu papel seria determinar o sentido de enunciados linguísticos para obter, a partir da lei, a fundamentação de decisões concretas. Ela pressupõe, para tanto, três principais pressupostos: i. univocidade de sentido e significação da linguagem; ii. um sistema de significações com uma imagem plena e acabada da realidade; e iii. uma aplicabilidade lógico-formal da realidade.

Para rebater a primeira condição, o argumento mais forte é, sabendo da linguagem ordinária para tal perspectiva, Castanheira Neves destaca que «nem a linguagem comum se nos oferece nesses termos perfeitos e conclusos, nem tem ela perante as linguagens particulares qualquer preponderância hierárquica que a imponha como instância de controle»[961]. Para rebater o segundo ponto, Castanheira Neves conclui que «*o direito não é só a lei, que a normatividade jurídica não se esgota no conteúdo prescritivo das regras legais e que a imperatividade legal não exclui uma translegal e fundamental (fundamentante) validade normativo-jurídica*»[962] [grifos no original].

Considerando que iii demonstraria a existência de *easy* e *hard cases*[963], Castanheira Neves se opõe e destaca que a aplicação lógico-formal da norma

---

959 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 80 e 81.

960 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 84.

961 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 197.

962 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 220.

963 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 310 e, em tom de crítica, 326. Aroso Linhares, ao negar a possibilidade da diferenciação entre casos fáceis e difíceis, ainda explica que: «Há decerto graus de *facilidade /dificuldade* que se podem detetar assumindo em pleno o *prius* metodológico do *caso jurídico decidendo*, mas estes não só deixam intocado o sentido unitário do esquema metódico — e o modo como este assume ou deve assumir as coordenadas *sistémico-dogmática* e *problemático-praxística* do *judicium* jurídico (estas por sua vez como expressões da *ratio* de realização concreta culturalmente inventada pelo mundo prático do direito) — como também

exclui o elemento central da interpretação, o caso. Castanheira Neves explica que não temos o objeto metodológico no texto, «ou na determinação significativa que esse nível possibilite […], mas antes na normatividade jurídica que […] a interpretação jurídica especificamente se proporá atingir»[964].

Por fim, é necessário fazer breve referência ao esquema metódico, o qual deverá servir de indicação do intérprete no projeto interpretativo, que não é simplesmente determinação de sentidos linguístico-textuais das normas expressas nos textos, mas de atingir a sua normatividade para obter um critério adequado ao problema concreto dentro de uma justeza normativo-jurídica[965].

O ponto de partida e o objetivo final da interpretação é o problema concreto, o caso jurídico decidendo. É a partir deste (e não do sistema) que o Direito será analisado. É a essa perspectiva que se refere a sua solução de maneira problemática e normativamente fundada. É dele que será provocado um questionamento para a existência ou não de uma norma aplicável para a sua resolução.

Em caso de uma resposta negativa, a problemática da interpretação jurídica continua dentro da constituição de uma resposta problemática ao caso e dos seus limites. Existindo uma resposta positiva, inicia um segundo momento, em que se define a norma jurídica aplicável. Esse momento, no entanto, não deve ser definido apenas através dos cânones tradicionais de interpretação (histórico, sistemático ou teleológico, por exemplo).

A determinação deve ser feita através da determinação da normatividade da norma como critério judicativo-decisório. E, mesmo isso sendo feito, surgirá apenas uma hipótese de resolução jurídica, que será testada em referência ao caso prático. Esse teste, dentro da possível abstração da norma, exigirá

se inscrevem naturalmente em momentos diferenciados deste *iter*, limitando-se a *detecção* correspondente a assinalar a maior ou menor complexidade com que as questões nucleares atribuídas a esses momentos se nos apresentam. O que priva tais sinais (ou a sua conjugação plausível) da homogeneidade que, nos planos intencional e objetivo-material, seria indispensável para podermos reconhecer produtivamente *a* questão metodológico-jurídica da *dificuldade* dos casos — e isolar transversalmente a pergunta que a identifica (quer se tratasse de a associar às perguntas pela *indeterminação* ou pela *incerteza* ou a quaisquer outras possíveis) —, na mesma medida em que nos impede de converter a apreciação correspondente (assinalando o referido grau de complexidade) numa qualificação ou num rótulo que possa ser autossubsistentemente (referencialmente, se não *onticamente*) atribuído aos casos concretos reais (*distinguindo* os fáceis dos difíceis ou os mais fáceis dos mais difíceis)... e condicionar a partir dali — a partir deste prévio momento de identificação — o processo de construção dos seus *juízos*.», *in* 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, 180.

964 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 328.

965 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 338.

uma possível reconstituição da sua normatividade jurídica orientada aos fundamentos de resolução do caso[966].

Fernando Bronze destaca também que a reflexão metodológica não pode acontecer — para uma correta compreensão da racionalidade e do esquema metódico — sem referência à analogia, porque «ela consiste, irredutivelmente, em "trazer-à-correspondência" as relevâncias problemáticas do caso e do(s) critério(s)/fundamento(s) que a experimentação metodonomológica venha a revelar ajustado(s) para o resolver normativo-juridicamente»[967].

Dessa forma, dentro da ideia de que há uma relação dialética entre o sistema e o problema na determinação do sentido e do critério válido para a resolução do problema prático-normativo, Castanheira Neves conclui que a interpretação da norma é «a determinação do sentido normativo-jurídico em concreta função judicativa que aquela dialéctica, e como seu resultado, lhe imputa, que acaba por lhe imputar»[968].

3. A crítica jurisprudencialista à proposta metodológica do interpretativismo

No fim da obra *O Actual Problema Metodológico: Da Interpretação Jurídica I*, há um excurso chamado «Dworkin e a interpretação jurídica — ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade». Naturalmente, o fato de Castanheira Neves destacar a proposta de Dworkin para uma análise específica significa, além da popularidade dessa proposta, a proximidade que justifica um aprofundamento. Por isso, vamos trazer alguns pontos deste texto e provocá-los.

a. Convergências iniciais,...

No texto *Dworkin e a interpretação jurídica — ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narratividade*, Castanheira Neves destaca uma convergência nos projetos interpretativista e jusprudencialista. Inicialmente, a concepção

966 Sobre a importância da prova, cf. José Manuel Aroso LINHARES, *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de <passagem> nos limites da juridicidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

967 Fernando BRONZE, *Analogias*, 204.

968 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 340.

do Direito como um projeto axiológico-normativo de constante construção, impedindo-o da identificação única com qualquer dado positivo e a negação de projetos políticos como caracterizadores do Direito[969].

Este ponto foi desenvolvido no tópico 1, item b., em que foi tratada a tese de que o Direito, como um conceito interpretativo, não tem no *convencionalismo* ou no *funcionalismo* elementos caracterizadores como adequadas justificativas da coação do Estado. A proposta sugerida por Dworkin é a do Direito como integridade, em oposição a essas outras propostas teóricas.

Outra convergência levantada por Castanheira Neves é em relação à compreensão da interpretação jurídica. Ambos compreendem que ela não é apenas um problema exegético-hermenêutico de determinação de textos, mas um problema prático-judicativo de realização do Direito. Além disso, ambos compreendem a interpretação como uma dimensão global, que participa integrada ao prático[970].

Nos critérios jurídicos, descritos no tópico 1, item a., os projetos também se encontram. A etapa interpretativista da pré-interpretação se identifica com o momento jurisprudencialista da escolha da norma aplicável no esquema metódico; a etapa da interpretação se identifica com o momento da determinação hipotética normatividade dos critérios; e a etapa da pós-interpretação se identifica com o momento jurisprudencialista de busca de princípios de validade jurídica.

Em tom de síntese, o autor destaca que ambos os projetos entendem necessária a transcendência do enunciado das normas ou dos critérios estipulados positivamente, almejando a normatividade jurídica problematicamente na interpretação jurídica. Assim, «para Dworkin, como para nós, a interpretação jurídica é sempre uma interpretação normativo-jurídica <integral>, em que o próprio direito, no seu axiológico-normativo sentido fundamental, se afirma em judicativa realização». Logo em seguida, conclui «a convergência termina aqui»[971].

b. ...mas uma divergência fundamental

Castanheira Neves compreende que, no projeto interpretativista, a necessidade de coerência da questão judicativa em um todo de prática jurídica global. Essa coerência seria o critério último de validade normativo-jurídica

969 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 363.

970 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 364.

971 Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 366.

de decisões. Ressaltando que o projeto interpretativista possui uma intenção normativa de resolver problemas concretos e não de identificação de sentidos de normas (negando-se a simples identificação com a hermenêutica filosófica, e reconhecendo apenas uma aproximação)[972], o papel da coerência na estrutura mostra uma aproximação, um momento de coadunação com a doutrina hermenêutica (e com suas conclusões criticadas no tópico 2, item c. deste escrito).

O autor defende que, por mais que exista uma convergência (não uma identidade) com a proposta interpretativista, a divergência em relação ao papel da coerência na realização prático-normativa do Direito é fundamental. A interpretação jurídica(tal como explicado brevemente no tópico 2, item c. deste escrito) não se trata de integrar o problema no todo, mas de «dar solução normativo-juridicamente <justa> (com justeza prático-normativa) ao caso concreto mediante um juízo que mobilize adequadamente, ou segundo as exigências daquela justeza, a normatividade jurídica como seu critério específico»[973].

c. A relação entre Direito e moral: outra divergência fundamental

Com o objetivo de contribuir criticamente no debate (e não apenas descrever a crítica jurisprudencialista ao interpretativismo), podemos continuar com um debatedor imaginário a responder às críticas surgidas dentro dos pressupostos aqui levantados. Em relação a essa crítica jurisprudencialista produzida por Castanheira Neves, talvez uma filósofa interpretativista, que compreenda também adequada a conclusão da tese do Direito como integridade (pois não são conclusões necessárias!), poderia dizer que, de fato, a coerência é uma dimensão essencial no interpretativismo e no Direito como integridade, mas que não é a dimensão última e fundamental de validade da interpretação jurídica.

Metodologicamente[974], ela poderia dizer que o interpretativismo abrange o chamado ceticismo interior. Essa perspectiva não nega a possibilidade de objetividade, ela se apoia, considerando o exemplo da cortesia, «na ideia de que algumas práticas sociais são melhores que outras; a partir de uma opinião global sobre o valor social, condena todas as interpretações da cortesia por seus

[972] Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 442.

[973] Castanheira NEVES, *O Actual Problema Metodológico*, 443.

[974] Para compreender entre parte metodológica e substância de teorias analíticas, Cf. Stephen PERRY, «Interpretation and Methodology in Legal Theory», *in* Andrei Marmor, *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, 1997.

colegas»[975]. Assim, de uma perspectiva interna, o ceticista interno conclui que aquela prática não possui valor e, consequentemente, deve ser abandonada. A interpretativista diria que essa possibilidade existe e que Dworkin procura rebatê-la com argumentos, mas não a ignora, ou nega a sua existência.

Substancialmente, a interpretativista poderia também dizer que a supervalorização da coerência e, consequentemente, dos valores da segurança jurídica e da previsibilidade são características do chamado convencionalismo jurídico (explicada brevemente no ponto 1, item b. deste escrito), corrente criticada pelo interpretativismo pelo seu excesso de rigidez diante da necessidade prática de respostas adequadas da sociedade contemporânea.

Dentro da proposta da integridade política, a filósofa interpretativista diria que há também a possibilidade de abandono de práticas jurídicas de maneira justificada. Quando, em *Law's empire*, a integridade é abordada na prestação na justiça, a conclusão é que ela não é superior à justiça na realização prática do Direito. Como exemplo, é utilizado um juiz estadunidense do século XIX que tenha de decidir se um escravo que foge do seu estado deve ser devolvido ao seu dono no ente federado de origem. É possível que a integridade da prática jurídica dos Estados Unidos da América desse período exija que o escravo tenha de ser devolvido.

Nesse caso, um juiz que condene essa prática por ser profundamente imoral terá que decidir se cumpriria a lei ou «se devia mentir e dizer que, afinal, esse não era o direito, ou ainda, não seria o caso de renunciar»[976]. Nesse caso, então, a filósofa diria que a integridade deve ser considerada juntamente com a justiça e o devido processo legal objetivo, ou seja, não é absoluta, é um fator determinante, mas não o único.

Outro ponto interessante sobre esse âmbito substancial da integridade no Direito que a filósofa interpretativista poderia levantar é que a integridade exige que os princípios sejam respeitados e que, para tal, às vezes, práticas podem ser abandonadas. Considerando que a integridade exige que normas públicas comunitárias demonstrem o respeito a um sistema de valores de justiça e equidade de maneira única e coerente, Dworkin afirma que, dentro desse pressuposto, uma instituição, «às vezes, irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como

[975] Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 97-98. No original: «he relies on, instead of scorning, the idea that some social practices are better than others. He relies on a general attitude about social value to condemn all the interpretations of courtesy offered by his fellows.», *in idem, Law's empire*, 79.

[976] Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 263. No original: «he would have to consider whether he should actually enforce it on the demand of a slave owner, or whether he should lie and say that this was not the law after all, or whether he should resign.» *Idem, Law's empire*, 219.

mais fundamentais a esse sistema como um todo»[977]. Neste ponto, a filósofa diria que é possível abandonar uma prática para respeitar a integridade.

O último ponto substancial que poderia ser levantado pela filósofa imaginária é que, nos protocolos da integridade no Direito (nos moldes do que foi brevemente comentado no tópico 2, item c.), há a chamada «prioridade local». Ela é um ponto metodológico que exige de Hércules que suas justificações se irradiem do caso em análise em concreto e não abstratamente. Essa prioridade, inclusive, deve ser regida pelos princípios de moralidade política destacados pela comunidade.

Esses pontos levantados pela filósofa interpretativista podem ser rebatidos por outra filósofa jurisprudencialista, mas não há espaço para que isso seja feito aqui[978]. Para terminar este tópico considera-se necessário destacar outra divergência importante e, talvez, essencial entre os projetos do jurisprudencialismo e do interpretativismo, a diferença entre o Direito e a moral.

Em *Justice for Hedgehogs*, obra de conclusão teórica de Dworkin, é assumida a postura de que o Direito é parte da moralidade[979]. Tese exposta recentemente, mas implicitamente presente em suas obras anteriores, pode dizer-se que é uma das mais importantes dentro do interpretativismo. Sobre esse assunto, Aroso Linhares demonstra uma tese jurisprudencialista de uma separação não positivista entre o Direito e a moral[980]. Terminaremos este tópico descrevendo três pontos essenciais destacados por Aroso Linhares no texto *In defense of a non-positivist separation thesis between law and morality* para se compreender a proposta jurisprudencialista em diálogo com a filosofia analítica — principal objetivo deste ensaio.

O primeiro é o de que o jurisprudencialismo se concretiza em uma dialética entre o sistema e o problema como uma racionalidade sujeito-sujeito — destacada no tópico 1, item b. deste escrito —, que confere à jurisdição uma identidade autônoma, que rejeita a proposta positivista da discricionariedade forte. O segundo é essencial para compreender a expansão do ponto de vista do participante, sendo que explora um vínculo entre o mundo prático e a racionalidade sujeito-sujeito, incompatível com o anseio de *generalidade* do

977 Ronald DWORKIN, *O império do direito*, 264. No original: «An institution that accepts that ideal will sometimes, for that reason, depart from a narrow line of past decisions in search of fidelity to principles conceived as more fundamental to the scheme as a whole.» *Idem, Law's empire,* 219.

978 Talvez mais problematizante se confrontado com a perspectiva coerentista de Dworkin em *Justice for Hedgehogs*.

979 Ronald DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, 5.

980 José Manuel Aroso LINHARES, «In defense of a non-positivist separation thesis between law and morality», *Rechts philosophie Zeitschrift für Grundlagen des Rechts* 4 (2016), 437.

positivismo jurídico. Essa perspectiva propõe compreender o ponto de vista do problema do sentido, de tal forma que seja possível entender a juridicidade como intenção, almejando a perfeição e, simultaneamente, avalia o grau de sucesso e fracasso alcançado com as práticas.

Por fim, distinguindo tal intenção das da agenda do Direito Natural, Aroso Linhares destaca que a intenção jurisprudencialista almeja validade substantiva, baseada em uma reivindicação de autonomia e de continuidade histórica não universal. Considerando que a incorporação de princípios morais é necessária no mundo da prática jurídica, isso só é possível quando compatível com a autonomia do Direito (sem identidade ou submissão à moral) e com a historicidade constitutiva de tais princípios[981].

Certamente, essa forma de relação com a moralidade é, talvez, a mais importante divergência com a proposta interpretativista. Aqui, cabe à nossa filósofa imaginária o ônus de rebater a essa tese da separabilidade (*separability thesis)* não positivista.

Considerações finais

Há uma convergência entre os projetos teóricos do jurisprudencialismo e do interpretativismo, mas não uma identidade. A proposta prático-normativa, a ideia de interpretação como realização concreta (e não teórica) do Direito e a negação do Positivismo e do funcionalismo são talvez os principais pontos (e não são poucos). Talvez o bastante para justificar um aprofundamento teórico de um estudo crítico-dialogal.

A principal divergência, segundo Castanheira Neves, é que o interpretativismo considera a coerência como critério último de validade para a interpretação jurídica, o que vai diretamente ao oposto do defendido pelo jurisprudencialismo — o caso prático é o centro e principal elemento do esquema metódico e da interpretação jurídica.

Uma filósofa interpretativista imaginária (e defensora da integridade) poderia trazer alguns pontos em *Law's Empire* que demonstram uma abertura para a superação de uma coerência com a prática como elemento último de validade,

[981] José Manuel Aroso LINHARES, «In defense of a non-positivist separation thesis between law and morality», 437.

mas eles (ainda) podem ser desenvolvidos por ambos os lados, especialmente ampliando o objeto de estudos para as produções mais recentes de Dworkin.

Por fim, talvez a principal divergência entre esses projetos seja a relação entre o Direito e a moral. Segundo Aroso Linhares, o jurisprudencialismo propõe uma defesa não positivista da tese da separabilidade. O interpretativismo (inclusive em seu formato mais atual) propõe que o Direito seja compreendido como parte da moralidade. Talvez esse ponto seja um dos principais para um futuro aprofundamento desse diálogo de projetos filosóficos.

Referências bibliográficas

BRONZE, Fernando — *Analogias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN: 9789723219944

COELHO, André / MATOS, Saulo de / BUSTAMANTE, Thomas, org. — *Interpretando O Império do Direito*: *Ensaios críticos e analíticos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. ISBN: 9788582385005

DWORKIN, Ronald — *Law's empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 219. ISBN: 9780674518360

Justice in Robes. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. ISBN: 9780674027275

O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007. ISBN: 9788580631265

Justice for Hedgehogs. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press: 2011. ISBN: 9780674072251

GIUDICE, Michael — Imperialism and Importance in Dworkin's Jurisprudence. *In* Will WALUCHOW / Stefan SCIARAFFA, org., *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford: Oxford University Press, 2016. ISBN: 9780190466411

LINHARES, José Manuel Aroso — Habermas e a universalidade do direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Faculdade de Direito Coimbra. ISSN 0303-9773. Separata do número especial (1984).

Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou A prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN: 9789723210309

In defense of a non-positivist separation thesis between law and morality. *Rechts philosophie Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*. ISSN: 2364-1355. 4 (2016).

