

# O PRINCÍPIO ONTOLÓGICO DA HISTORICIDADE RADICAL E O PROBLEMA DA AUTONOMIA DO DIREITO: ENSAIO DE APROXIMAÇÃO FILOSÓFICA DO JURISPRUDENCIALISMO

*Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho\**

**SUMÁRIO:** 1. Em torno da auto-compreensão jurisprudencialista do direito como pensamento jurídico. 2. Historicidade radical e o direito como tarefa. 3. A dimensão ética (jurídica) da defesa da autonomia do direito. 4. A autonomia e o problema da emergência do direito como direito. 5. Direito como acto e as objectivações jurídicas. 6. A autonomia e a ameaça de funcionalização do direito.

## RESUMO

O autor do presente artigo é doutorando pela Faculdade de Direito da UFMG e estagiário-doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Seu artigo aborda tema dos mais importantes e pouco tratados na literatura jurídica brasileira. Orientado pelo Prof. Doutor Antonio Castanheira Neves, uma das maiores autoridades europeias do chamado “jurisprudencialismo”, oferece-nos ao estudo e à reflexão esta corrente de pensamento que procede à aproximação filosófica da problematização jurisprudencialista do direito, que o trata de um ponto de vista próprio, com um pensamento sempre novo, comprometido com o decidir concreto, pertencente ao presente e voltado para o futuro por força de sua historicidade, e não do ponto de vista estático do normativismo e do cognitivismo jurídico habitualmente postos em relevo.

---

\* Professor de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Doutorando em Direito junto à Faculdade de Direito da UFMG. Estagiário-Doutorando junto à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Investigador do Centro de Filosofia da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa

A Revista da Faculdade segue, deste modo as discussões jurídicas levadas a efeito no exterior, tratando-as para a reflexão e o debate dos estudiosos brasileiros.

## **ABSTRACT**

The author of the present article is a candidate for a doctor's degree at the Law School of UFMG and also an apprentice at the Law School of the University of Coimbra. His article approaches an important and not very discussed theme in the Brazilian juridical literature. Guided by Professor Doctor Antonio Castanheiras Neves, regarded as one of the greatest European authorities concerning to the jurisprudence matter. This thoughts that tend to get a closer philosophically contact with the law jurisprudence's issues offer us the possibility to study and think about it. It is approached in a quite unique point of view – always with a brand new thought – committed with right decisions. Furthermore, it belongs to the present but is also focused on the future due to his historicity's strength and not because of the normativism static point of view nor the juridical cognitivism, both in focus nowadays.

The Law School Magazine follows, by this way, the juridical matters that are being discussed abroad dealing with them in order to allow the reflection and the debate among Brazilian studios people.

### **1. Em torno da auto-compreensão jurisprudencialista do direito como pensamento jurídico**

No direito, a abordagem científica centrada no caso concreto e no problema do juízo, hoje bastante difundida, encontra em A. Castanheira Neves um de seus mais argutos teóricos, fazendo do caso jurídico o nódulo capital de sua metodologia e inserindo-se com originalidade e inovação no contexto da reabilitação da filosofia prática. Remarca-se, neste contexto, o compromisso da teoria do direito com o agir e do decidir concretos.

Nesta aproximação filosófica da problematização jurisprudencialista do direito, desde a qual outras reflexões metódicas podem ser desenvolvidas<sup>1</sup>, interessa especificamente a contribuição que

---

<sup>1</sup> A concepção de direito que anima o Jurisprudencialismo, na concepção de seu fundador, António Castanheira Neves, exsurge em diferentes textos de sua extensa obra. Aqui nos acompanharão tanto alguns de seus textos considerados “clássicos” como alguns de seus mais recentes: *Questão-de-Fato* – *Questão-de-Direito* – ou o

a sua perspectiva pode trazer ao debate sobre o fundamento e a natureza do direito (e assim sobre o seu papel e os seus limites), especialmente na superação da consideração da juridicidade desde um ponto de vista estático, como o faz o normativismo e todo tipo de cognitivismo jurídico, marcado por uma intenção eminentemente teórica e descurado da sua primordial intenção prática, e na superação, também assim, de perspectivas que, embora não cognitivistas, ignoram a sua radical intenção normativa. Já o Jurisprudencialismo toma o direito como um constitutivo e sempre novo pensamento comprometido com o decidir concreto; um pensamento problemático pertencente ao presente e voltado para o futuro, por força de sua historicidade mesma, historicidade cujo sentido esforço-me por esclarecer neste ensaio.