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. ISBN: 9789892614601

KUHN, Thomas — *The Structure of Scientific Revolutions*. Chicago and London: The University of Chicago Press: 1996. ISBN: 9780226458083

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto — *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do Direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN: 9788502208698

NAGEL, Thomas — *Reading the law: Law's Empire by Ronald Dworkin*. 1986. [Acedido a 15 de out. de 2020]. Disponível em: https://www.lrb.co.uk/v08/n16/thomas-nagel/reading-the-law

NEVES, Castanheira António — *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. ISBN: 9789723206302

Digesta — Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Vol. 2. ISBN: 9789723206951

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. ISBN: 9789723211566

O Actual Problema Metodológico: Da interpretação jurídica I. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. ISBN: 9789723211443

PERRY, Stephen — Interpretation and Methodology in Legal Theory. *In* Andrei MARMOR, *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1997. ISBN: 9780198264873

POSTEMA, Gerald J. — Integrity: Justice in workclothes. *In* Ronald DWORKIN / Justine BURLEY, eds., Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin. Oxford: Blackwell Pub, 2004. ISBN: 9780631197652

WALDRON, Jeremy — Normative (or Ethical) Positivism. *In* Jules COLEMAN, ed., *Hart´s Postscript. Essays on the Postscript to the* Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001. ISBN: 9780199243624

The Circumstances of Integrity. *In* Jeremy WALDRON, *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004. ISBN: 9780198262138

(Página deixada propositadamente em branco)

6. Autonomia do Direito e normatividade axiológica na Teoria do Direito de Castanheira Neves

Law's autonomy and axiological normativity in Castanheira Neves' legal theory

Saulo Monteiro Martinho de Matos
Universidade Federal do Pará
https://orcid.org/0000-0002-4396-7276

Abstract: The concept of axiological normativity of legal validity refers to the intentionality or sense of legal practice as an element that allows the identification of the content of the law (in Hohfeldian sense). This study argues that Castanheira Neves' legal theory can be understood as an unity of three fundamental claims: law as social practice implies necessarily practical intentionality, that is to say, the practice of identifying legal propositions in order to solve a social conflict through authority is always an instance of practical rationality directed to justify an action (T1); the better way to understand the social practice of law implies the fact that identification of valid legal propositions always appeals to an axiological dimension or value (T2); legal practice is an autonomous social practice, that is to say, the identification of valid legal propositions does not depend on any dimension outside the law (T3). The study concludes that the appeal to facticity, or, in Castanheira Neves' terms, to the problem rather than the system, is not able to justify how to identify the axiological dimension of an autonomous

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_19

legal practice without having similar problems of the so-called inclusive legal positivism.

Keywords: Castanheira Neves — Legal theory — Jurisprudentialism — Autonomy — Normativity

1. Introdução: o problema da normatividade axiológica do Direito

O que caracteriza, fundamentalmente, o pensamento filosófico do século XX, ao qual Castanheira Neves pertence, é a busca pela superação da tradição racionalista, idealista e autossuficiente da filosofia, cujo desenvolvimento até a primeira metade do século XIX logrou isolar a filosofia das demais ciências. Nesse sentido, em especial através dos escritos da última fase de Edmund Husserl — sobretudo, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomonologie* — e do segundo Wittgenstein, toda reflexão filosófica passou a assumir o imanentismo como dimensão fundante do pensamento. Há, sobretudo, três implicações imediatas desse imanentismo: a. o ponto de partida das discussões filosóficas passa a ser o debate linguístico acerca do significado (*Bedeutung*); b. o conhecimento filosófico passa a desenvolver um diálogo mais próximo com as demais ciências; e c. o critério último de validade de um juízo é imanente, emergindo daí conceitos como *Lebenswelt* (mundo da vida) e *Lebensform* (forma de vida).[982]

Esse desenvolvimento histórico da filosofia deixou suas marcas no modo como o pensamento filosófico discute o fenômeno do Direito no hodierno. A Filosofia do Direito em sentido amplo, nesse contexto, pode ser caracterizada a partir de dois problemas relativos à normatividade do fenômeno jurídico, isto é, problemas que envolvem a clássica dualidade entre descrição e prescrição da linguagem jurídica, sendo linguagem jurídica, para fins deste estudo, caracterizada a partir das categorias hohfeldianas de pretensão, obrigação, faculdade, não direito, poder, sujeição, imunidade e inabilidade.[983] De um lado,

[982] Julian NIDA-RÜMELIN, *Philosophie und Lebensform*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009, 13.

[983] Wesley Newcomb HOHFELD, «Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning», *The Yale Law Review*, 26 (1917) 710–770; Carl WELLMAN, *A theory of rights: persons under laws, institutions,*

a Filosofia do Direito discute a força normativa da linguagem jurídica, a dizer, como justificar o suposto dever de seguir os padrões jurídicos de comportamento. Trata-se da dimensão daquilo que se convencionou chamar de Filosofia do Direito em sentido estrito ou de ética jurídica.[984] Por outro lado, há aquilo que se convencionou chamar de Teoria do Direito, metodologia jurídica ou *jurisprudence* como reflexão acerca de como identificar o conteúdo do Direito, formado por direitos jurídicos no sentido acima especificado, a dizer, de quais são as condições gerais para validade de uma proposição jurídica ou padrão jurídico de comportamento.[985] Por conseguinte, a Teoria do Direito no século XX deixou de analisar o Direito como conceito abstrato, fora do seu uso por meio de um ato de fala, e passou a se concentrar na busca pela compreensão do significado de expressões do tipo «Os trabalhadores têm direito de greve» ou «Eu tenho direito de acesso ao ensino superior».

O jurisprudencialismo, como corrente da Filosofia do Direito em sentido amplo, desenvolvida a partir da obra de António Castanheira Neves, se adequa, a meu ver, perfeitamente à aludida tradição da filosofia do Direito no século XX.[986] Ele pode ser analisado seja como ética jurídica, seja como Teoria do Direito. Todavia, no que concerne ao objeto formal deste estudo, concentrar-me-ei na caracterização do jurisprudencialismo como Teoria do Direito, em especial, na compressão daquilo que Castanheira Neves denomina «normatividade axiológica»:

> a normatividade jurídica que a interpretação jurídica intenciona encontra o seu último e decisivo sentido no próprio sentido axiológico-normativo da validade do direito enquanto tal, naquela axiológico-normativa validade que fundamentalmente constitui o direito como direito, e que por esse sentido se deverá em último termo determinar, se assim o sentido do direito como direito é afinal o próprio e decisivo critério

and morals, Totowa, N. J.: Rowman & Allanheld, 1985.

984 Dietmar VON DER PFORDTEN, *Rechtsphilosophie: eine Einführung*, München: C.H. Beck, 2013.

985 Mark GREENBERG, «How facts make law», *Legal Theory*, 10 (2004) 157–198; Andrei MARMOR, *Philosophy of law*, Princeton, N.J.: Princeton Univ Press, 2014, 3.

986 Linhares caracteriza da seguinte forma o pensamento de Castanheira Neves como fundador do jurisprudencialismo: «This means rejecting an unproblematic presupposition of universality (see Neves 2008a, 1–41, 101–28) but also the possibility of a previous (pre-juridical) definitive global discussion about the practical world or the community, i.e., a discussion whose alternatives and results could somehow be predetermined without law (abstracting from the specific experience of law) and then externally and unilaterally projected or specified (in such a way that juridical discourses and practices could content themselves with a pure passive assimilation) (see ibid., 74ff., 91ff.).» José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudentialism: Castanheira Neves», *in* Enrico PATTARO / Corrado ROVERSI, ed., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Tome 1: Language Areas, Dordrecht: Springer Netherlands, 2016, 516.

> metodológico da juridicidade em geral e, por isso mesmo, também da interpretação jurídica em particular.[987]

A normatividade axiológica da validade jurídica se refere à intencionalidade ou sentido da prática jurídica, que permite a identificação do conteúdo do Direito. Por conseguinte, da mesma forma como a normatividade da linguagem jurídica foi diferenciada acima, é possível afirmar que a normatividade axiológica da validade jurídica pretende contribuir, imediatamente, para identificação das condições de validade de uma proposição jurídica. Não se trata, portanto, de normatividade no sentido de justificação da obrigação jurídica por parte do cidadão, destinatário da norma jurídica, em que pese tal dimensão ética da justificação da obrigação jurídica faça parte, de maneira imediata, da tese de Castanheira Neves.

A hipótese levantada é de que a Teoria do Direito de Castanheira Neves é composta por três teses centrais:

> O Direito como prática social implica, necessariamente, intencionalidade prática, a dizer, a prática de identificar proposições jurídicas para solução de um caso concreto por meio da autoridade judicial é sempre uma instância da racionalidade direcionada para justificar a execução ou não de uma ação particular (T1: *tese da intencionalidade prática do Direito ou do Direito como instância da racionalidade prática*).
>
> A melhor compreensão da prática jurídica pressupõe que a determinação de proposições jurídica válidas apele sempre para uma dimensão axiológica ou de valor (como, por exemplo, a justiça) (T2: *tese da intencionalidade axiológica do Direito ou tese antipositivista*).
>
> A prática jurídica é mais bem compreendida como uma atividade social autônoma, a dizer, a identificação de proposições jurídicas válidas não depende de uma dimensão para fora do próprio Direito (T3: *tese da autonomia do Direito*).

O que é mais intrigante no modelo proposto por Castanheira Neves é a combinação da tese 2 e 3. Ou seja, o fato do seu modelo de Teoria do Direito

[987] Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretaço jurídica: I*, Coimbra (Portugal): Coimbra Editora, 2003, 364.

ser antipositivista, na medida em que pressupõe uma normatividade axiológica objetiva, e, ao mesmo tempo, defende a autonomia do Direito ante as outras dimensões ou sistemas normativos. Nesse sentido, o que diferencia o jurisprudencialismo, em comparação com as demais correntes das teorias contemporâneas do Direito, é a defesa de um modelo antipositivista ou axiológico para identificação do conteúdo do Direito, preservando, ao mesmo tempo, a autonomia de todos os fatores que determinam tal conteúdo a partir da prática jurídica. A dizer na forma conceitual, a conjugação entre axiologia e autonomia do Direito.

Não obstante as inúmeras possibilidades abertas pela obra de Castanheira Neves, a pretensão deste estudo é, extremamente, modesta. Irei explicitar cada uma dessas teses em seus pressupostos filosóficos e, ao cabo, apresentarei o que suponho ser o caminho escolhido por Castanheira Neves para superar a aparente contradição entre a tese da intencionalidade axiológica da prática do Direito e a tese da autonomia do Direito. Todavia, não pretendo reconstruir as teses de Castanheira Neves em seus próprios termos ou a partir de uma reconstrução da recepção do pensamento filosófico através dos seus escritos, seja porque isso é obra para uma vida toda, seja porque, certamente, eu não faria jus ao seu sistema filosófico. Ao revés, pretendo compreender a Teoria do Direito de Castanheira Neves na esteira da filosofia contemporânea, em especial, do pensamento de Wittgenstein e suas implicações para a Teoria do Direito. Dessa forma, num primeiro momento, irei argumentar que a tese da intencionalidade prática do Direito compreende a superação do modelo da separação estrita entre fatos e valores no campo da filosofia da linguagem, proporcionada pela passagem do primeiro para o segundo Wittgenstein. Num segundo momento, a tese da intencionalidade axiológica do Direito será explicitada a partir do debate entre positivismo jurídico e antipositivismo jurídico no campo da Teoria do Direito. Por fim, num terceiro momento, apresentarei a tese da autonomia do Direito e minhas objeções a ela.

2. Tese da intencionalidade prática do Direito

A tese da intencionalidade prática do Direito compreende a ideia de que o Direito é uma instância da racionalidade prática. A racionalidade pode ser caracterizada como a prática de dar e receber razões para crer em um determinado

estado de coisas no mundo ou executar ou não uma ação particular.[988] Enquanto a racionalidade teórica pretende dar e receber razões para que alguém acredite em um determinado estado de coisas no mundo, a racionalidade prática consiste em dar e receber razões para execução ou não de uma ação específica. A prática jurídica, nas teorias jurisprudencialistas, é uma instância da racionalidade prática, pois a linguagem jurídica busca influenciar, intencionalmente, a execução, ou não, de ações humanas, intencionais e particulares.

A possibilidade de uma racionalidade prática sob pressupostos imanentistas, a dizer, sem apelo a uma dimensão transcendente ou jusnaturalista, tal qual a de Castanheira Neves, só pode ser compreendida a partir dos pressupostos filosóficos do denominado *linguistic turn*.[989] Irei explicar tal ideia com base na passagem do pensamento do primeiro Wittgenstein do *Tractatus logico-philosophicus* para o segundo Wittgenstein do *Philosophische Untersuchungen*.

2.1 O dualismo entre fatos e valores no primeiro Wittgenstein

Em suas obras *Lecture on Ethics*, publicada após o seu clássico *Tractatus logico-philosophicus*, Wittgenstein se contrapõe à pretensa objetividade da racionalidade prática em razão da sua impossibilidade:

> Suponhamos que um de vocês seja uma pessoa onisciente e, por conseguinte, conheça todos os movimentos de todos os corpos, vivos ou mortos, no mundo, e também conheça todos os estados mentais de todos os seres humanos que já viveram, e suponhamos que essa pessoa escreva tudo o que sabe em um grande livro. Então, este livro conteria a descrição completa do mundo; e o que eu quero dizer é que este livro não conteria nada que nós denominaríamos julgamento ético […] Ética, se isto é alguma coisa, é sobrenatural e nossas palavras só expressam

988 Julian NIDA-RÜMELIN, *Philosophie und Lebensform,* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009; Robert ALEXY, *O Conceito e a Natureza do Direito*, São Paulo: Marcial Pons, 2014. É possível ainda falar de uma terceira função da linguagem associada com as assertivas declaratórias. Acerca disso: John SEARLE, «O que é a linguagem: algumas observações preliminares», *in* Savas TSOHATZIDIS, ed., *A Filosofia da Linguagem de John Searle: Força, Significação e Mente*, São Paulo: Editora UNESP, 2012, 17–54.

989 Não irei discutir, aqui, a tese de que o discurso moderno de direitos é, intrinsecamente, aporético em razão da ausência de uma dimensão teleológica. Cf.: G. E. M. ANSCOMBE, «Modern Moral Philosophy», *Philosophy* 33 (1958) 1–19; Alasdair MACINTYRE, *After virtue: a study in moral theory*, Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1984; Saulo M. de MATOS, «Aristotle's Functionalism and the Rise of Nominalism in Law and Politics: law, emotion and language», *in* Nuno COELHO / Liesbeth HUPPES-CLUYSENAER, ed., *Aristotle on Emotion in Law and Politics*, New York: Springer, 2018.

> fatos; como um copo só pode suportar um copo cheio de água, [mesmo] que eu colocasse um galão nele.[990] [tradução minha]

O juízo ético, como aquele que conclui sobre se algo deve ou não ser feito por alguém a partir do valor do bom ou do justo, não consiste em um mero acúmulo de informações verdadeiras sobre fatos. Assim como Wittgenstein já havia explicitado em seu *Tractatus*, a ética só possui sentido com referência a uma instância transcendente[991]. Os valores (estéticos e éticos) formam essa instância transcendente. Dado que apenas as assertivas que fazem referência a fatos deste mundo podem ser passíveis de verdade ou falsidade, a ética, cujo sentido é transcendente, não possui sentido, não podendo ser verdadeira ou falsa. Dessa forma, o chamado primeiro Wittgenstein critica qualquer pretensão de filosofar sobre o dever-ser, seja no âmbito da ética individual, ou da ética social ou política.

Nesse contexto, é possível concluir que a filosofia de Wittgenstein, até a citada conferência sobre a ética, possui um caráter eminentemente conceitual e, não, descritivo ou normativo. Em outros termos, a filosofia não pode dizer algo *sobre* o mundo, mas, ao revés, apenas diz algo *do* mundo, isto é, ela tão-somente apresenta a(s) possibilidade(s) de dizer algo sobre o mundo. Tal ceticismo com relação a qualquer tentativa de uma ética normativa compreende quatro teses fundamentais[992]:

> a. A tese ontológica de um dualismo estrito entre facticidade (dimensão imanente) e axiologia (dimensão transcendente), sendo a ética parte da axiologia.

> b. A tese epistemológica, baseada no dualismo ontológico, de que o conhecimento racional se restringe ao plano da facticidade, isto é, a possibilidade do conhecimento racional depende de um conhecimento empírico acerca de fatos, o que é, por seu turno, impossível para a ética.

---

990 Ludwig WITTGENSTEIN, *Lecture on ethics*, Chichester, West Sussex, UK: John Wiley & Sons, 2014, 39–40.

991 Em *Tractatus,* Wittgenstein fala, de fato, em transcendental e, não, transcendente. Cf.: «Die Ethik ist transzendental», in Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, 6421.

992 Dietmar VON DER PFORDTEN, «Höchster Moralismus und tiefste Skepsis gegenüber der normativen Ethik — Zu Wittgensteins Metaethik», *in* Anne SIEGETSLEITNER, ed., *Logischer Empirismus, Werte und Moral: Eine Neubewertung*, Vienna: Springer-Verlag Vienna, 2010, 50–51.

c. A tese de filosofia da linguagem, segundo a qual somente descrições dos fatos do mundo são passíveis de verdade ou falsidade e, por conseguinte, possuem sentido.

d. Por fim, a ideia de que a ética faz parte, exclusivamente, de um plano transcendente dos valores, o qual não é cognoscível empiricamente e no qual as assertivas não possuem sentido.

2.2 Superação do dualismo entre fatos e valores por meio do conceito de forma de vida (*Lebensform*)

Em que pese as divergências acerca da correta interpretação da transição do primeiro para o segundo Wittgenstein do *Philosophische Untersuchungen*[993], é possível afirmar que uma das principais mudanças consiste na ideia de que o caráter representativo da linguagem não se esgota na figuração de estados de coisas, ou seja, na função descritiva da linguagem. A linguagem pode ser utilizada para expressar uma série de funções, como, por exemplo, a prescrição ou a declaração. Assim, o próprio Wittgenstein propõe a superação desse modelo descritivista, ou do dualismo *estrito* entre fatos e valores, acima explicitado, a partir da sua obra *Philosophische Untersuchungen*. Isso se dá por duas razões.

Há, em primeiro lugar, um abandono da ideia de que a possibilidade de sentido de uma sentença se restringe à afirmação ou não de estados de coisas. Há, destarte, uma multiplicidade de sentenças significativas, as quais não correspondem à mera figuração de estados de coisas. Dessa forma, ao contrário do que havia sido pressuposto no *Tractatus*, há uma série de possibilidades de manifestações linguísticas com sentido, independentemente da forma lógica das sentenças figurativas. Assim, Wittgenstein modifica substancialmente a sua concepção da atividade filosófica, na medida em que a linguagem passa a não ser mais o limite do dizível, mas, ao revés, o limite da própria linguagem («do falar da linguagem») consiste na atividade (*Tätigkeit*) ou forma de vida

[993] Dietmar von der Pfordten defende que o forte ceticismo de Wittgenstein sobre a possibilidade de uma ética normativa se mantém mesmo no *Philosophische Untersuchungen*. Cf. Dietmar VON DER PFORDTEN, «Höchster Moralismus und tiefste Skepsis gegenüber der normativen Ethik — Zu Wittgensteins Metaethik».

(*Lebensform*): «23. […] A expressão "*jogo* de linguagem" deve salientar, aqui, que o falar da linguagem é parte de uma atividade, ou de uma forma de vida»[994].

Ademais, em segundo lugar, há uma clara inversão da ideia de que o limite da atividade filosófica está na linguagem para a adoção da noção de que a filosofia possui seu limite dado pela atividade ou forma de vida (*Lebensform*).[995] A linguagem, em seus diversos jogos de ordenar, afirmar, perguntar, exclamar, entre outros, tem sentido somente com referência a formas de vida, das quais estes jogos fazem parte. O «uso» da linguagem sob o pressuposto de uma forma de vida não deve ser compreendido como mera utilidade ou ferramenta da linguagem para comunicação, mas, sim, no sentido do campo humano de prática ou atividade. Ao contrário das nossas ações estarem ancoradas nas nossas intenções, propósitos ou significados (linguagem), é a linguagem que passa a estar fundamentada em nosso agir. A linguagem passa a ser prisioneira do agir humano.[996]

Destarte, a atividade filosófica, agora, passa a ser uma dialética entre linguagem (uma fala) e forma de vida ou atividade (o sentido ou valor — *Witz* ou *point*).[997] Por conseguinte, o dizível ou indizível passa a ser mundano, uma criação humana, imanente. Como conclusão, temos, destarte, uma compreensão das práticas sociais como uma dialética entre linguagem na forma de padrões de comportamento e sentido ou intencionalidade da prática; significado (*Bedeutung*) e sentido (*Sinn*) — em um significado, porém, distinto do proposto por Frege. O caráter normativo do Direito consiste no fato de que as proposições jurídicas válidas não se destinam a figurar um determinado estado de coisas no mundo, mas, sim, servem à justificação da execução ou não de uma ação particular.

3. Tese da intencionalidade axiológica do Direito

Uma das grandes contribuições de Rudolf von Ihering no campo da Teoria do Direito é justamente a mudança do conceito de lei. A partir da aceitação da tese voluntarista de lei, surgem, basicamente, três linhas de desenvolvimento

994 Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2015.

995 Daniel WHITING, «Languages, language-games and forms of life», *in* Hans-Johann GLOCK / John HYMAN, ed., *A companion to Wittgenstein*, Oxford: Blackwell Publishing, 2017, 420–432.

996 Joshua Foa DIENSTAG, «Wittgenstein among the Savages: Language, Action and Political Theory», *Polity*, 30 (1998) 579–605.

997 Ludwig WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen*, 564.

da Teoria do Direito no século XX: a. a fundamentação de uma nova teoria objetiva da interpretação, como, no caso, de Gustav Radbruch e do neokantismo de Baden; b. a modernização da antiga teoria subjetiva, como, por exemplo, através de Philipp Heck; e, finalmente, c. o surgimento da teoria pura do Direito ou do normativismo, como no caso, por exemplo, de Hans Kelsen.[998] A Teoria do Direito de Castanheira Neves segue, a meu ver, o primeiro caminho de uma fundamentação objetivista do conteúdo do Direito, pois pressupõe que a validade jurídica depende de uma referência ao sentido objetivo e imanente da prática do Direito, o qual não depende de um mero ato de vontade do legislador.

Destarte, a tese da intencionalidade axiológica do Direito é a defesa de um modelo objetivista para determinação do conteúdo do Direito por parte de Castanheira Neves. Trata-se da necessária referência a valores no momento da identificação das proposições jurídicas válidas. No âmbito da Teoria do Direito contemporânea, tal pressuposto conduz à proposta de um modelo antipositivista. A dizer, é possível afirmar que há duas correntes principais na contemporaneidade acerca dos determinantes do conteúdo do Direito: teorias descritivas e teorias valorativas do Direito. As teorias descritivas afirmam que o conteúdo do Direito pode ser determinado exclusivamente através de fatos sociais descritivos ou fatos linguísticos, sem referência a valores ou à intencionalidade da prática jurídica, enquanto as teorias valorativas sustentam a tese de que o conteúdo do Direito é formado pela união entre uma dimensão social e outra axiológica.[999]

Há, sobretudo, aspectos metafísicos e epistemológicos da dicotomia apresentada.

No que concerne ao aspecto metafísico, a discussão se dá em torno de *modelos* que explicam quais elementos constituem a realidade jurídica, a dizer, se a realidade jurídica como realidade social pode ser compreendida apenas com referência a fatos sociais descritivos e proposições jurídicas, ou se existem valores que associados com fatos sociais descritivos selecionam as proposições jurídicas verdadeiras. Toda a Teoria do Direito pressupõe uma determinada ontologia social, a qual deve explicar como se dá a formação dos fatos sociais (institucionais).[1000] Não seria capaz de indicar, claramente,

998 Jan SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, München: C.H. Beck, 2012.

999 Mark GREENBERG, «How facts make law», *Legal Theory*, 10 (2004) 157–198

1000 Acerca disso, cf.: Margaret GILBERT, *On social facts*, London; New York: Routledge, 1989.

qual a ontologia social ou metafísica do jurisprudencialismo, em que pese as diversas referências a esse debate na obra de Castanheira Neves.

Quanto à dimensão epistemológica, objeto deste estudo, o debate compreende os diversos *métodos* ou *modelos* para identificação do conteúdo do Direito, em especial, no caso da relação entre legislador e julgador. As teorias valorativas no campo epistemológico, como o jurisprudencialismo, defendem que a identificação do conteúdo de uma lei não se dá tal qual a comunicação entre duas pessoas em uma mera conversa, mas, sim, pressupõe necessariamente elementos valorativos ou principiológicos.[1001] A ideia da normatividade axiológica da prática do Direito, como elemento central do jurisprudencialismo, faz referência a essa dimensão valorativa no campo epistemológico. Nesse sentido, para Castanheira Neves, o conteúdo do Direito não pode ser identificado apenas com referência a fatos descritivos, mas, ao revés, pressupõe, necessariamente, uma dimensão de sentido ou axiológica no momento da decisão diante do caso sob análise.

4. A tese da autonomia do Direito

Dado os pressupostos acima explicitados, a saber: a. a superação de um modelo analítico para a racionalidade jurídica sem cair em um apelo a uma dimensão transcendente ou jusnaturalista; e b. a defesa de um modelo antipositivista para determinação do conteúdo do Direito, um modelo que congrega dimensão fática e valorativa, o jurisprudencialismo se filia a uma série de teorias não positivistas do Direito do século passado, como, por exemplo, a de Ronald Dworkin, Robert Alexy ou Gustav Radbruch.

Não obstante, diferentemente do que ocorre em tais teorias, parece-me que a *differentia specifica* do jurisprudencialismo consiste justamente na defesa do caráter jurídico de todos os elementos que determinam o conteúdo do Direito. A dizer, o necessário apelo à dimensão valorativa ou axiológica no momento da decisão judicial não deve ser considerado como uma referência a uma instância ou prática para fora do Direito. A prática jurídica é autônoma

[1001] Mark GREENBERG, «Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication», *in* Andrei MARMOR / Scott SOAMES, ed., *Philosophical foundations of language in the law*, Oxford; New York: Oxford University Press, 2011, 217–264.

nesse sentido, pois compreende ou constitui, de forma independente, ambas as dimensões, a saber, a dos fatos sociais e dos valores.

Destarte, pensar o Direito como uma prática autônoma de regulação de comportamento, direcionada à solução de conflitos sociais, é considerar, em primeiro lugar, uma ordem normativa, objetiva e fundada de forma autônoma. Para que o Direito cumpra a sua função de regulador de conflitos sociais, ele precisa apelar para um sistema autônomo. Castanheira Neves apresenta, nessa toada, a autonomia do Direito como autonomia do sistema jurídico ante o sistema moral ou político. Essa autonomia do sistema parece ser fruto de um processo de institucionalização dos padrões de comportamento — na direção de propostas como a de Austin, Searle e MacCormick — e regras da prática do Direito.

Dado que o jurisprudencialismo, assim, como outras teorias valorativas do Direito, parte do pressuposto de um *otimismo epistêmico*, na medida em que acredita que o processo de argumentação e diálogo conduzem à identificação da decisão justa do ponto de vista da juridicidade, a autonomia do sistema jurídico limita a necessidade de integração de toda decisão judicial particular à totalidade do Direito. Dessa forma, o holismo necessário para a defesa do objetivismo imanentista de uma Teoria do Direito antipositivista é restringido à prática do Direito, não sendo necessário uma integração com respeito à moralidade política ou pessoal.[1002]

Em segundo lugar, a autonomia do Direito, agora, sob a dimensão semântica ou de determinação do significado específico de uma proposição jurídica é relativa, uma vez que o significado das proposições jurídicas sempre depende de uma comunidade concreta do ponto de vista espacial e histórico. Isso é assim, porque, em última instância, o Direito é *Fallentscheidung*, a dizer, a proposição jurídica válida para solução de um caso concreto depende, em alguma medida, dos significados formados no âmbito das práticas sociais de uma comunidade política específica.

Dessa forma, paradoxalmente, Castanheira Neves combina uma autonomia absoluta do sistema jurídico com uma autonomia relativa do sentido do Direito como prática social. Ou seja, a autonomia do Direito é, de um lado, absoluta, dado que os fatores de determinação do conteúdo do Direito decorrem, exclusivamente, da própria prática do Direito, reduzindo a juridicidade aos seus próprios elementos formadores, e, por outro lado, o significado de

[1002] É o oposto, por conseguinte, da tese de Dworkin em *Justice for Hedgehogs*. Cf.: Ronald DWORKIN, *Justice for hedgehogs*.

uma proposição jurídica depende sempre de sua identificação por meio da referência a uma comunidade política concreta, constituidora, em alguma medida, do sentido das proposições jurídicas.

Assim, no que concerne ao problema da normatividade axiológica do Direito, Castanheira Neves tem dois possíveis caminhos.

Defender que os valores jurídicos ou a dimensão axiológica depende da autonomia absoluta do sistema jurídico, o que, aparentemente, implica dizer que os valores jurídicos dependem, exclusivamente, das normas jurídicas, necessárias para solução de um caso. Neste particular, Castanheira Neves se encontra em uma situação não menos difícil do que a dos chamados positivistas inclusivos, que aceitam a dimensão axiológica do Direito como decorrente de uma regra de reconhecimento.[1003]

Um outro caminho aponta no sentido de desenvolver um modelo de juridicidade, cuja autonomia é relativa e, assim, dependente da facticidade ou historicidade, em última instância, da moralidade política de uma comunidade. Neste caso, contudo, Castanheira Neves precisaria abondar, pelo menos em parte, a sua defesa da autonomia da juridicidade, especialmente, na dimensão de sua normatividade axiológica. Pois, os valores encontrados nas práticas historicamente situadas, em um *Lebenswelt* ou *Lebensform*, não podem ser claramente atomizados em um sistema jurídico, pois sua validade depende, exatamente, da referência ao plano da realidade social, para fora da prática do Direito.

5. Conclusões

A Filosofia do Direito de Castanheira Neves faz parte do rol de sistemas filosóficos do século XX, que adotou o imanentismo como fundamento para reflexão. De acordo com esse pressuposto: a. o ponto de partida das discussões filosóficas passa a ser o debate linguístico acerca do significado (*Bedeutung*); b. o conhecimento filosófico passa a desenvolver um diálogo mais próximo

[1003] Acerca do positivismo jurídico inclusivo: Wilfried J. WALUCHOW, *Inclusive legal positivism*, Oxford: Clarendon Press, 2003; Ronald DWORKIN, *Justice in robes*, Cambridge (Mass.): Harvard, 2008; Ronaldo Porto MACEDO JÚNIOR, *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*, São Paulo: tese apresentada ao concurso de Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

com as demais ciências; e c. o critério último de validade de um juízo é sempre imanente.

Por isso, busquei provar que o jurisprudencialismo de Castanheira Neves deve ser considerado um modelo imanente e, ademais, não positivista para determinação das proposições jurídicas válidas em um dado sistema jurídico, o que significa dizer que as normas jurídicas válidas dependem de um sentido ou intencionalidade axiológica da prática jurídica. O elemento específico do jurisprudencialismo, o qual tem o condão de diferenciá-lo dos demais modelos não positivistas, consiste na defesa da tese da autonomia do Direito, a qual significa que os fatores que permitem a identificação da proposição jurídica válida ante um caso sob análise emergem, exclusivamente, da própria juridicidade.

Por fim, apresentei objeção à proposta jurisprudencialista de conjugar normatividade axiológica e autonomia da prática jurídica em razão da dificuldade de estabelecer o conteúdo da dimensão dos valores sem apelo a uma prática social não jurídica, mesmo diante de um caso particular. A saída proposta através de um apelo à facticidade, ou, mais precisamente, ao problema em detrimento do sistema, precisa explicar como derivar a dimensão axiológica da própria juridicidade, sem incorrer nos mesmos erros do chamado positivismo inclusivo. De modo alternativo, como forma de superar tal problema, o jurisprudencialismo poderia caminhar no sentido de incluir uma teoria indutiva dos valores ou sentido da prática social, recorrendo a um mundo da vida (*Lebenswelt*), o que, contudo, parece ainda estar em aberto na já clássica obra de Castanheira Neves.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert — *O Conceito e a Natureza do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.ISBN: 9788566722116

ANSCOMBE, G. E. M. — Modern Moral Philosophy. *Philosophy*. Vol. 33, n.º 124 (1958) pp. 1–19.

DIENSTAG, Joshua Foa — Wittgenstein among the Savages: Language, Action and Political Theory. *Polity*. ISSN: 0032-3497. Vol. 30, n.º. 4, (1998) pp. 579–605.

DWORKIN, Ronald — *Justice in robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard, 2008. ISBN: 9780674027275

Justice for hedgehogs. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. ISBN: 9780674072251

GILBERT, Margaret — *On social facts*. London; New York: Routledge, 1989. ISBN: 9780415024440

GREENBERG, Mark — How facts make law. *Legal Theory*. Cambridge. ISSN: 1352-3252 . Vol. 10 (2004) pp. 157–198.

Legislation as Communication? Legal Interpretation and the Study of Linguistic Communication. *In* Andrei Marmor / Scott SOAMES, orgs., *Philosophical foundations of language in the law*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2011, pp. 217–264. ISBN: 9780199572380

HOHFELD, Wesley Newcomb — Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. *The Yale Law Review*. Vol. 26, n.º 8 (1917), pp. 710–770.

LINHARES, José Manuel Aroso — Jurisprudentialism: Castanheira Neves. *In* Enrico PATTARO / Corrado ROVERSI, orgs., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World. Tome 1: Language Areas*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2016, pp. 516–519. ISBN: 9789400714793

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto — *O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico*. São Paulo: USP. Tese apresentada ao concurso de Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

MACINTYRE, Alasdair C. — *After virtue: a study in moral theory*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1984.ISBN: 9780268006112

MARMOR, Andrei — *Philosophy of law*. Princeton, N. J.: Princeton Univ Press, 2014. ISBN: 9780691141671

MATOS, Saulo M. de — Aristotle's Functionalism and the Rise of Nominalism in Law and Politics: law, emotion and language. *In* Nuno M. M. S COELHO / Liesbeth HUPPES-CLUYSENAER, orgs., *Aristotle on Emotion in Law and Politics*. New York: Springer, 2018. ISBN: 9783319667027

NEVES, António Castanheira — *O actual problema metodológico da interpretação jurídica: I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. ISBN: 9789723211443

NIDA-RÜMELIN, Julian — *Philosophie und Lebensform*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2009. ISBN: 9783518295328

SCHRÖDER, Jan — *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*. München: C.H. Beck, 2012. ISBN: 9783406630118

SEARLE, John — O que é a linguagem: algumas observações preliminares. *In* Savas L. TSOHATZIDIS, org., *A Filosofia da Linguagem de John Searle: Força, Significação e Mente*. São Paulo: Editora UNESP, 2012, pp. 17–54.ISBN: 9788539303564

VON DER PFORDTEN, Dietmar von der — Höchster Moralismus und tiefste Skepsis gegenüber der normativen Ethik — Zu Wittgensteins Metaethik. *In* Anne SIEGETSLEITNER,

org., *Logischer Empirismus, Werte und Moral: Eine Neubewertung*. Vienna: Springer-Verlag Vienna, 2010, pp. 45–60. ISBN: 9783709101605

Rechtsphilosophie: eine Einführung. München: C.H. Beck, 2013. ISBN: 9783406644849

WALUCHOW, Wilfrid J. — *Inclusive legal positivism*. Oxford: Clarendon Press, 2003. ISBN: 9780198258124

WELLMAN, Carl — *A theory of rights: persons under laws, institutions, and morals*. Totowa, N. J.: Rowman & Allanheld, 1985. ISBN: 9780847673971

WHITING, Daniel — Languages, language-games and forms of life. *In* Hans-Johann GLOCK / John HYMAN, orgs., *A companion to Wittgenstein*. Oxford: Blackwell Publishing, 2017, pp. 420–432. ISBN: 9781118641163

WITTGENSTEIN, Ludwig — *Tractatus logico-philosophicus*. Frankfurt am Main, 2006. ISBN: 9783518100127

Lecture on ethics. Chichester, West Sussex, UK: John Wiley & Sons, 2014. ISBN: 9781118842676

Philosophische Untersuchungen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2015. ISBN: 9783518223727

7. A resposta jurisprudencialista e as questões de fronteira impostas pelos «idiomas vizinhos» do convencionalismo e do procedimentalismo

The jurisprudentialist answer and the border issues concerning conventionalism and proceduralism as "neighbouring idioms"

José Manuel Aroso Linhares
Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
https://orcid.org/0000-0003-1380-5396

Abstract: Exploring a territory inhabited by two *neighbouring idioms* — concerning respectively the «foundational conventionalism» of *inclusive positivism* and specific trends of *proceduralism* —, this chapter identifies two *borderline issues* required by Castanheira Neves' proposal: a. the normative incorporation(-determination) of principles (seriously taken in their circular «consonance» with the practices which follow them and the *novum* which distinguishes these practices); b. the *argument of continuity* sustaining the acknowledgement of law as a practical-cultural project and this one as it demands a constitutive reference to the *context* (or the possibility of defending it without reducing the project-*projecting* to a discourse of purely procedural immanence).

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_20

Keywords: Conventionalism — Proceduralism — Principles as *jus* — Context — Argument of continuity

Volto à *luz branca* que invoquei no início deste nosso encontro[1004]. O que se segue é uma alusão (e apenas uma alusão!) a dois problemas que a resposta jurisprudencialista de Castanheira Neves nos incita a reconhecer…, mas é também uma tentativa de apresentar as exigências destes problemas sob o fogo de uma decomposição-*refração* particularmente estimulante: precisamente aquela que nos autoriza a tratá-los como problemas-*limite*, se não mesmo a inscrevê-los em *territórios de fronteira*… — o que, em qualquer dos casos, significa submetê-los às pretensões de apropriação de *idiomas exteriores*. Refiro-me, em primeiro lugar, ao problema da integração (*incorporação*) dos princípios, levados a sério enquanto *jus* e assim mesmo experimentados na sua *historicidade constitutiva* (e na *consonância com as práticas de realização* que explicitamente a manifesta). Refiro-me, em segundo lugar, à dialética *suum/commune*… e a esta enquanto expressão culminante da construção especificamente jurídica da *pessoalidade*. Dois problemas distintos, mas complementares, ambos de uma desarmante complexidade… que me permitirei abordar (com um propósito de *demarcação* claro) sob o fogo produtivo de dois idiomas alternativos: mais específico o primeiro, enquanto confronta a experiência da incorporação com as *conclusions-claims* do *convencionalismo* ou com a assimilação deste pelo *positivismo includente* (explorando assim aspetos precisos da herança de Hart); mais indiscriminado o segundo, enquanto submete a compreensão da dialética em causa às possibilidades de uma racionalidade procedimental — permitindo que as interrogações possíveis se inscrevam (genericamente embora) num dos veios mais fortes do pensamento prático do nosso tempo (aquele em que o *procedimentalismo* reinventa deliberadamente a herança de Kant). A *simplificação* inevitável do percurso (e da complementaridade que lhe dá sentido) far-se-á, por sua vez, assumindo duas perguntas condutoras e a série-*cluster* que cada uma delas engendra. Eis a primeira: como entender, hoje, a consonância com as práticas de realização exigida por uma compreensão dos princípios como *jus*? Estarão as significações materiais destes em condições de se nos expor simultânea e inextricavelmente enquanto *contexto axiológico* (não apenas regulativo,

[1004] Ver *supra*, primeira parte, Capítulo 2.

mas também constitutivo) e enquanto *correlato normativo* das práticas que os seguem? Eis a segunda: até que ponto é que o desafio de compreender o Direito como uma instituição socialmente vigente e como uma aspiração ou compromisso prático-cultural nos condena hoje a um *imanentismo formal?* Estará a *identidade* do jurídico em condições de preservar a sua *continuidade* (em *ambientes* culturais e institucionais distintos) sem nos condenar a uma inteligibilidade *procedimental*?