A reconstrução jurisprudencialista nasce com recurso ao instrumental metódico da fenomenologia, não como uma aplicação pura e simples de um sistema filosófico, mas orientando-se pela problematicidade própria do campo temático em que se move a reflexão (nada, a rigor, é mais próprio da fenomenologia do que isto...), fazendo com que se encontre, para amparo ou crítica, com outros pensadores deste mesmo campo (seja no plano da filosofia, seja no plano do direito: é especialmente rico o seu debate contemporâneo com mais quem pensa o problema do direito, sendo também cada vez mais aguçado o desafio (a crise) que contextualiza o debate). O Jurisprudencialismo não nasce como uma entre outras escolas jurídicas fenomenológicas ou existencialistas, das mesmas apartando-se nitidamente já em seu texto fundador. Importa, no entanto, assinalar que a crítica que A. Castanheira Neves dirige-lhes patenteia a incapacidade de aquelas propostas levarem até o fim, coerentemente e até as últimas consequências, os pressupostos onto-fenomenológicos e/ou existenciários de que partem, prendendo-se ou recaindo em ontologismos e cognitivismos os quais pretendem superar – i.e., distingue-se exactamente pela radicalidade

---

Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica), de 1967, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, de 1968, agora na colectânea *Digesta*, Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, volume I (pp. 9-50), *A Revolução e o Direito*, de 1975-76, na mesma colectânea, I (pp. 51-239), *A Imagem do Homem no Universo Prático*, de 1989, também em *Digesta* I (pp. 311-336), *Metodologia Jurídica* (Problemas Fundamentais), de 1993, *O Direito Hoje e com que Sentido?* (O Problema Actual da Autonomia do Direito), de 2002, *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia* (Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação), de 2003 e *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica* I, de 2003.

com que assume o princípio da historicidade do direito. É a intimidade do direito com o ser, com a sua fundação em estratos originários da auto-constituição do homem, que impõe ao Jurisprudencialismo a consideração do direito não como um sentido já dado e prévio mas como um problema, transformação forçosa ante à contemporaneidade entre a constituição da juridicidade e o próprio transcender do homem no mundo, sobre o que vou concentrar-me aqui.<sup>2</sup>

Apenas o Jurisprudencialismo, mantendo-se fiel ao seu encontro ‘com as coisas mesmas’, no seu encontro com o direito mesmo, acaba por realizar com coerência e rigor os postulados da historicidade radical do direito.<sup>3</sup>

É a focalização e análise fenomenológica do “decidir jurídico” em sua intencionalidade específica, revelando a prioridade do caso para a abordagem metodológica do direito (abordagem esta por isso mesmo “microscópica”), que nos aparta desde logo de quaisquer concepções em que o direito figure como um mero (já) *dado*, normativo ou factício, pré-existente (seja lá como este objecto seja pensado: uma norma positiva emanada do legislador estatal ou do costume, ou fruto da razão ou da

---

2 Sobre isto, cf. a crítica jurisprudencialista àquelas fundamentações em *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito* – ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica), Coimbra: Livraria Almedina, 1967, pp. 699-870 – texto fundador que anuncia os pilares de sua concepção jusfilosófica. As análises onto-fenomenológicas do direito que então encontrou negavam seus pressupostos de historicidade quando acabavam por impor ao direito – por força de um pensamento voltado para a natureza das coisas – estruturas e sentidos “perenes”, os quais são representativos de não mais que modos de ser (entre outros, sempre possíveis) do direito, ignorando o ponto de partida fundamental de que o homem, como existência, é fundamento sem fundamento, de que não há um sentido de si próprio homem pré-determinado, disto decorrendo não se poder pensar haver tampouco um sentido de direito fixo, não sujeito ao evolver histórico-concreto do homem que sempre se torna o que ele é a cada momento, a cada decisão existencial. Compreendem-se estas “recaídas” de toda teoria do direito como expressivas da preocupação com a objectividade: são na verdade tentativas de estabelecer bases estáveis para o juízo, desde logo entendendo-se portanto como reafirmações de alguma racionalidade. O erro, porém, consiste na persistente imposição de uma intenção cognitivista: o apelo ao fundamento do direito como o apelo a algum sentido “permanente” é a procura por objectividade que possa amparar a razão jurídica no seu esforço fundamentador. No entanto, não há necessariamente que reduzir toda perspectiva racional do direito a uma abordagem cognitivista, e o desafio reside exactamente em dar conta da racionalidade do pensamento jurídico constitutivo, concebido