1. Começo por enfrentar a primeira pergunta. Lembrando, em duas palavras, que se trata de mobilizar uma distinção que devemos a Castanheira Neves[1005], a qual nos autoriza a contrapor conceções dos princípios como *ratio*, como *intentio* e como *jus*[1006]. Se as duas primeiras têm em comum sustentarem um *continuum* princípios/normas[1007] — culminando, a segunda, no binómio *normas como regras/normas como princípios* —, a última (precisamente aquela que distingue a aposta jurisprudencialista) rompe na verdade explicitamente com este *continuum* — na mesma medida em que rejeita o referido binómio. Ao assumir uma compreensão dos *princípios normativos* como autêntico Direito vigente — ao reconhecer nestes os *fundamentos* constitutivos da validade do Direito (em todos os planos de afirmação e experimentação da juridicidade) —, a reconstituição jurisprudencialista *não se limita na verdade a uma experimentação permanente do excesso normativo* dos princípios, exige ainda que ao problema do tratamento destes *fundamentos* corresponda uma experiência única de constituição e manifestação,

[1005] Já assim na sua fundadora lição-síntese sobre os princípios: ver *Sumário de uma lição-síntese sobre «Os princípios jurídicos como dimensão normativa do direito positivo (a superação de positivismo normativista)»*, policopiado, Coimbra, 1976.

[1006] Remeto-me para a recriação que propus em «Na "coroa de fumo" da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia?», in Alves Correia / Jónatas Machado / João Loureiro, ed., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, *Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, 395 e ss.

[1007] O *continuum* justificado pela primeira, numa linha que (de Jhering e Bierling a Habermas) nos autoriza a falar de princípios como *ratio*, traz consigo a herança dos *princípios gerais de direito* (e da operação da *concentração lógica*), na sua compreensão normativística (e na sua unidade *deontológica*) [Para um desenvolvimento (e a diferenciação indispensável das diversas possibilidades dos princípios como *ratio*), ver o meu «Na "coroa de fumo" da teoria dos princípio», 399-406 (2.1.).]. O *continuum* que distingue a segunda, numa linha que vai agora de Stammler e Betti a Larenz e Alexy, reconduz-nos por sua vez a uma convergência da juricidade com a vinculação autoritária e a institucionalização correspondente: podemos dizer, com efeito, que se trata sempre de pressupor a índole pré-jurídica (ético-comunitária ou moral-procedimental) dos princípios, defendendo simultaneamente que estes só constituem direito vigente (só adquirirem juridicidade) se se manifestarem em critérios positivos vinculantemente institucionalizados, recebendo destes (ou da autoridade-*potestas* que os sustenta) a sua força jurídica (ou a dimensão constitutiva que a traduz) — compreensão que poderá ser alargada também aos precedentes vinculantes, ainda que com dificuldades significativas resultantes de uma compreensão não apenas institucional, mas também prático-culturalmente distinta do problema da *vinculação* [«Na "coroa de fumo" da teoria dos princípios», 406-412 (2.2.)].

que é também sempre (*et pour cause*) de *realização*. Trata-se de beneficiar os princípios com uma *presunção de validade* e de iluminar assim o seu *modus* específico de vigência e a vinculação que lhes corresponde[1008], bem como de levar a sério esta vinculação, exigindo a convocação dos fundamentos como dimensão imprescindível da experimentação dos critérios — o que, no plano das prescrições legislativas, corresponde à exploração decisiva de uma face de *ratio juris* (com as implicações metodológicas que esta determina)[1009]. Mas trata-se, sobretudo, de reconhecer — e este é o ponto que aqui e agora importa! — que esta experimentação nos obriga a testemunhar uma especialíssima *consonância* entre os princípios *enquanto compromissos práticos* e o «conteúdo normativo-concreto» da sua realização (indissociável dos problemas-controvérsias e do *novum* irredutível que estes introduzem)[1010]: como se

1008 Significa isto *distinguir* os diversos estratos do sistema (e conferir-lhes modos de *vinculação-vigência* institucionalmente inconfundíveis). Com os princípios a beneficiarem de uma *presunção de validade* e a vincularem-nos enquanto validade, as normas a beneficiarem de uma *presunção de autoridade* e a vincularem-nos como autoridade (político-constitucional), o direito da jurisprudência judicial a beneficiar de uma *presunção de justeza* e a vincular-nos a uma realização *justa* (prático-concretamente adequada) e à *casuística* que a objetiva, o direito da jurisprudência doutrinal, enfim, a beneficiar de uma presunção de *racionalidade* e a vincular-nos prático-culturalmente nos limites discursivos da sua *concludência* ou *fundamentação* críticas. Para uma consideração desta tectónica de presunções, ver Fernando José Bronze, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 607-681, e ainda o desenvolvimento que propus nos *Sumários desenvolvidos de Introdução ao Direito,* Coimbra, policopiado, 2009, 86-123.

1009 De tal modo que a prescrição legislativa nos apareça a respeitar os limites de validade impostos pelos princípios normativos (dirigindo-se-nos como uma objetivação possível, entre outras objetivações possíveis, das intenções destes princípios). O que não é senão exigir que a «decisão dogmática» que constitui a norma se mostre «assimilável (ainda que só *a posteriori*) por um juízo-*judicium*» singular e concreto (capaz de tratar-solucionar o problema-caso), juízo decisório no qual «a prescrição» convocada como critério «revele uma racionalidade de fundamentação normativa (a racionalidade que a intenção de validade implica)». Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*. *Problemas Fundamentais,* Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 150. Para compreender plenamente esta exigência, importa de resto ter presente uma dialética de duas perspetivas e das dimensões ou faces da norma que as traduzem. Que perspetivas? As das *ratio legis* e *ratio juris.* Sendo certo que a interrogação da *ratio legis* nos concentra na procura do motivo-fim que determinou a decisão da norma — na procura da sua justificação político-social e teleológico-estratégica (se quisermos na reconstituição do seu *argument of policy*) —... e que a problematização da *ratio juris* nos obriga já a confrontar esta teleologia com a coerência normativa dos princípios (e dos correspondentes *arguments of principle*), na mesma medida em que nos onera com a responsabilidade constitutiva de «transcender aquela *teleologia* por estes fundamentos». Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 184-195.

1010 Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, 203-204. «[A] ausência de hipótese-previsão nos princípios ou a sua indeterminação referencial, já que essencial para eles é só o seu regulativo compromisso axiológico e prático, não impõe apenas que a sua normatividade se determine realizando-se, solicita ainda uma compreensão prática (não simplesmente dogmática ou lógica) dessa sua normatividade só possível de atingir-se mobilizando a dialéctica entre o seu regulativo, que convoca à realização, e a prática (de acção e judicativa) em que encarne e a manifeste realizada. Se as normas são auto-suficientes no critério abstracto que hipoteticamente prescrevem, os princípios são fundamentos "para *tomar* posição perante situações, *a priori* indeterminadas, que venham a determinar-se concretamente" (Zagrebelski). Em síntese: as normas legais esperam a sua aplicação e em último termo visam-na, mas podem compreender-se e determinar-se sem ela, ou seja, na sua subsistência abstracta; não assim os princípios, já que o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstracto, e só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação,

o percurso de emergência e de objetivação *constitutiva* dos *princípios* (numa permanente reinvenção dos seus conteúdos que é também indissociável da força normativa ou da *justiciabilidade* que lhes corresponde) se cumprisse envolvendo distintas práticas de estabilização-realização (e a relação circular com o *novum* problemático que cada uma delas *distintamente* estabelece). Práticas que não são evidentemente apenas aquelas que correspondem ao exercício contingente da *voluntas* legislativa (não obstante a importância exemplar da mediação constitucional!), que são também e decisivamente aquelas que as jurisprudências *judicial* e *dogmática* (com outros tempos e outras dinâmicas) vão assumindo, como o são, também, e ainda aquelas que as «situações institucionais» e os *cânones* das comunidades dos juristas (e estes como dimensões imprescindíveis de uma *realidade jurídica* levada a sério como estrato do sistema) constitutivamente reinventam[1011].

O problema que a primeira pergunta concentra é precisamente o de saber até que ponto esta *afirmação de circularidade*, dependendo de elementos heterogéneos (cuja congruência não é nem evidente nem aproblemática), resiste com êxito à nossa circunstância presente — uma circunstância em que os contextos de significação e realização que enquadram as práticas de realização jurisdicional (bem como as práticas de estabilização sistémica que estas pressupõem, a começar pelas práticas do *Juristenrecht*) se nos expõem permanentemente feridos por experiências de pluralidade e de fragmentação. Se admitirmos que a exigência-aspiração decisiva é a de encontrar um ponto de equilíbrio específico entre duas forças contrárias — a que irradia da pressuposição da *validade* e do seu *normans* dogmático e a que provém do *novum* irredutível introduzido pelas práticas da realização judicativas —, se reconhecermos ainda que o que se espera desse *ponto de equilíbrio* (como verdadeiro *ponto de reversibilidade*[1012]) é a recriação (embora momentânea) de uma *transcendência situada* — capaz de construir uma inter-relação dialética produtiva entre os dois polos e os horizontes envolvidos —, torna-se inevitável

---

e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo» Castanheira Neves, *O problema actual do direito. Um curso de filosofia do direito*, policopiado, terceira versão, Coimbra-Lisboa, 1997, 59-60.

1011 Remeto-me para a reconstituição que propus em «Jurisprudencialismo: uma resposta possível num tempo de pluralidade e de diferença?», *in* Nuno Santos Coelho/Antônio Sá da Silva, ed., *Teoria do direito. Direito interrogado hoje — o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, *Salvador:* Juspodivm/Faculdade Baiana de Direito, 2012, 109 e ss., *168-174 (3.3.2./3.3.4.).*

1012 A formulação *ponto de reversibilidade* invoca explicitamente a herança de Merleau-Ponty: neste sentido, ver por exemplo, Glenn A. Mazis, «Merleau-Ponty and the "Backward Flow" of Time. The reversibility of Temporality and the Temporality of Reversibility», in Thomas W. Busch / Shaun Gallagher, ed., *Merleau-Ponty, Hermeneutics, and Postmodernism,* Albany: State University of New York, 1992, 53 ff.

perguntar se os sinais de desintegração que se manifestam na nossa circunstância permitem tal procura e a exigência-aspiração que lhe dá sentido. O que de resto significa reconhecer duas tendências distintas e as ameaças que delas resultam: aquela que (reagindo-respondendo à tendência desagregadora) isola as significações dos princípios, favorecendo a *clausura* e a *violência* destes ou da determinação correspondente… e aquela que (celebrando a pluralidade ou entregando-se aos seus efeitos) transforma o *concreto analogicamente comparável* em *singularidade incomunicável*.

Na confluência destas dificuldades (ou do diagnóstico que as confirma), a mobilização de um *idioma alternativo* (e das correspondentes *relações de vizinhança*) constitui decerto uma oportunidade reflexiva dificilmente negligenciável. Trata-se, como já anunciámos, de invocar o problema da *incorporação dos princípios* (e este como dimensão do problema da *determinação do Direito vigente*) à luz da perspetiva que um certo *positivismo includente* nos permite reconhecer. Quando consideramos o problema da identificação do conteúdo do Direito vigente (nas palavras de Raz, o problema de «reasoning about what the law is»[1013]) à luz do *foundational conventionalism* inspirado por Hart[1014], há, na verdade, uma resposta — aquela que confirma a tese das fontes sociais *(the social fact source thesis)* — que, ao defender uma pretensão-exigência acerca das condições de existência da normatividade jurídica, constrói (desenha) um indispensável *território comum*. A clareza desta pretensão — defendendo a *necessidade* dos *factos sociais* (quer diretamente, enquanto *determinantes* do conteúdo do Direito, quer indiretamente, enquanto *determinantes dos determinantes* desse mesmo conteúdo) — não é no entanto suficiente… nem, por um lado, para excluir divisões no campo positivista — o contraponto entre *determinantes* e *determinantes dos determinantes* (cobrindo um espectro de possibilidades que vai do convencionalismo *forte* ao convencionalismo *fraco*, se não já do «ptolemaico» *positivismo excludente* ao «pickwikiano» *positivismo incorporacionista*[1015]) é já um sinal eloquente destas divisões! —, nem, por outro lado, para evitar perturbantes problemas de fronteira, precisamente

[1013] «Reasoning about what the law is, reasoning to the conclusion that the content of law is such and such, reasoning whose sole premises are that the law is such and such and whose […] conclusions merely state the content of existing law». Joseph Raz, «Postema on Law's Autonomy», in *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press, 2009, 376-379.

[1014] Nas palavras de Gerald Postema, «Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Common Law World», in Enrico Pattaro, ed., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 11, Dordrecht/ Heidelberg: Springer, 2011, 484.

[1015] Nas palavras de Ronald Dworkin: «Thirty Years On», in *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.),The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, 187 e ss.

aqueles cujas respostas ou tentativas de resposta crescem numa interpelante *terra de ninguém*, disputada pelos idiomas inconfundíveis do *Positivismo* e do *não-positivismo*.

Já sabemos qual é o problema de fronteira que nos importa: o da incorporação-determinação (do conteúdo) dos princípios. Problema tanto mais relevante quanto é certo que explora as práticas e os discursos jurídicos enfrentando algumas das mais estimulantes tensões que hoje vemos assumidas pela reabilitação do pensamento prático. Refiro-me decerto àquelas que relacionam *unidade intencional* e *pluralidade*, *universalidade(s)* e *particularismo(s)*, *estabilidade* e *transformação*, *disponibilidade* e *indisponibilidade*, mas refiro-me, muito especialmente, àquela que (levando a sério o contraponto *autovinculação/autodisponibilidade*) contrapõe uma irredutível *pressuposição dogmática* a uma indispensável *reinvenção crítica*. Para o idioma do positivismo crítico, trata-se, em rigor, de combinar duas preocupações condutoras, uma primeira mais geral — dirigindo-se assim às práticas que seguem e determinam a regra de reconhecimento *(the practices of «following, determining and fixing» the Rule of Recognition)* e a estas práticas na sua conexão constitutiva com o *ponto de vista interno* dos operadores do Direito («acceptance of the rule of recognition from the internal point of view by [law-identifying and law-applying] officials is a conceptual requirement of the possibility of law»[1016]) —… e uma segunda mais específica, a considerar (negativa ou positivamente) o papel que, em certas *ordens de Direito* (e em relação ao problema da identificação do Direito vigente), podem na verdade assumir os chamados *factos morais* («normative, evaluative or moral facts»[1017]). É esta especificação (ou o modo como esta assimila a dita preocupação geral) que aqui e agora nos interessa: e decerto porque se confronta diretamente com o problema de saber se a *regra de reconhecimento* e as práticas que as seguem (e simultaneamente determinam!) estão ou não estão em condições de (embora contingente ou particularmente) conferir validade a uma *inclusão* (e no limite também a uma *incorporação*) de princípios morais[1018]. Não se trata,

---

[1016] Jules Coleman, *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001, 76.

[1017] Jules Coleman, «The Architecture of Jurisprudence — I», *The Yale Law Journal* 121, 2 (2011) 47, 62 <http://www.yalelaw journal.org/images/pdfs/1009.pdf>.

[1018] Proponho aqui um *mapa* do positivismo crítico que combina as conhecidas formulações de Waluchow (*separation/separabilility*) com a sistematização desenvolvida por Kramer (esta a distinguir *inclusive legal positivism tout court* e «formas» *moderadas* e *robustas* de *incorporacionismo*): ver Waluchow, «Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive», in E. Craig, ed., *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, London: Routledge, 2006. <http://www.rep.routledge.com.libaccess.lib.mcmaster.ca/article/T064>; Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford: Oxford University Press, 2004,

na verdade, apenas de perguntar se a inter-relação que se constitui entre a *Major Rule* e as práticas dos *officials* é concebível (ou pelo menos teoreticamente reconstituível) como um círculo produtivamente dinâmico, capaz de tratar aquela regra como contexto e correlato destas práticas («as a form of judicial costumary rule […] existing only if it is accepted and practiced in the law-identifying and law-applying operations of the courts»)[1019]… e simultaneamente de reconhecer nestas últimas uma convergência inextricável de «comportamentos repetidos» e de atitudes crítico-reflexivas de «aceitação»[1020] (envolvendo *pressuposições dogmaticamente vinculantes* e *experiências irredutivelmente abertas*). Trata-se, também, e muito especialmente, de discutir se e até que ponto essa *circularidade* e o equilíbrio do *velho* e do *novo* que esta permanentemente ameaça (e reinventa!) são negativa ou positivamente afetados quando admitimos conjugar com a *tese das fontes sociais* (e com as não menos consensuais *teses* da *convencionalidade* e da *discricionariedade*) uma *tese* (dita) *de separabilidade* («legality and morality are only separable, not necessarily separate»)… ou esta enquanto refutação crítica de uma estrita *tese de separação* («legality and morality are *necessarily* separate from one another; moral argument can never be used to determine what the law is, but only what it ought to be»); assumir esta especificação (e a alternativa que ela envolve) significa, na verdade, enfrentar os desafios da *inclusão* em geral e da *inclusão com incorporação* em particular… e estes em contraponto negativo com as exigências do *positivismo excludente* («Inclusive positivists reject the strong separation thesis but fully endorse the separability thesis»)[1021].

Duas palavras terão aqui e agora que nos bastar para lembrar o núcleo destes desafios[1022]. Trata-se, na verdade de, partindo de uma *afirmação de*

2-9 («Inclusivism, Incorporationism and Exclusivism»). Para um desenvolvimento deste mapa (combinado com a sobreposição de outros critérios relevantes), ver José Manuel Aroso Linhares, *O direito como mundo prático autónomo: "equívocos" 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: policopiado, 2013, 44-103 [relatório disponível no *Inforestudante* (material de apoio à disciplina do segundo ciclo de Filosofia do direito)].

1019 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2.ª with Postscript, Oxford: Clarendon Press, 1994, 256.

1020 «The practice consists in a convergence of behavior and an internal point of view. […] The internal point of view is a necessary element of the practice of a rule of recognition, and is therefore itself an existence condition of the rule. […] There is no rule of recognition independent of convergent behavior toward which participants take the internal point of view […]. The critical reflective attitude is the internal point of view», Jules Coleman, *The Practice of Principle*, 82, 83.

1021 Will Waluchow, «Legal Positivism, Inclusive versus Exclusive», 3 ("Inclusive and Exclusive Positivism").

1022 Para uma síntese menos esquemática, ver José Manuel Aroso Linhares, «In Defense of a Non-Positivist Separation Thesis Between Law and Morality», *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Rechts*, 4 (2016) 425-443.

separabilidade, distinguir dois degraus possíveis de consagração desta tese: aquele em que a separabilidade se pensa exclusivamente como *inclusão,* correspondendo, assim, à possibilidade contingente (inscrita na regra de reconhecimento de algumas ordens de Direito) de a *conformidade com princípios morais* se nos impor como condição de validade-vigência de certas regras jurídicas… e eventualmente da ordem jurídica como um todo («moral values and principles count among the possible grounds that a legal system might accept for determining the existence and content of valid laws […], a legal system's rule(s) of recognition [can] contain explicitly moral tests or criteria for the legal validity of […] legislation»[1023]); aquele em que a separabilidade se pensa em simultâneo como *inclusão* e *incorporação*, correspondendo agora à possibilidade-característica *(feature),* não menos contingente (também ela aberta pelas práticas institucionalizadas de «um sistema jurídico particular» e inscrita enquanto tal na correlativa *regra de reconhecimento*), de certos *princípios morais* ganharem eles próprios *juridicidade* ou *força jurídica* (poderem autossubsistentemente ser convocados e vincular-nos como autênticas *regras jurídicas*) apenas por razões relativas ao seu próprio «mérito» *(worthiness)*, entenda-se, à sua «correção» *(correctness)* ou «justeza» *(soundness)* enquanto exigências morais… — e de tal modo que este «mérito» seja o único «teste» de que depende a sua vinculação jurídica autoritária («a legal system can be structured by a Rule of Recognition which effectively establishes that correctness as a moral precept is sufficient to render a norm binding as a law»[1024]). Estes esclarecimentos (embora breves) são indispensáveis, exatamente porque o interesse de mobilizar um idioma vizinho (contrapondo-o à compreensão jurisprudencialista) cresce significativamente em função dessa vizinhança (e da intensidade desta). Não se trata só de reconhecer que é mais produtivo o contraponto com o *positivismo includente* do que com as diversas manifestações de *positivismo excludente*. Trata-se ainda de distinguir várias alternativas no campo do *positivismo includente* — num espectro que vai do *inclusivism by enactment* (na fronteira com o *exclusive positivism*) à mais *robusta* das interpretações do *incorporationism* (Coleman), passando pelo *inclusivism tout court* (Waluchow) e pela versão mais suave de *incorporationism* (Kramer) —… e de concluir que a produtividade do referido contraponto encontra o seu apogeu (e a relevância do seu *efeito demarcador*) precisamente com a versão mais robusta de *incorporacionismo* (aquela em que as fronteiras com o *não*

1023 Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994, 82.

1024 Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet*, 25

positivismo em geral e com o *jurisprudencialismo* em particular se tornam mais ténues e perturbantes). O que nos concentra por fim no percurso de Coleman.…

Relativamente às diferenças no campo do *positivismo includente*, não basta, na verdade, ter presente o modo como o *incorporacionismo robusto* se afasta das propostas puramente *inclusivistas* — fazendo corresponder à autonomização de um plano metassemântico a possibilidade (ainda que apenas a possibilidade!) de determinados princípios morais (exclusivamente pelos seus méritos substantivos) valerem e vincularem como Direito vigente… —, há ainda que ter presente o modo como esta tradução *robusta* se distingue das versões mais débeis de *incorporacionismo*. Se Kramer faz depender a *juridicidade* da *rule of recognition* (e a existência enquanto *ordem de Direito* da institucionalização que esta identifica) do respeito por *limites predeterminá veis* — limites estes que, manifestando-se em concreto ou no plano-perspetiva dos efeitos concretos («at the level that matters most, the level of concrete outcomes, the "bottom line"»[1025]), têm invariavelmente a ver com condições mínimas de unidade ou uniformidade, entenda-se, de regularidade, de estabilidade, de consistência ou de coesão, se não explicitamente com a pretensão racional de evitar-superar algumas das possíveis controvérsias «morais» («a legal system must pass a certain thresold of regularity in its workings if it is to exist as a legal system at all»[1026]) —, Coleman defende em contrapartida que o *conteúdo semântico* da *regra de reconhecimento* («as a social convention capable of imposing contentful criteria of validity»[1027]) se abre, sem limites predetermináveis (e sem eliminar *desacordos* fecundos), a todas as possibilidades que as «práticas» internas (as «práticas *que seguem a regra*») — na medida em que reflitam-forjem um entendimento nuclearmente partilhado e tratem a regra como um *parâmetro de interação* autónomo

1025 Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law Without Trimmings,* Oxford, Oxford University Press, 1999, 143.

1026 «Above that threshold, the system will be functional or efficient in a greater or lesser extent. Below that threshold, however, it will be nonexistent — that is, nonexistent as a legal system — rather than merely inefficient», Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet*, 28.

1027 Jules Coleman, «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», *in* Coleman, ed., *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, 130. Esta formulação compõe-se deliberadamente para combater um dos argumentos decisivos de Dworkin contra a regra de reconhecimento, o qual sustenta, como é sabido, que há uma incompatibilidade insuperável nestas duas componentes: identidade enquanto *convenção (factualmente) social* e capacidade de impor *critérios de validade com conteúdo*.

— forem *constitutivamente* reconhecendo («reflect[ing] a shared grasp of the rule they are applying»[1028])[1029].

Significa isto levar até ao limite uma ordem do possível ou do contingente, e de tal modo que a especificação da correspondente tese de convencionalidade («the claim that law is made possible by an interdependent convergence of behaviour and attitude»[1030]) acaba por atingir a própria conceção da *regra de reconhecimento*… precisamente ao ponto de impor a procura de um «sucedâneo» mais plausível. É precisamente esta tentativa de reinvenção da regra de reconhecimento (que o é também afinal do modelo das *convenções* herdado de Hume e de Lewis) que, numa etapa decisiva do percurso de Coleman, nos conduz a uma reformulação particularmente expressiva do problema que nos ocupa, com um dos polos do binómio (o da pressuposição dogmática) a ser preenchido pelo acordo (*agreement*) relativo às *convenções fundadoras do reconhecimento* e outro polo (o da reflexão crítica) a iluminar o *desacordo* prático relativo à interpretação e aplicação de todas as regras, incluindo-se nestas as referidas convenções e a correlativa *Master Rule*. A *solução* (que podemos dizer já necessária, porquanto sustentada pela pretensão de universalidade associável ao problema da «natureza» do Direito[1031]) é aquela que nos autoriza a tratar a regra de reconhecimento tanto como

---

1028 Jules Coleman, *The Practice of Principle,* 80.

1029 Tendo em atenção esta abertura ou esta flexibilidade (de uma *tese de convencionalidade* levada até às últimas consequências, acompanhada de um *incorporacionismo* também *extremo*), não nos espantará assim que, sem deixar de permanecer fiel a uma tese de *factos sociais*, Coleman tenha vindo, ao longo do seu percurso reflexivo (um dos mais estimulantemente autocríticos que conheço!) a relativizar (no que diz respeito ao *core claim* do Positivismo includente) a referência não apenas à *tese da separabilidade*, mas, também, à *regra de reconhecimento* (superando assim uma compreensão *estrita* desta última ou a rigorosa «matriz» hartiana que, na identificação das suas componentes, começou por sustentar): admitindo falar (apenas) de *critérios de juridicidade/não juridicidade*… e no limite («para além» mesmo desta referência!) exclusivamente da indispensabilidade de uma *atividade social de cooperação* que, correspondendo à sua noção de *social fact(s)*, se mostre capaz de fixar estes critérios, entenda-se, capaz de «determinar os determinantes do conteúdo jurídico». É esta a lição imprescindível do recente (e perturbante) «Beyond Inclusive Legal Positivism», *Ratio Juris,* 22, 3 (2009) 359 e ss. [ver muito especialmente o n.º 7 («Beyond Criteria of Legality»), 380-383]: «[An] essential feature of law […] is that it involves some central, organizing, coordinating activities […] [which] are are not normative facts, […] [which] are social facts […], [and which] determine the determinants of legal content.» «Beyond Inclusive Legal Positivism», 383, 384, nota 28).

1030 Jules Coleman, «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», 101.

1031 É, porventura, ainda mais relevante lembrar (agora explicitamente com Raz) que não será de todo indiferente falar do *conceito* e da *natureza* do Direito: se a determinação do primeiro só pode aspirar a um tratamento contingente ou paroquial, «culturalmente» condicionado («the concept of law is itself a product of a specific culture»), as pretensões associáveis àquela «natureza» («[as claims] about the nature of all law, and of all legal systems, and about the nature of adjudication, legislation, and legal reasoning, wherever they may be, and wherever they might be») tornam-se, em contrapartida, acessíveis ao esforço de uma Teoria do Direito «universal», capaz de por isso mesmo se dizer *allgemeine (general theory of law):* Raz, «Incorporation by Law», *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason,* Oxford: Oxford University Press, 2009, 95, 99.

uma «proposição abstrata» («the rule of recognition is a rule, and thus an abstract, propostional entity»[1032]) quanto como uma estrutura ou como um parâmetro de interação («framework of interaction, coordination, planning, and negociating»[1033])… e de tal modo que se torne indispensável tematizar a relação desta proposição-estrutura com os seus *comportamentos* e *práticas* (os quais *não são* entidades proposicionais). Tal estrutura é, na verdade, irredutível aos fenómenos de convergência empírica que a sustentaram no passado («the convergent behaviour fixes the rule, but does not determine its content»[1034]): *por um lado* porque se identifica com (ou porque é alimentada por) um *núcleo* de *intenções normativas partilhadas* e (ou) pelo *state of affairs* correlativo — um *state of affairs* que, ao ser constituído por atitudes dos participantes e interações entre estas, se mostra assim capaz de submeter o *convergent behaviour* e o seu *padrão* a um *ponto de vista interno* e a este como a uma verdadeira atitude crítico-reflexiva[1035] («a rule of recognition exists when the relevant officials apply certain standards for assessing the legality of conduct and adopt a critical reflective attitude […] towards their doing so»[1036]); *por outro lado* porque faz depender a especificação ou o preenchimento logrado destas intenções de um processo temporalmente aberto de *cooperação-negociação*, do qual não podem nem devem estar excluídas discordâncias e conflitos («the practice of applying criteria of legality is best conceived as a shared cooperative activity […], SCAs are familiar ways of coordinating interaction among persons over a period of time, and admit of fundamental and penetrating disagreement about how to continue the activity»[1037]). Resposta que pressupõe diversas distinções, interessando-nos, sobretudo, aquela que contrapõe discordâncias (morais) relativas à própria regra ou ao seu conteúdo nuclear e discordâncias (morais) relativas à *extensão* dessa mesma *regra* ou àquilo que esta exige enquanto esquema de solução para um problema concreto: com a conclusão inevitável de que só as

1032 Jules Coleman, *The Practice of Principle*, 77

1033 Jules Coleman, *The Practice of Principle*, 80, nota 12, 157.

1034 Jules Coleman, *The Practice of Principle*, 83. «The mistake is to suppose that the semantic content of the rule of recognition is determined by the range of convergent behavior», *idem, The Practice of Principle*, 80.

1035 «The practice consists in a convergence of behavior and an internal point of view. […] The internal point of view is a necessary element of the practice of a rule of recognition, and is therefore itself an existence condition of the rule. […] There is no rule of recognition independent of convergent behavior toward which participants take the internal point of view […]. The critical reflective attitude is the internal point of view», Jules Coleman, *The Practice of Principle*, 82, 83.

1036 Jules Coleman, «Beyond Inclusive Legal Positivism», 367.

1037 Jules Coleman, *The Practice of Principle*, 80, nota 12, 157 e ss.

primeiras discordâncias (porque não permitem identificar a regra em causa e porque afetam assim a citada *shared cooperative entreprise* e o núcleo de intenções que esta partilha) são afinal incompatíveis com a defesa da *rule of recognition* (ou com a convergência *fáctica* mínima que esta exige) como autêntica *convenção social* («officials can and do disagree […] about what [the rule] […] requires of them […]and this is perfectly compatible with the rule of recognition regulating a conventional practice, and thus with the rule of recognition being a conventional rule»[1038]), conclusão esta evidentemente acompanhada pela representação decisiva de que a «moralidade não pode estabelecer *(settle)* o que é a convenção-regra, mas pode ajudar-nos a determinar o que a convenção exige *(requires)* em cada caso particular» («many controversies calling for or inviting controversial moral argument are understandable as disagreements […] about what the convention requires in a particular case»)[1039]. «The rule of recognition requires that officials converge on applying relevant moral standards to assess legality, not that they agree on what applying those standards requires in particular cases.»[1040]

Todos estes pormenores (apesar de abordados apenas nas suas grandes linhas) mostram-se preciosos para o exercício de demarcação que nos importa. Voltando às dificuldades que a pretensão de *consonância prática* dos princípios como *jus* hoje enfrenta, o contributo é certamente o de um exercício de *desparadoxização* … e este levado a sério como um passo decisivo para acentuar o modo como a aposta jurisprudencialista, ao interpelar criticamente o Direito (um *certo* Direito, vinculado à *Ideia da Europa*[1041]!), nos obriga a reconhecer no seu mundo prático uma *criação cultural situada,* ao mesmo

---

1038 Jules Coleman, *The Practice of Principle*, 157-158.

1039 Jules Coleman, «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», 131, nota 46.

1040 Jules Coleman, «Beyond Inclusive Legal Positivism», 376.

1041 Entenda-se, aquela resposta ao problema da vida em comum que, emergindo em pleno na experiência de *respondere* da *civitas* romana (e sem prejuízo de uma grande diversidade de rostos, indissociáveis de outros tantos ciclos históricos), tem vindo a apostar na possibilidade de separação-*autonomização* do mundo prático do Direito. Resposta que (na sua matriz greco-romana, judaico-cristã e europeia) assim mesmo se distingue daquelas outras (iluminadas por distintos horizontes civilizacionais) nas quais o mesmo problema da partilha do mundo (traduzido embora em termos distintos) é enfrentado no contexto de possibilidades de um *continuum* prático (*imune* àquela pretensão de autonomia): um *continuum* no qual a moralidade comunitária, a prática religiosa, as narrativas partilhadas, as conceções de vida boa, os modelos-*exempla* de autocompreensão (ou de felicidade individual) e outros cânones socialmente vigentes são confirmados-*sancionados* como constitutivamente indissociáveis… e para o qual a ordem *jurídica* não será (nem deverá ser), porventura, mais do que a institucionalização regulativamente eficaz ou do que a projeção coercitiva do conteúdo desse *continuum* — aquela *ordem jurídica* (aquele outro *Direito*) que se nomeia quando se invoca o núcleo normativo culturalmente único da ordem islâmica, do *dharma* hindu, do *halakhah* judaico ou do *beehaz'aanii* indígena.

tempo que confere às suas intenções a inteligibilidade de um *projeto,* se não, mais rigorosamente, de um *projetar-prōicere.* Se a primeira acentuação nos desafia a questionar a pretensão de universalidade comummente associada à experiência da juridicidade — e simultaneamente a assumir a «aquisição» *moderna* da *subjetividade intencional* (com a possibilidade-exigência de experimentar a *communitas* como um artefacto prático-cultural) —, a segunda traz-nos uma compreensão da *validade jurídica* indissociável das suas práticas de estabilização-realização e do *novum* irredutível que estas introduzem, conferindo à *ordem de possibilidade* da *historicidade constitutiva* — e à tematização da *autodisponibilidade* enquanto *autotranscendentalidade* (que assim mesmo se experimentam) — a identidade inconfundível de um *pensar em círculo,* se não de um *saltar para o interior do círculo*[1042].

A que exercício de desparadoxização me refiro? E em que sentido é que o confronto na fronteira com o idioma do *incorporacionismo robusto* nos proporciona os recursos indispensáveis para o assumir? As respostas a estas interrogações cumprem-se na verdade (como que em cadeia) sob o fogo do binómio *necessidade/possibilidade* (e das múltiplas direções que este oferece). Defender uma incorporação convencionalista dos princípios (mesmo na sua versão mais forte) significa sempre, com efeito, admitir uma possibilidade contingente, corroborada por certas ordens jurídicas (aquelas em que seguir, determinar e fixar a regra de reconhecimento confere validade a uma inclusão efetiva de *testes morais* ou de *juízos de mérito* enquanto critérios de juridicidade), não significa menos, no entanto, prosseguir o legado de um *ponto de vista externo moderado* (e do *general philosophical enquire* ou da *general theory of law* que este exige): o que implica preservar uma compreensão acultural do *conceito* e da *natureza* do Direito… e assim mesmo pressupor a universalidade (e a identidade *de tudo ou de nada*) das características que constituem a sociabilidade juridicamente relevante (a começar, decerto, por aquela que corresponde à institucionalização diferenciadora de uma regra de reconhecimento[1043]). Iluminar a conceção jurisprudencialista dos princípios

[1042] Trata-se evidentemente de convocar Heidegger e a «perspetiva»-*visée (Sicht)* do *compreender-Verstehen* como modo fundamental *(Grundart)* do Ser do «estar-aí» *Dasein* [HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 18.ª edição (reimpressão da 15.ª), Max Niemeyer Verlag Tübingen, 2001, 142-148 (§ 31 «Das *Da-sein* als Verstehen»)], se não, mais claramente, de atender à estrutura existencial deste compreender enquanto *poder-ser* e *ser-possível*, o qual, na sua abertura, se cumpre como *pro-jetar lançado no (saído para o) mundo* [«Sein lichtet sich dem Menschen im ekstatischen Entwurf [und] überdies […] ist der Entwurf wesenhaft ein geworfene», *Über den Humanismus*, Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1947, 25)].

[1043] «In this respect, however, as in others a rule of recognition is unlike other rules of the system. The assertion that it exists can only be an external statement of fact. For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense "exist" even if it is generally disregarded, the rule

(levados a sério enquanto *jus*) significa, em contrapartida, defender uma experiência *necessária* de incorporação e, em simultâneo, reconhecer a identidade cultural e civilizacional (a *não universalidade*) da forma ou do modo de vida no qual tal necessidade é assumidamente levada a sério. Como se a necessidade em questão só ganhasse o seu pleno sentido (um sentido muito específico e relativo) quando a tornamos explicitamente compatível com a experiência da historicidade constitutiva dos princípios (enquanto aquisições humanas abertas), mas também e sem paradoxo com a defesa da identidade plenamente cultural (*não necessária*) do próprio Direito. A *necessidade* em questão — considerando os princípios como *compromissos práticos* e expressões normativas de um projeto ou de uma aspiração[1044] — diz respeito, na verdade, apenas a uma certa resposta culturalmente possível para o problema da vida em comum — relacionando-se, assim, exclusivamente com a prática de um certo Direito que, enquanto modo específico de criação de significações comunitárias (seguindo uma persistente, ainda que permanentemente reinventada *pretensão de autonomia*), nos aparece significativamente inscrito no desenvolvimento-projeção do que poderemos chamar a *Ideia da Europa* e o texto do Ocidente. Como se, ao fim e ao cabo, a disputa de idiomas nos conduzisse ao traçado de um contraponto implacável, no qual as acentuações de necessidade e possibilidade alimentam movimentos contrários (neste sentido verdadeiramente incompatíveis)…

Chegar aqui não significa, evidentemente, responder ao problema da *consonância prática* dos princípios *em tempos de pluralidade e fragmentação*, significa, no entanto, já esclarecer algumas das componentes imprescindíveis deste problema e outras tantas dimensões do seu *Erfragte*: como se, por um lado, assumindo uma determinação negativa, se tratasse de libertar a experiência da *circularidade prática* juridicamente relevante da mediação da *regra de reconhecimento* — superando as cisões que esta (na sua configuração *as rule*) invariavelmente lhe impõe («reasoning about law/reasoning according to law, law-identifying discourses/law-applying practices, rule content/rule extension, decontextualized law-interpretation/contextualized

---

of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.» H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 110.

[1044] Este *prōicere* pretende-se explicitamente autonomizado (assumidamente liberto) das compreensões que (mobilizando respetivamente as heranças *pré-moderna* e *moderna*) admitissem reconduzi-lo *por um lado* à predeterminação (à necessidade) ôntica (se não ontoteleológica) de um *plano*… e *por outro lado* à contingência (finalístico-decisória) de um *programa (Zweckprogramm)*. Significa isto, na verdade, reafirmar em pleno (e com a mediação indispensável de Heidegger) a ordem de possibilidade da historicidade constitutiva.

law-interpretation»)[1045]; como se, por outro lado, se tratasse de assumir a dialética entre práticas de *estabilização dogmática* e práticas judicativo-decisórias de *respondere* (se não entre *sistema* e *problema*) exigindo uma especialíssima intervenção do *Direito dos juristas* e da *dogmática doutrinal* em particular[1046] — o que, no limite, significa inaugurar um campo reflexivo no qual esta dogmática, excedendo o seu *doing what comes naturally*, considere explicitamente o *modus operandi* da realização judicativa e este, através do espectro plural que só uma investigação metadogmática (genuinamente metodológica), na sua perspetiva especificamente *interna*, pode oferecer-lhe. Esta atenção intensificada à realização-*performance* e às suas possibilidades heterogéneas, convertendo abordagens diferenciadamente *esotéricas* num testemunho *exotérico* (plenamente integrado) da *pluralidade* (eventualmente com o recurso a narrativas fragmentárias), parece-me, de facto, hoje indispensável: não só quando a doutrina, ao antecipar critérios, constrói o seu próprio *novum*, mas também quando reconstitui a dinâmica do sistema jurídico em geral e o conteúdo dos princípios normativos em particular. O que, no que diz respeito à mediação do *Juristenrecht* (enquanto inter-relação constitutiva dos estratos da jurisprudência dogmática e judicial), significa autonomizar (distinguir) um ónus reflexivo específico e este como uma condição contextual, verdadeiramente indispensável se quisermos conferir à presunção de *auctoritas* o sentido e o sucesso de que esta precisa numa situação-limite como a nossa: um ónus reflexivo que não supera por si próprio os efeitos violentos do isolamento dogmático e da fragmentação problemática, mas que tem decerto a vantagem de tratar as ameaças correspondentes (e a procura intrinsecamente jurídica de modos de equilíbrio plausíveis) como um núcleo

[1045] Significa isto distanciarmo-nos da perspetiva-*enquiry* que, justificada por um ponto de vista analiticamente exterior (moderadamente exterior, importa acrescentar!), nos condena a investigar como *factos sociais* as práticas de identificação-realização do Direito internamente repetidas pelos operadores-*officials* e as atitudes de aceitação reflexiva que estas traduzem ou estas como *determinantes* ou *determinantes dos determinantes* de uma ordem ou cooperação-*ordinans* (instituintes de uma regra de reconhecimento ou de um seu *sucedâneo*). Significa isto, mais claramente, rejeitar um *juízo* que, levando a sério o citado *enquiry* (no seu distanciamento teorético-analítico ou teorético-filosófico), assuma como *necessária* a compatibilidade entre este correlato factual, a inteligibilidade normativa das suas repostas (ou da sua convergência) e o conteúdo de um Direito possível, entenda-se, um juízo que, pressupondo a institucionalização de regras primárias e secundárias, reconduza este conteúdo (enquanto validade-vigência) a uma expressão contingente daquele correlato e à ordem de possibilidade das suas práticas (privando a juridicidade de uma qualquer pretensão de sentido específica ou intrínseca).

[1046] Castanheira Neves, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito. Lições proferidas a um curso do 1.º ano da Faculdade de Direito de Coimbra, no ano lectivo de 1971-72*, Coimbra: policopiado, 1972, 343-347; *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 89-93, 172 e ss.; *Metodologia Jurídica*, 157, 184-186; *O problema actual do direito*, 54-F a 54-Q; *Digesta*, vol. 3, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 71-72.

temático explícito e autónomo (com resultados reflexivos que deverão ser normativamente *incorporados*)[1047].

2. Consideremos agora o segundo *cluster* de perguntas. Como já antecipámos, trata-se de saber se a identidade *cultural-civilizacional* do Direito que a proposta jurisprudencialista nos incita a reconhecer — associando a compreensão jurídica da pessoa (e a sua dialética *autonomia-igualdade/responsabilidade*) ao artefacto microscópico da controvérsia e à tercialidade-comparabilidade que, na sua prioridade metodológica, esta garante à dimensão intersubjetiva — nos autoriza na verdade a defender um *argumento de continuidade*[1048] que escape a uma inteligibilidade formal-procedimental. Não haverá nesta identificação do projetar-*proicere* da juridicidade ou na depuração que sustenta a continuidade prático-cultural dos seus elementos — iluminada pela institucionalização da *dignidade de posição,* se não do princípio *audiatur et altera pars*, bem como pela exigência da *justo concreto* ou da *justeza prática*[1049] — um reforço paradoxal de uma compreensão nuclearmente procedimental? Será que a continuidade experimentada neste esforço de institucionalização de uma *comunidade de sujeitos-pessoas concretamente comparáveis* está em condições de exprimir (ou de

---

1047 Para um tratamento detido deste último argumento (e do percurso reflexivo que este pressupõe, explorando explicitamente a *consonância prática* dos princípios), ver José Manuel Aroso Linhares, «The claim of "consonance" between principles and problem-solving practices. The challenge of plurality and the indispensable mediation of *Juristenrecht*», *in* Linhares / Gaudêncio / Godinho, ed., *Jurists' Law* (Juristenrecht) *as a dimension of European identity: dogmatic-institutional, methodological and legal-philosophical problems* (Proceedings from the First Luso-Polish Conference on Legal Theory and Methodology), Coimbra: Instituto Jurídico, 2018 (no prelo).

1048 Que *argumento de continuidade*? Aquele que defende *(claims)* que a *invenção* do Direito (como *mundo prático* autónomo) na *civitas* republicana — aquela que criou o «nome» *humanitas* (e a sua *intenção à validade*) como contexto e correlato de uma *praxis* concreta de *respondere* (um *respondere* que pressupõe o *artefactum* cultural de um determinado tipo de *problema*) — deve ser levada a sério (e reconstruída reflexivamente) na nossa circunstância presente como o *initium* brilhante (o primeiro degrau ou a primeira expressão significativa) de um projeto prático-cultural, um projeto-*proicere* cuja prossecução (institucionalizando uma autêntica *forma de vida*) tem desempenhado (e está ainda destinado a desempenhar) um papel indiscutível na construção da identidade europeia. Porquê um argumento de *continuidade* (se não *iterabilidade*)? Obviamente porque admite que alguns *sinais* ou *rastos* maiores reconhecíveis neste degrau *inicial* — ainda que permanentemente recriados e transformados (e como tal inscritos-*imersos* num *círculo produtivo* de construção, reprodução e realização) — persistem constitutivamente como *traços de identidade* mais ou menos explícitos na trajetória subsequente, significativamente experimentados como elementos performativos de uma resposta *não universal* (culturalmente plausível e civilizacionalmente conformada) ao problema *universal* (antropologicamente necessário) da institucionalização de uma *ordem social.* Para um tratamento mais detido deste *argumento de continuidade* (e dos referidos *sinais* ou *rastos*, ver José Manuel Aroso Linhares, «Law and opera as practical-cultural artefacts, or the productivity and limits of a plausible counterpoint», *in* Maurizio Manzin / Federico Puppo / Serena Tomasi, eds., *Multimodal argumentation, Pluralism and images in law (Studies on argumentation & legal philosophy/3)*, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, dell'Università degli Studi di Trento*, vol. 36, Trento: Università degli Studi di Trento, 2018, 244-245, 249 e ss., 254-257 (4.1.).

1049 Para uma explicitação, ver a síntese que propus em «O *projectar* do mundo prático do direito enquanto prática de comparação-*tribuere*», *Revista Portuguesa de Filosofia* 70, 2-3 (2014) 309-326.

nos oferecer) mais do que, com Kaufmann (ou com Kaufmann citando Welzel), diríamos um «como» *(das* «"Wie" der sittlichen Handlung»[1050]*)*? E se assim for, será que a problematização-rejeição da universalidade e da *ordem de necessidade a-culturalmente conformada*[1051] que a traduz — rejeição que converte a tematização-reconstituição do Direito na de *um certo* Direito historicamente situado (e confere ao seu mundo prático a inteligibilidade plena de um *artefacto*) — nos traz no seu *resultado* — contido na afirmação recorrente de uma dialética *suum/commune* (e nesta como núcleo irradiante do dito argumento de continuidade) — alguma vantagem apreciável relativamente aos idiomas vizinhos (assumidamente universalistas) que, não obstante as suas diferenças, convergem num *prozesshaft denken* (e com este também na representação de uma juridicidade autónoma, cuja aquisição é aproblematicamente atribuída ao ciclo moderno-iluminista)? Entendamo-nos. Manifestará a representação prático-cultural da dialética *suum/commune* (tal como a reconhecemos em Castanheira Neves[1052]) alguma *vantagem* reflexiva apreciável quando, por exemplo, a confrontamos com a dialética *socius-Gesellscahftsbürger*/cidadão-*Staatsbürger* que, segundo Habermas (e na perspetiva de um *Diskursmodell*) ilumina o *princípio da democracia* (*Demokratieprinzip*)… e este enquanto expressão decisiva da *juridicidade pós-convencional*[1053]? Ou ainda quando a confrontamos com o elenco dos oito compromissos-*desiderata* (*eight kinds of legal excellence*) que, ao explorar a moralidade imanente às práticas e às instituições jurídicas, um certo *eunomic turn to the social processes* inspirado por Fuller[1054] (e eloquentemente recriado por Simmonds[1055]) nos ensina a descobrir[1056]?

1050 Arthur Kaufmann, P*rozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, München: Verlag der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, 1989, 29. Este ensaio é, no seu núcleo duro, reproduzido no capítulo 18 da *Rechtsphilosophie* (1997), citado na tradução portuguesa *Filosofia do Direito,* Lisboa: Gulbenkian, 2004, 394.

1051 Para uma denúncia crítica desta *reconstituição acultural*, ver Charles Taylor em «Inwardness and the Culture of Modernity», *in* Honneth / McCarthy/ Offe / Wellmer, hg., *Zwischenbetractungen im Prozess der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag,* Frankfurt: Suhrkamp, 1989, 601-623.

1052 Castanheira Neves, *Curso de Introdução ao Estudo do Direito,* 109-122; *Digesta,* vol. 1, 202 e ss., 215-222, 413-419; *Digesta,* vol. 3, 31-41, 148-158.

1053 A propósito do *Demokratieprinzip* ver Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992, 135-151 (II). O contraponto *Gesallschaftsbürger*(*-socius*)/*Staatsbürger* só é considerado no indispensável «Zur Legitimation durch Menschenrechte», *Die postnationale Konstelation. Politische Essays*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, 173-174.

1054 Lon Fuller, *The Morality of Law* (1964), London: Yale University Press, revised edition, 1969, 33 e ss., 41-44 («The Aspiration toward Perfection in Legality»), 91-94 («Legality as a Practical Art»). «What I have called the internal morality of law is in this sense a procedural version of natural law», *idem*, *The Morality of Law*, 96.

1055 Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford: Oxford University Press, 2007.

1056 Para uma exploração das diferenças que distinguem as propostas de Fuller e de Simmonds,

É certo que o «como» da dialética *suum/commune* (ou da *comunidade* de sujeitos comparáveis que esta institucionaliza) está longe de se poder esgotar num *puro procedimento* — ou na reflexividade do que, ainda com Kaufmann, diríamos um *prozesshaft denken* autossuficiente[1057]. Não estamos na verdade perante um como-*Wie* que constitutivamente se autolegitime (*[als] Legitimation durch Verfahren*) — como acontece com aquele que distingue o funcionalismo autopoiético de Luhmann e Teubner («[wo es] *überhaupt* kein "Was"[gibt]»)[1058] —, estamos antes e em contrapartida perante um como-*Wie* que, enquanto exigência de realização historicamente projetada, se dirige inevitavelmente a (ou é dominado constitutivamente pela expetativa de) um quê-*Was*. Mais claramente, perante um *como* que disponibiliza a um *quê* (em permanente reconstrução) pretensões de equilíbrio e de dinâmica conformadoramente inconfundíveis…

O que significa que tal *quê* há de poder ser reconstituído e testado (avaliado) como se na verdade se desenvolvesse a partir do *como*, mas o que não significa menos que se espera deste *quê* (e das respostas que este constrói) a assimilação lograda das possibilidades e dos recursos de um contexto materialmente situado, inscrito por inteiro na realidade histórico-social e assim mesmo codeterminado por fatores naturais, institucionais e culturais. Mas será que esta especificação nos ajuda? Aparentemente não ajuda: todos os grandes procedimentalismos herdeiros de Kant (os de Rawls, Habermas, Alexy ou Ellscheid) preservam a seu modo esta relação *Wie/Was*… e a interpenetração destas duas componentes resulta ainda reforçada nos procedimentalismos *sui generis* que devemos a Fuller e aos seus herdeiros (Winston, Palmer Olsen, Toddington, Simmonds). Mais claramente ainda, tal especificação pode, por sua vez, agravar as dificuldades: como se a diferença a ter em conta estivesse muito simplesmente na extensão temporal da experiência tematizada pelo *argumento de continuidade*… e em termos que resultam inesperados (entenda-se, que resultam *ao contrário* do que à primeira vista se poderia esperar). Com os procedimentalismos protegidos por uma pretensão de universalidade (e por uma representação acultural da *societas*) a circunscreverem-se à experiência da *modernidade* e às suas *aquisições*… e com a identificação do projeto europeu da juridicidade, tal como é assumido pela perspetiva jurisprudencialista, a mobilizar expressamente um arco de experimentação muito mais extenso,

ver José Manuel Aroso Linhares, *O direito como mundo prático autónomo*, 114-126, 159 e ss., 162-165

1057 Arthur Kaufmann, P*rozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 10-12.

1058 Arthur Kaufmann, P*rozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 12.

aberto pela *Isolierung* romana[1059]. Porque é que tal acentuação pode ainda agravar as dificuldades no percurso de diferenciação que nos importa? Muito simplesmente porque sendo o arco temporalmente tematizado mais extenso, a procura de regularidades ou persistências (se não características comuns), essa revela-se-nos inevitavelmente mais difícil, impondo-nos um plano de abstração consideravelmente mais exigente, com o consequente esvaziamento de significações e o correlativo empobrecimento das experiências confrontadas. Não será exatamente isto o que o ponto de chegada da dialética *suum/commune* (na sua aparente redundância, entenda-se, na sua compatibilidade com um espectro amplíssimo de conceções do Direito, se não da *vida em comum*) afinal manifesta? E se assim for, não acabará o *fruto da reflexão* por pôr paradoxalmente em causa a sua perspetiva ou pelo menos o significado (e a novidade) do seu *turning point*, na sua ambição assumidamente prático-cultural? Neste recrudescimento do fogo — um recrudescimento explicitamente alimentado pela vizinhança do idioma procedimental, mas também um recrudescimento que, na sua radicalidade, nada parece poupar… — abre-se (cresce) porém a resposta ou a possibilidade desta…

Comecemos pela última crítica. Esta só seria na verdade procedente se à pretendida reflexão sobre o Direito se impusesse como propósito reconstituir um conceito de Direito *alla* Hart ou tematizar a *natureza do Direito* com o alcance que Raz nos ensina a reconhecer… O próprio Simmonds, mantendo embora a temática do *concept of law*, se dá exemplarmente conta disto ao defender que a reflexão (filosófica) sobre a «natureza» do jurídico[1060] (recuperando a sua unidade e o seu *continuum* luminoso com a *praxis*, com o contributo indispensável da jurisprudência doutrinal[1061]) deve ter como tarefa nuclear conferir ao conceito de Direito a inteligibilidade de um «arquétipo intelectual». Conferir a este *conceito* a inteligibilidade de um «arquétipo» significa, com efeito, desde logo, distingui-lo dos *conceitos* baseados na representação-delimitação de uma *classe* (*archetyp concepts vs class concepts*): se os últimos exigem respostas *de tudo* ou *de nada* — tratar o conceito de

[1059] Para um desenvolvimento deste confronto, ver José Manuel Aroso Linhares, «Constitucionalidade, juridicidade e identidade europeia: será a Europa hoje verdadeiramente um "projecto constitucional"? Um diálogo entre narrativas de continuidade e descontinuidade», *in* Maria Lúcia Amaral, org., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2016, 721-748.

[1060] «[T]he philosophical problem of law's nature does not spring, as Hart seems to think, from a need for the careful description of resemblances and differences between different social phenomena, but from the reflexivity of legal thought. That is to say, legal thought is always guided and informed by reflection upon the idea of law, and it is the task of jurisprudence to investigate that idea», Nigel Simmonds, «The Nature of Law: Three Problems with One Solution», *German Law Journal* 12, 2 (2011), 613.

[1061] Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, 189-190 («The practices of legal scholarship»).

Direito como um *class concept* significa esperar que este nos disponibilize um acervo fechado de características (que tenham de estar preenchidas em bloco para se poder distinguir uma ordem, sistema ou decisão juridicamente relevantes)! —, os *arquétipos* expõem-nos antes e em contrapartida a uma experiência de aproximação *em degraus*, internamente *diferenciadora* das ordens, sistemas ou decisões que vão ocupando esses degraus («something can constitute an instance of law […] by its approximation to the archetype […] while nevertheless falling short of full compliance with the requirements of that concept»[1062]). Assim sendo, poder-se-á dizer que o *conceito-arquétipo* que identifica a *juridicidade* está em condições de se nos oferecer simultânea e incindivelmente como um «critério» de demarcação (das «instâncias» sociais que contam como «jurídicas») e como um «ideal orientador» («por referência ao qual tais instâncias e as suas respostas possam ser *moralmente* julgadas»)[1063]. E de tal modo que a tarefa da reflexão filosófica seja «aprofundar» prático-normativamente a *ideia de Direito*[1064] (o que significa menos descrever o que essas práticas têm em comum do que *orientá-las*, tornando claras exigências de sentido que, embora «imanentes», a *surface appearance* dessas práticas dificilmente «disponibilizará»[1065]).

Já no que diz respeito às primeiras objeções, importa por sua vez lembrar que a relação *Wie/Was* que a reconstituição do *projetar-proicire* do Direito nos impõe na sua transversalidade (e no exercício de reescrita da memória que esta exige) se distingue radicalmente dos procedimentalismos de herança kantiana também enquanto e na medida em que rejeita ao binómio *formal/material (racional /contingente)* o seu papel constitutivo (aquele que opõe à invariabilidade da forma ou da regra procedimental a variabilidade do conteúdo). Quando falamos do projetar-*proicere* do Direito, a intensificação da circularidade permite-nos ver na dialética *suum/commune* ou na compreensão da *tercialidade* que esta institucionaliza uma *pretensão cultural ou espiritual-ideal* (chamemos-lhe ou não *princípio de validade*): ora o papel que esta pretensão-exigência cumpre (ou deve cumprir) distingue-se claramente

1062 Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, 53.

1063 Nigel Simmonds, *Law as a Moral Idea*, 52.

1064 «To arrive at a better analysis, we need to reject Hart's account of the rule of recognition and to grasp the extent to which legal thought is reflexive: the task of determining the content of law is ultimately guided, not by a basic rule of recognition (such a rule may play a part, but is not fundamental), but by reflection upon the nature of law itself. Philosophical inquiry into law's nature should be understood as an attempt to deepen our understanding of the guiding idea», Nigel Simmonds, «The Nature of Law: Three Problems with One Solution», 623.

1065 Para um desenvolvimento deste ponto, ver Nigel Simmonds, «Reflexivity and the Idea of Law», *Jurisprudence*1, 1 (2010) 1-23, passim.

daquele que um *princípio de universalidade* ou que a *tipificação regulativa de uma situação ideal de diálogo* se propõem assegurar (na invariância da sua estrutura ou das regras procedimentais que a especificam); trata-se muito claramente de, em cada contexto (embora com a persistência *transcontextual* que justifica o *argumento de continuidade*), estabelecer uma mediação, «em termos constitutivamente específicos», «entre os fatores reais» e os outros «fatores culturais»[1066]. Com a consequência inevitável de o *mediador* assim autonomizado, na complexidade dos seus elementos, não poder (nem pretender) escapar à *historicidade constitutiva* e à permanente reinvenção que esta lhe impõe. O que, no limite, significa abrir a própria mediação (e esta enquanto aposta na possibilidade de separação-*Isolierung* de um *certo* mundo prático) a uma interpelação radical: a uma interpelação que admita com toda a transparência pôr em causa a preservação da mediação e (ou) questionar a plausibilidade contextual dos seus *artefacta*.

Que este projeto ou que a sua mediação não escapam a uma reinvenção permanente (a um *círculo produtivo* de construção, reprodução e realização) é o que se confirmará — sem ter de insistir na pergunta radical (ou nas suas especificações[1067])… e no *discurso de alternativas*[1068] que esta estimula — mobilizando (alusivamente!) dois exemplos claríssimos.

O primeiro situa-nos num dos grandes momentos da experiência europeia do Direito: aquele em que o jurídico se leva a sério como referente último da construção macroscópica da *societas* e em que o pensamento jurídico se submete à prescrição estabilizadora de um paradigma metódico. Não será preciso acrescentar que me estou a referir à assimilação do normativismo

---

1066 Castanheira Neves, «As fontes do direito e o problema da positividade jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito* LII (1975) 170.

1067 Permito-me alguns exemplos destas questões: será a *forma de vida* institucionalizada pelo Direito — enquanto modo específico de constituição e realização-*performing* de sentidos comunitários substantivos (irredutível, enquanto tal, a outras construções plausíveis da *praxis* e da racionalidade prática e certamente também a outras *formas* de identidade coletiva) — capaz de resistir (e de ser reinventada) na nossa situação presente? Será que a nossa experiência de pluralidade e fragmentação não favorece uma promessa de integração alternativa, prosseguida precisamente *fora (para além) do Direito* (sob os desafios de uma singularidade e incomparabilidade autocelebratórias)? E se favorece, será que podemos dizer que precisamos de um outro *homo humanus*? Deveremos assim mergulhar numa *procura* da *humanitas* (ou *dignitas*) da pessoa que se desenvolva *para além dos limites do humanismo* (ou das formas de humanismo já conhecidas)?

1068 O problema das alternativas ao Direito tem sido desenvolvido por Castanheira Neves (sob esta designação) desde o começo dos anos oitenta do século XX: ver especialmente Castanheira Neves, *Digesta,* vol. 1, 286-310, *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, 140-147 (V), *Digesta,* vol. 3, 9-41, 66-72, 94-100, 105 e ss. Para uma exploração deste *discurso das alternativas* concentrada num exercício de *law in literature*, ver José Manuel Aroso Linhares, «From Brave New World to Island. Huxley's tales about the *Alternatives* to Law?», *in* Hiroshi Kabashima / Shing-Ika Liu/ Christoph Luetge / Aurelio de Prada García, eds., *The Idea of Justice in Literature*, Wiesbaden: Springer, 2018, 79-100.

iluminista pelo positivismo do século XIX. Se admitirmos reconhecer neste momento o *projeto-proicire* do Direito e a sua autónoma criação de sentidos (na sua inteligibilidade performativa) — e parece-me que é indispensável fazê-lo! —, dar-nos-emos na verdade conta de uma conformação de elementos muito distinta daquela que tanto o grande arco pré-moderno quanto o ciclo contemporâneo consagram: bastará ter presente que a dialética *suum/commune* se cumpre aqui assumindo a hipertrofia do *suum* (com o *commune* a exprimir as condições da *liberdade externa* e esta enquanto *compossibilidade dos arbítrios*), mas também que a compreensão *normativística* (puramente *deontológica*) da *universalidade* e da *razão prática*, ao atribuir às *normas-ratio* uma *validade* discursivamente autoconstitutiva (que transforma as prescrições-imperativos em *Gesetze der Freiheit*[1069]), nos obriga a reconstituir a experiência da *comparabilidade* a partir do contexto-ordem (e dos critérios que o integram) — o que é ainda tratar a *identidade concreta* desta comparabilidade (e os elementos que a especificam) como uma dimensão subordinada (mais ou menos negligenciável), cuja contingência deverá ser (metodologicamernte) submetida a uma assimilação-conversão racional (aquela que culmina num paradigma silogístico-subsuntivo de aplicação e no tratamento deste como um momento técnico, exterior ao método).

O segundo exemplo restitui-nos ao topos *dignidade*: se a sua experimentação como *reciprocidade de posição (dignity as rank),* tornando a máscara do sujeito jurídico (enquanto sujeito autónomo e responsável) indissociável das exigências do *audiatur et altera pars*, permanece (como um dos traços recorrentes da forma de vida institucionalizada por este Direito), já a sua relação com a *dignidade como valor*, quer num plano assumidamente macroscópico quer numa projeção microscópica na categoria do *sujeito da controvérsia*, essa só se cumpre (e só se abre como aquisição decisiva) no ciclo moderno-iluminista.[1070] Quando me refiro a um plano macroscópico, estou evidentemente a considerar o modo como essa representação da dignidade (enquanto ideia moral e politico-filosófica) veio a ser diretamente assimilada pelo mundo prático do Direito (e traduzida numa imediata pretensão de igualdade): antes de mais *formalmente*, através da decisiva compreensão da prescrição legislativa enquanto norma-*ratio* (a rousseauniana *loi encore à faire*, constitutivamente

[1069] Jürgen HABERMAS, *Faktizität und Geltung,* 285.

[1070] Socorremo-nos das categorias propostas por Jeremy Waldron, «How Law Protects Dignity the 2011 David Williams Lecture at the University of Cambridge», disponível (como *working paper* n.º 11-83) na *Public Law & Legal Theory Research Paper Series* da New York University School Of Law, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973341##>.

identificada com uma expressão intrínseca da universalidade racional), depois *substantivamente*, seguindo a conformação progressiva (mais ou menos contingente) dos programas-soluções legislativamente prescritos (e a correspondente *justificação* estratégica). A *dimensão* ou *nível* normativo no qual estas exigências de igualdade são incorporadas (macroscopicamente referidas a um contexto-ordem autossuficiente, ou pelo menos a um contexto autonomamente concebido, mesmo quando predominantemente entendido como um sistema de direitos individuais) é, no entanto, significativamente diferente da *dimensão* ou *nível* normativo (intrinsecamente relacionado com o problema-caso) no qual cresce — no qual tem vindo a crescer desde a *civitas* romana (sem prejuízo de em alguns ciclos históricos aparecer escondida ou reduzida a uma posição subordinada) — a citada pragmática microscópica e a sua experiência da *dignidade* (esta, agora, como uma ideia intrinsecamente jurídica). A projeção contextual que aqui nos importa, essa tem já a ver na verdade com a aquisição decisiva (tornada possível apenas no ciclo moderno-iluminista) de uma «ideia de direito» ou do «sistema jurídico» que (com uma crescente sensibilidade às diferenças e uma não menos crescente tematização desta sensibilidade) atribui a máscara da *pessoa jurídica* a todos os homens-sujeitos, na sua *facticidade* antropológica («the idea of law or of a legal system now embodies the assumption that everyone in a society ruled by law is treated as *sui juris*, as having full legal dignity»[1071]), tornando impossível que uma *forma de vida* que recuse esta atribuição possa no nosso contexto contemporâneo ser qualificada como uma ordem de Direito.

Penso que a acentuação decisiva está nesta expressão *forma de vida* e na resposta-solução que nos permite reconhecer uma mesma *forma de vida* (com uma emergência perfeitamente localizada e uma consciência da sua finitude ou do esgotamento das suas condições) a ser prosseguida *materialmente* em contextos muito distintos e em *consonância* com esses contextos… numa relação que é sempre *dialética*. Já tenho na verdade procurado esclarecer que por *forma de vida* entendo aqui um conteúdo intencional imediatamente *sociocultural*, se não *antropológico-cultural* — livre da hesitação construtiva que a *receção* das *Philosophische Untersuchungen* tem suscitado —, o qual, por sua vez, se mostre suficientemente flexível na sua *intensão* e suficientemente amplo na sua *extensão* para poder evocar…:

a. *por um lado* (com a ajuda de Wittgenstein) a *inventio* ou o *concipere* ou a «apresentação» de uma *linguagem* («[u]nd eine Sprache vorstellen heißt,

[1071] Jeremy Waldron, «How Law Protects Dignity», 17.

sich eine *Lebensform* vorstellen»[1072]) — se não também já de um *jogo de linguagem* («das Sprechen der Sprache [ist] ein Teil […] einer Tätigkeit, oder einer *Lebensform*»[1073])…— e com esta criação-*invenção* (sem que assim se prejudique a plausibilidade de uma *abertura crítica* e da sua argumentação *infinita*), também a indispensabilidade de uma *estabilização dogmática* e da argumentação *finita* que esta proporciona («Das Hinzunehmende, Gegebene — könnte man sagen — seien *Lebensformen*»[1074]);

b. *por outro lado* (concertando contributos tão heterogéneos como os de Boyd White, Landowski, Bubner e Castanheira Neves!), uma ordem-*ordinans* de «ocasiões» ou de «oportunidades de criação de sentido» («law not as a system for producing material results in the world, but as a system of meaning, or, perhaps better, as a set of occasions and opportunities for the creation of meaning»[1075]), oportunidades todas elas orgânico-estruturalmente institucionalizadas (ainda que oferecendo distintas modalidades normativo-intencionais de *vinculação-vigência*)[1076], as quais, ao serem *vividas por dentro (viewed from the inside, by someone who lives on its terms*[1077]*)* — ao imporem-se-nos (também no plano estritamente *semiótico*) como expressões-recursos prático-existenciais («il y a place, en sémiotique, pour la vie!»[1078]) —, se mostrem por sua vez em condições de, no horizonte das significações comunitárias (enquanto referência a um *commune* que é sempre também procura desse *commune*), instituir uma inconfundível *cultura do argumento* («perpetuamente refeita» pelos sujeitos que nela participam)[1079].

Não prosseguirei nesta exploração. Lembrarei apenas, para terminar, que uma coisa é decerto esta procura e o *commune* que (enquanto *novum normativo-cultural*) esta vai gerando — num processo de institucionalização que corresponde à conversão da validade num contexto-ordem, bem como

---

1072 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (1937-1949), Frankfurt am Main: Surkamp, ed. de bolso, 1971, 24 (II § 19).

1073 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 28 (I § 23).

1074 Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 363 (II, xi).

1075 Boyd White, *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Imagination*, Michigan: University of Michigan, 1999, 52.

1076 Castanheira Neves, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 241.

1077 Boyd White, *From Expectation to Experience*, 103.

1078 Eric Landowski, «Régimes de sens et styles de vie», *in Nouveaux actes sémiotiques* 115 (2012) ; *Les formes de vie à l'épreuve d'une sémiotique des cultures*, <https://www.unilim.fr/actes-semiotiques/2647>.

1079 Ver muito especialmente Boyd White, *Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison: University of Wisconsin Press, 1985, 215-237 («Plato's Gorgias and the Modern Lawyer. A Dialogue on the Ethics of Argument»).

à mobilização deste como horizonte de sentido de um problema de comparação intersubjetiva… —, outra a reflexão metadogmática (mais ou menos claramente inscrita no campo da Filosofia do Direito) que se permite interpelar o seu projeto-*proicire*… e reconstituir o correspondente *argumento de continuidade*. Se a primeira permanece vinculada à materialidade vivida de uma experiência histórica (e à circularidade inextricável que a alimenta), a segunda, sem renunciar a uma perspetiva interna, tematiza explicitamente essa historicidade-temporalidade enquanto *iterabilidade*: o que significa decifrar crítico-reflexivamente os sinais ou traços repetidos (e a diferença , senão *différance* que alimenta a sua dinâmica) e, assim, permitir que, na reconstituição da emergência e do percurso (se não da crise ou do declínio) do projeto em causa se integrem recursos expressivos heterogéneos, justificados pela mobilização *em alternativa* ou *em sobreposição* de distintas experiências do tempo ou da temporalidade — experiências que poderemos atribuir aos *tipos ideais* do transitivo «tempo linear» e do intransitivo «tempo existencial» e que aqui convergem ou se concertam na perspetiva de uma intencionalidade nuclearmente prático-normativa, com uma intencionalidade que se nos dirige em simultâneo regulativa e constitutivamente. «Thus, the "now" of existential time is essentially intransitive: it is not now in relation to anything else. […] According to the idea of existential time, the word "past" refers to what humans keep on choosing, right now, to create and accept as authoritative in a constellation that is comprised of two basic elements: (a) a present situation and (b) the present trace or memory of a past event.»[1080]

Não seria, na verdade, possível experimentar a *continuidade* da pretensão-exigência de autonomia do Direito — questionando, tão radicalmente quanto possível, a plausibilidade da sua defesa no nosso tempo (nos seus vínculos decisivos com a herança da Europa) — se nos fosse permitido esquecer os diversos ambientes-*environments* culturais e sociais que, nos seus diferentes problemas e exigências, se impuseram como contextos indispensáveis de realização do seu *projeto-projetar* (e, assim mesmo, o têm vindo a enquadrar, permitindo-nos caracterizar os sucessivos degraus da sua trajetória)… No que diz respeito a estes degraus, podemos mesmo acrescentar que a atenção dispensada aos *contextos de realização*, na sua complexidade (que é também a do modo como estes interferem nos *projetados* sentidos comunitários), não exclui decerto a necessidade reflexiva de concentrar os

[1080] Louis E. Wolcher, *Law's Task. The Tragic Circlr of Law, Justice and Human Suffering,* Aldershot: Ashgate, 2008, 178, 189.

seus traços característicos numa sequência de etapas ou ciclos históricos mais amplos (que podem ser usados como referências integradoras abertas). Isto significa reconhecer que o último exercício de concentração permitido será obviamente aquele que acrescenta à etapa inicial da *Isolierung* jurisprudencial mais outras três: a primeira a corresponder à estabilização de uma conversão hermenêutico-axiológica na *respublica Christiana* medieval, a segunda a emergir da irreversível *viragem* moderno-iluminista e das suas aquisições decisivas, a terceira, enfim, a expor o legado da segunda e o impressivo regresso das possibilidades de racionalização consagradas pela primeira aos desafios paradoxais da homogeneização globalizante e da autocelebração da *diferença* e da *pluralidade* (se não *incomensurabilidade*). O que uma vez mais nos autoriza a reconhecer o *status* do *argumento de continuidade* enquanto experiência da *historicidade constitutiva* e o modo como este se alimenta de uma permanentemente empenhada *reescrita* da memória…

(Página deixada propositadamente em branco)

APÊNDICE

(Página deixada propositadamente em branco)

A fenomenologia jurídica do Professor Aquiles Côrtes Guimarães

Professor Aquiles Côrtes Guimarães' legal phenomenology

Maria Lúcia Gyrão
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Abstract: This paper aims to honor Professor Aquiles Côrtes Guimarães, who was a great friend and admirer of Professor Castanheira Neves. Aquiles Côrtes Guimarães, while introducing the study of phenomenology applied to law at the Federal University of Rio de Janeiro, encouraged and guided generations of young researchers towards the studies of this method of contemporary philosophy, becoming one of the greatest advocates who held deep knowledge of Husserl's phenomenology, which he applied to law. In the same way, Professor Castanheira Neves places great emphasis on phenomenology. According to the legal philosophical thought of these two great Masters, the human being has a central role, focusing on such values embodied in human dignity, when peaceful coexistence and Justice become possible.

*Keywords:*Phenomenology— Phenomenology applied to law—Peaceful coexistence—Justice

https://doi.org/10.14195/978-989-26-1994-1_21

Começo por agradecer ao Professor Doutor Francisco Amaral, douto Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, o honroso convite que me permitiu escrever este texto. Trata-se de homenagear o Professor Doutor Aquiles Côrtes Guimarães, que nasceu em 1937, em Aimorés, Minas Gerais, tendo falecido no dia 28 de junho de 2016, e que foi grande amigo e admirador do Professor Doutor António Castanheira Neves. Recordo-me dos seminários em que o Professor Aquiles realizava, às quartas-feiras, no Instituto de Filosofia e Ciências Sociais — IFC da Universidade Federal do Rio de Janeiro, nos quais ele sempre lembrava os diálogos que mantinha com o Professor Castanheira Neves.Aqui no Brasil e também em suas viagens a Portugal, o Professor Aquiles participou de colóquios, onde teve oportunidade de em se encontrar com o Professor Castanheira Neves quando, então, falavam sobre assuntos filosófico-jurídicos, que os dois grandes Mestres muito apreciavam.

O Professor Aquiles Côrtes Guimarães cursou o bacharelado em Filosofia e em Direito, e deu sequência aos estudos com o mestrado e o doutorado em Filosofia.

Na Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde lecionou, foi chefe de departamento e coordenador da pós-graduação em Filosofia, implantando a disciplina Filosofia Brasileira e Fenomenologia aplicada ao Direito.

Lecionou como professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, onde desempenhou importantes cargos acadêmicos, tendo sido um dos criadores do Curso de Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito. Notabilizou-se, igualmente, como docente na Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.

Foi membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e consultor do Ministério da Educação em assuntos ligados à pós-graduação em Filosofia.

Em seu curso de doutorado estudou o Pensamento Filosófico Luso-Brasileiro, tendo-se destacado como membro atuante do Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, com sede em Lisboa, participando ativamente dos colóquios Tobias Barreto e Antero de Quental, organizados em Portugal e no Brasil por Antônio Braz Teixeira, José Esteves Pereira e José Maurício de Carvalho.[1081]

Vale aqui destacar que, ao introduzir o estudo da fenomenologia aplicada ao Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro, incentivou e orientou gerações de jovens pesquisadores relativamente aos estudos deste método da filosofia contemporânea, tornando-se um dos maiores expositores e profundo

[1081] Aquiles Côrtes GUIMARÃES, *Rocinante (1937-2016)*.

conhecedor da fenomenologia por ele aplicada ao Direito, sendo patente o seu reconhecimento em todo o meio acadêmico.

Dentre os seus vários livros e artigos pode-se citar: *Cinco lições de filosofia do direito,* Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005*; Lições de fenomenologia jurídica,* Rio de Janeiro: Forense, 2013*; Momentos do pensamento luso-brasileiro*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1981; *Pequena introdução à filosofia política — a questão dos fundamentos*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2000.

Todas as questões abordadas sobre a Fenomenologia Jurídica constam do último livro escrito pelo Professor Aquiles Cortês Guimarães, com extraordinária clareza minudenciando este método filosófico jurídico, visando a aplicação do Direito com a evidenciação da justiça.

Nos Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.ª Região — EMARF — Fenomenologia e Direito, o Professor Aquiles escreveu diversos artigos sobre fenomenologia, como por exemplo: «Edmundo Husserl e o fundamento fenomenológico do direito»,Rio de Janeiro, vol. 2, n.º 1, (abr.-set.2009), 67-79; na *Revista Brasileira de Filosofia* escreveu «O culturalismo fenomenológico no pensamento de Miguel Reale» LV fasc. 222, (abr./mai./jun./2006) 233-242, havendo outras inúmeras obras publicadas no decorrer de sua vida.

Ressalta-se que o magistério tanto do Professor Castanheira Neves como do Professor Aquiles representa uma valiosa contribuição ao pensamento jurídico filosófico, levando, em consequência disto, um grupo de ex-alunos a se reunir para continuar estudando, revivendo e aprofundando às suas inesquecíveis lições. Dessa forma, demonstrando um preito de admiração e de gratidão pelos ensinamentos recebidos através das magníficas aulas e da vasta obra desses dois grandes e sempre lembrados Mestres.

Mestres incansáveis em seu amor na transmissão dos seus conhecimentos, devotados sempre em aprimorar os valores referentes à educação.

O Professor Aquiles acentuava também a importância do profissional do Direito em pensar e em compreender o mundo da vida, no dizer de Husserl, para evidenciar o Direito e nunca se tornar um burocrata do Direito.

Cumpre ainda notar que junto ao Instituto dos Advogados Brasileiros, cuja presidente é a Dr.ª Rita Cortez, o Professor Aquiles coordenou e incentivou o estudo da filosofia, cônscio de sua responsabilidade para com a sociedade pela difusão da cultura. Por esta razão, o Professor Aquiles e este grupo de ex-alunos e doutos amigos, entre eles o Professor Doutor Francisco Amaral vieram abrilhantar a Comissão de Filosofia do Direito deste Instituto dos Advogados Brasileiros de notável atuação no Brasil.

A grande paixão do Professor Aquiles Côrtes Guimarães foi à fenomenologia de Husserl. Inovou o nosso saudoso Mestre ao aplicá-la ao Direito, introduzindo-a no meio acadêmico.

A fenomenologia é um método de descrição das essências, constituindo um retorno às coisas mesmas, sendo considerado um método de fundamentação rigorosa do conhecer e do agir para a construção do saber científico. Husserl foi o filósofo mais produtivo do século XX, elucidando questões fundamentais acerca da constituição do mundo e da Humanidade, rebatendo com vigor dentre outras teorias vigentes no século XIX, o Positivismo.

Na segunda metade do século XIX dominava o espírito positivista. Os fatos jurídicos eram afetados por este Positivismo, devendo o Direito ater-se à observação dos sistemas jurídicos estabelecidos nas leis positivas, no ordenamento jurídico existente.

O importante para o Positivismo é o que está estabelecido na norma jurídica, devendo a mesma ser aplicada, sem essa conotação da fenomenologia jurídica da busca do sentido, do dado à consciência para a sua aplicação.

O Positivismo estava reduzido à explicação das leis que disciplinam os fatos, sendo a Ordem Jurídica criada para garantir a convivência humana.

Pelo Positivismo, os fatos são observados e aprisionados pelos conceitos normativos, resultando, muitas vezes, na prática do injusto.

Ao contrário, as reflexões de Husserl consubstanciavam-se no retorno às coisas mesmas, retorno que significa o encontro da consciência intencional com o mundo despojado de todos os preconceitos e de todas as categorias explicativas com as quais as ciências o idealizam e o artificializam.

Segundo Husserl, o que importa no fato é a essência. A essência é aquilo que caracteriza a invariância do objeto, sem a qual não se compreende aquilo de que se fala.

O Professor Aquiles Côrtes Guimarães afirma que:

> a fenomenologia não se interessa imediatamente pelo objeto ou pelos fatos, mas pelos sentidos que neles podem ser percebidos. A fenomenologia é ato de perceber e descrever as essências ou sentido dos objetos. Enquanto as ciências positivas buscam suas verdades nos fatos, a fenomenologia descreve essas verdades a partir da percepção das

essências dos fatos, pois são nelas que seus sentidos se revelam tais quais são.[1082]

E acresce que o Direito é um objeto cultural, ideal cuja função do intérprete é descrevê-lo. O Direito é uma criação da consciência humana. Compreender o Direito é revelar o seu sentido. A existência do Homem e a coexistência entre eles constituem a essência do Direito. Husserl denominou esse fenômeno da vivência de um homem com a comunidade de entropatia. Através da entropatia passa-se do campo da subjetividade para o da intersubjetividade. A intersubjetividade é um fazer compartilhado. A esse respeito, cumpre salientar que uma de suas discípulas, Edith Stein, escreveu com profundidade sobre tal fenômeno, chamando-o de empatia, que é a vivência alheia *sui generis*. Somente a empatia levaria à paz social, pois o Homem passaria a compreender melhor o outro na medida em que, de forma semelhante e não idêntica, seria capaz de vivenciar a dor, o sofrimento e os conflitos existentes em cada pessoa.

O Professor Castanheira Neves opõe-se de igual modo ao Positivismo ao entender que o Direito assenta na percepção da relação entre o Homem e o mundo, de maneira a regulamentar esta relação do Homem inacabado. Contudo, passível de autodeterminar-se e constituir-se, sendo o Direito um modo de integrá-lo à comunidade e à ética.

O Professor Castanheira Neves dá relevo à fenomenologia. O seu entendimento é no sentido de que o problema fundamental do Direito é alcançar essa coexistência pacífica na dialética do homem-comunidade.

O Professor Aquiles neste sentido salienta que: «Se a inserção do homem no mundo se dá, inevitavelmente, pela via da *coexistência*, do *ser-com* isto não significa o despojamento da subjetividade, da consciência, do *ego*.»[1083]

Outro tópico de relevo diz respeito às normas jurídicas editadas pelo Homem, que estão submetidas ao tempo, daí a sua historicidade, condenadas ao perecimento na temporariedade, substituídas ou modificadas ao sabor dos infinitos novos sentidos descobertos pela intencionalidade intuitiva da consciência.

O objeto do Direito é a Justiça, a juridicidade, ou seja, o que é justo.

[1082] Aquiles Côrtes Guimarães, «Edmund Husserl e o fundamento fenomenológico do direito», *in Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2.ª Região: Fenomenologia e Direito/Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2º Região*, vol. 2, n.º 1 (abr.-set. 2009), Rio de Janeiro: TRF 2.ª Região, 67-79.

[1083] Aquiles Côrtes Guimarães, *Cinco Lições de Filosofia do Direito*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Editora LumenJuris, 2001, 38.

Segundo o Professor Aquiles Côrtes Guimarães:

> No entanto, para o pensamento fenomenológico, a ideia de justiça surge do mundo vivido. O sentimento de justiça habita o mundo da vida. O sentimento de justiça é pré-categorial, ou seja, existente antes que alguém tenha proclamado o que é justo ou injusto. Qualquer pessoa humana normal, por mais rude que seja o seu espírito, é dotado dos sentimentos de justiça. Não é justo que alguém mate o «outro», não é justo que alguém castigue animais..., e assim por diante. O sentimento de justiça dá origem ao Direito. A partir desse vivido da justiça é que surgem as idealizações normativas cristalizadas — ou objetivadas — na ordem jurídica.

O ser da justiça é indissociável da condição do ser humano.[1084]

Portanto, a fenomenologia jurídica será instrumento da construção hermenêutica, pois se trata de um redirecionamento do pensamento e da reflexão na área do Direito, que levará o juiz a entender o que lhe é mostrado, através do processo, pois o Direito está no universo da compreensão e não no da explicação.

O Professor Aquiles ensina ainda que:

> *Valorar* é uma constância na atividade jurisdicional, uma vez que decidir é *cindir*, isto é, escolher entre um conjunto de *valores*, que se opõe a outro conjunto de valores, realizando uma síntese cuja única *unidade integradora* é o juiz, no momento da *sentença*.[1085]

A hermenêutica está ligada à decifração de sentidos do que é dado à consciência intencional do juiz, isto é, do fenômeno que ela evidencia. Há, portanto, uma interferência intersubjetiva no processo hermenêutico, tendo em vista que o que é dado será sempre objeto de intencionalidades (direcionamentos) distinto, sendo objeto da compreensão obtida pela interpretação. Ocorre a atividade jurisdicional quando o magistrado perquire a essência do universo jurídico naquilo que lhe é mostrado.

O fenômeno é o que aparece à consciência, é o que é manifestado no mundo dos objetos. Mundo e intencionalidade jamais poderão ser dissociados, haja

[1084] Aquiles Côrtes GUIMARÃES,*Fenomenologia e direito*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2005. Coleção «Primeiros Passos na Filosofia do Direito», 57.

[1085] Aquiles Côrtes GUIMARÃES, Cinco Lições de Filosofia do Direito, 38.

vista que a evidência do mundo depende da intencionalidade intuitiva da consciência. Sem o mundo, a consciência seria apenas intencionalidade do nada.

Por exemplo, o juiz deverá intuir a essência da prova que consiste na veracidade do fato alegado pela parte, levando-o a compreender o significado originário desse fato dado à sua consciência, para que, então, ele possa ou não fundamentar a sua decisão com aquela prova.

Para a interpretação é preciso à redução eidética, que consiste em se colocar entre parênteses, em se suspender provisoriamente a nossa crença nas verdades afirmadas para se chegar à compreensão do que nos é dado, alcançando, dessa forma, a pureza do fenômeno. A isso se dá o nome de *epoké*, isto é, praticar a *epoké*, é dispensar provisoriamente todas as categorias da ciência, colocando-as entre parênteses. O termo *epoké* significa «suspensão do juízo», chegando-se ao conhecimento verdadeiro, pois foram afastados os pré-conceitos pelos pré-juízos estabelecidos pelos supostos saberes em geral. Assim, em termos da fenomenologia jurídica, a *epoké* consiste na suspensão provisória de nossa crença na vigência da dogmática jurídica (lei, doutrina e jurisprudência), colocando tudo isto entre parênteses, o fenômeno jurídico aparece, ele mesmo, sem qualquer pré-conceito ou pré-juízo.

A fenomenologia utiliza também para a interpretação a redução transcendental, pois as essências dos fenômenos, já mencionadas, são vivenciadas e evidenciadas na ordem da consciência transcendental do sujeito, do eu penso. No caso, há uma reflexão do magistrado, diante da pureza do fato, porque já houve a redução eidética, em que se afastaram, repitam-se, todas as categorias referidas pelas ciências, pré-conceitos e pré-juízos. Existe, em consequência disso, a constituição do mundo, a evidenciação do mundo a partir de si mesmo, pois o ego é o polo ideal da consciência, sendo que através dele é que ocorre o conhecimento do mundo. Segundo Husserl, o ego não existe como coisa, pois é o polo da consciência, dando-se, dessa forma, a interação da subjetividade com o mundo.

Por fim, com toda a certeza, pode afirmar-se em relação tanto ao Professor Castanheira Neves quanto ao Professor Aquiles, através de seu *modus vivendi*, e também por ensinar uma filosofia de cunho humanístico, que somente por meio da fraternidade e da solidariedade é que se alcançará a pacificação social. Estes dois grandes Mestres compreenderão que não é viável o solipsismo, e sim que é preciso vivenciar a alteridade, isto é, a empatia, na qual o ser humano tem lugar central, e que apenas pela educação de um povo com valores consubstanciados na dignidade humana vai ser possível a construção de um mundo melhor, aonde venha sempre prevalecer a justiça.

Referências bibliográficas

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes —*Pequena Introdução à Filosofia Política:a questão dos fundamentos*. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2000. ISBN:9788573879667

*Cinco Lições de Filosofia do Direito.*Rio de Janeiro: LumenJuris, 2001. ISBN: 9788573879674

Fenomenologia e Direito. Rio de Janeiro:LumenJuris, 2005 — Coleção «Primeira Passos na Filosofia do Direito». ISBN: 9788573876147

Fenomenologia e Direitos Humanos. Rio de Janeiro:LumenJuris, 2007.ISBN: 9788573879650

Lições de Fenomenologia Jurídica. Rio de Janeiro: Editora GEN-Forense Universitária, 2013. ISBN: 9788530950026

HUSSERL, Edmund—*Investigações Lógicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.ISBN: 9788530942427

Idéias para uma Fenomenologia Pura e para uma Filosofia Fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura. Aparecida, SP: Ideias e Letras, 2006—Coleção «Subjetividade Contemporânea». ISBN: 9788598239682

Meditações Cartesianas e Conferências de Paris. Rio de Janeiro: Forense, 2013. ISBN: 9788530950019.

Notas curriculares

Ana Carolina Faria Silvestre

Doutoranda em Ciências Jurídico-filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre e pós-graduada em Ciências Jurídico-filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora na Faculdade de Direito do Sul de Minas e no Centro de Ensino Superior em Gestão, Tecnologia e Educação. Gestora do Núcleo de Extensão da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Gestora de Relações Interinstitucionais na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Autora e co-autora de artigos e livros publicados no Brasil, Portugal, Espanha, Itália e Inglaterra. Membro da rede em Didática e Pedagogia do Direito coordenada por Maria Francisca Elgueta e Eric Palma da Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho de la Universidad de Chile. Membro da *Rede Brasileira de Direito e Literatura*. Membro da *International Research Collaborative network* intitulada *Law, Reason and Emotion*. Membro da Collaborative Research Network intitulada *Law and Emotion*.

Anelise Becker

Procuradora da República. Doutora em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

António Sá da Silva

Doutoramento e mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com bolsa do Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra, sob orientação do Prof. Doutor José Manuel Aroso Linhares. Professor de Filosofia, Teoria, Ética e Hermenêutica Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, na graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito. Líder do Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça, do Direito e da Decisão Judicial. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro e do Instituto dos Advogados da Bahia.

António Pinto Monteiro

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), da Universidade Portucalense (Porto) e da Universidade de Macau (China); Professor Decano da FDUC; Membro do Conselho Científico da FDUC; Presidente da Secção de Ciências Jurídico-Civilísticas da FDUC; Director da Revista de Legislação e de Jurisprudência; Fundador e Presidente da Mesa da Assembleia Geral do Instituto Jurídico da Comunicação e do Centro de Direito do Consumo; Presidente Honorário da Academia Sino-Lusófona (Universidade de Coimbra); Membro Honorário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e do IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo; Condecorado com a "Medalha do Mérito Cultural da Magistratura Brasileira", a mais alta Comenda conferida pelo IMB – Instituto dos Magistrados do Brasil; Sócio correspondente da SISDiC-Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile; Presidente da Comissão do Código do Consumidor em Portugal; Autor do Anteprojecto sobre o contrato de agência (DL 178/86, de 3/07); Jurisconsulto e Juiz-Árbitro; Membro do Conselho do Centro de Arbitragem Comercial da ACL – CCI; Centenas de conferências e publicações em revistas portuguesas, brasileiras, espanholas, francesas, italianas, belgas, holandesas, alemãs e chinesas, sendo autor de mais de 150 títulos publicados. Membro dos Conselhos Científico e Editorial de várias revistas portuguesas e internacionais.

Fábio Cardoso Machado

Doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Membro e Presidente do Conselho Consultivo do Instituto Eduardo Correia. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Sócio de Andrade Maia Advogados.

Francisco Amaral

Doutor em Direito Privado e Professor Titular de Direito Civil e Romano da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Coimbra e da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa. Presidente da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro do Conselho Diretor da Academie dês Privatistes Europeens, Pavia-Milan. Presidente do Instituto de Direito Comparado

Luso-Brasileiro. Autor de obras de Direito Civil, principalmente *Direito Civil. Introdução*, 10ª edição, 2018, Saraiva, São Paulo e de vários artigos doutrinários publicados em revistas brasileiras e portuguesas.

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Graduado pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra (UC). É mestre e doutorando também na UFC. Foi diretor de ensino na Escola Superior do Ministério Público do estado do Ceará (2016-2019). É professor substituto no Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFC.

Ian Pimentel Gameiro

Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Sociologia pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra - Portugal. Professor. Advogado.

Ivan Cláudio Pereira Borges

Doutor em Direito pelo Instituto de Pesquisas CEUB/Brasília-DF. Mestre em Direito Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT. Mestre em Teologia Filosófica pelo Centro de Pós-Graduação Andrew Jumper – Instituto Mackenzie. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil – Secção Distrito Federal. Advogado. Professor de Filosofia do Direito, Direito Civil e Direito Constitucional do UNICEPLAC.

Ivan Guérios Curi

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1976), especialização em Metodologia do Ensino Superior pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1977), doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal (2005-2006). Professor Associado -aposentado- da Universidade Federal do Paraná, onde lecionou no curso de Graduação e atuou como Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em

Direito (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado) e supervisor de pós-doutorado institucional, cadastrado pelo PPGD/UFPR. Habilitado como orientador de bolsista de Doutorado pelo CNPq. Exerceu o cargo de Coordenador Geral do Programa de Pós Graduação em Direito (estrito senso) da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Membro Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito - CONPEDI. Autor do Projeto de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre, Minas Gerais, recomendado pela CAPES e do Projeto de Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo, Rio Grande do Sul, recomendado pela CAPES. Exerceu o cargo de Coordenador do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre, Minas Gerais. Autor de diversos livros e artigos, conferencista em Universidades do Brasil e do Exterior. Áreas de atividade acadêmica: Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Direito Penal. Consultor em projetos de pós-graduação. Parecerista.

José Manuel Aroso Linhares

Professor Catedrático de Filosofia do Direito, Teoria do Direito e Metodologia Jurídica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e na Universidade Lusófona do Porto. É actualmente Presidente do Instituto Jurídico *(UCILeR - the University of Coimbra Institute for Legal Research)* e Vice-Presidente da secção portuguesa da IVR *(ATFD - Associação Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social)*. Tem explorado a teoria e metodologia da prova, a racionalidade narrativa, o debate entre positivismo includente e excludente, bem como os problemas do diálogo intercultural e da autonomia do direito. Tem proferido conferências, participado em colóquios e orientado seminários na Alemanha, na Áustria, em Espanha, no Brasil, em Timor Leste, na China, em França, em Angola, na Polónia, na Hungria, em Itália, nos Estados Unidos da América, na Suécia e na Suíça. As suas ultimas publicações incluem a monografia *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, os ensaios «From *Brave New World* to *Island*. Huxley's tales about the *Alternatives* to Law?» (in *The Idea of Justice in Literature,* Wiesbaden, Springer, 2018) e «Exemplarity as Concreteness, or the Challenge of Institutionalising a Productive Circle between Past and Present, Old and New» (in *New Rhetorics for Contemporary Legal Discourse*,

Edinburgh University Press, 2020), bem como a coordenação de dois *Special Issues* do *International Journal for the Semiotics of Law* (volume 33, issue 1, 2020, volume 34, issue 3, 2021).

Luiz Fernando Coelho

Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas e do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Doutor em Ciências Humanas e Livre Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Comparado, com estudos na Washington University, em Saint Louis, Mo, USA e nos cursos da Faculdade Internacional de Direito Comparado, em convênio com as Universidades de Friburgo, Estrasburgo e Coimbra. Membro Emérito da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito, seção brasileira da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social (IVR) e professor *honoris causa* do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Professor titular (aposentado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, prelecionou nos Programas de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, do Centro Universitário Eurípides de Marília/SP, da Universidade Paranaense (UNIPAR) de Umuarama/PR e do Centro Universitário Internacional UNINTER de Curitiba/PR. Atualmente integra o quadro docente do Centro de Ensino Superior CESUL de Francisco Beltrão/PR, onde é coordenador da publicação "Direito em Revista".

Marcelo Paiva dos Santos

Mestre e Doutor na área de Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. É membro da secção portuguesa da IVR *(ATFD - Associação Portuguesa de Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Filosofia Social)* e investigador colaborador do Instituto Jurídico *(UCILeR - the University of Coimbra Institute for Legal Research).*

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

Professora Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e na Universidade de Ribeirão Preto, Mestre e doutora em Direito pela PUC SP, Advogada.

Maria Lúcia Gyrão

Graduação em Direito pela UEG-Universidade do Estado da Guanabara (1974). Mestre em Ciências Jurídicas (1979) e Mestre em Filosofia (2007) pela UFRJ-Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutora em Filosofia pela Universidade Católica do Rio de Janeiro (2011). Pós-Doutoramento em Direito pela PUC-Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2016).

Mauricio Martins Reis

Doutor e Mestre em Direito, Doutor em Filosofia, professor universitário desde 2005. Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS (2002), graduação em Filosofia (Licenciatura) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS (2005), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS (2005), doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, UNISINOS, em modalidade sanduíche com a Universidade de Coimbra (2010) e doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS (2015).

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho

Professor da Universidade de São Paulo e da Universidade de Ribeirão Preto. Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito. Advogado.

Pedro Henrique Guimarães Corrêa

Professor de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Mestre em História pela Universidade Federal de Goias. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Goiás.

Rui de Figueiredo Marcos

Doutorado em Direito em 1997, é atualmente Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

Possui uma obra vasta, em que predominam os estudos de incidência histórico-jurídica. É um requestado orador, tendo proferido múltiplas conferências no País e no estrangeiro.

É Académico Efectivo da Academia das Ciências de Lisboa. É Académico de Número da Academia Portuguesa da História, sócio da Sociedade de Geografia de Lisboa, membro do Conselho Editorial da Imprensa da Universidade de Coimbra, sócio do Instituto de História de Direito e do Pensamento Político da Faculdade de Direito de Lisboa, membro do Instituto de Estudos Camonianos da Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, membro da Sociedade Científica da Universidade Católica, membro da Societé D'Histoire du Droit, membro da Associacion Ibero-Americana de Direcho Romano, membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, antigo Presidente do CADC, Diretor da Biblioteca da Faculdade de Direito de Coimbra, sócio do Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, Membro Fundador da Sociedade Portuguesa de Retórica, Académico Honorário da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Presidente da Academia Sino-Lusófona da Universidade de Coimbra e Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra.

Saulo Monteiro Martinho de Matos

Professor Adjunto de Teoria do Direito e Filosofia do Direito da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Possui Doutorado pelo Departamento de Filosofia Social e Filosofia do Direito da Georg-August-Universität Göttingen (Alemanha) e Mestrado pela Ruprecht-Karls-Univesität Heidelberg (Alemanha).

Sílzia Alves Carvalho

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1991), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). É professora em regime de dedicação exclusiva na Universidade Federal de Goiás, onde atua como na área de direito processual civil e métodos de resolução de conflitos sociais. Coordenou o Curso de Direito, ocupando o cargo de Vice-Diretora da Faculdade de Direito na UFG (julho de 2013 a julho de 2017). Atualmente é professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas - PPGDP na UFG. Realiza o estágio Pós-Doutora no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, em Ciências Jurídico-Filosóficas.

(Página deixada propositadamente em branco)

Francisco Amaral é professor titular da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e especialista em Direito Civil. António Pinto Monteiro, Rui de Figueiredo Marcos e J. M. Aroso Linhares são professores catedráticos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nas áreas respectivamente do Direito Civil, da História do Direito e da Filosofia e Teoria do Direito. Ao longo do seu percurso académico todos têm tido encontros especialmente significativos com a Obra de António Castanheira Neves; todos participaram de resto no encontro do Rio que constitui o ponto de partida para a presente monografia.

COIMBRA
JURÍDICA

2020

OBRA PUBLICADA
COM A COORDENAÇÃO
CIENTÍFICA

INSTITVTO IVRIDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE D
COIMBRA

1 2  9 0

IMPRENSA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS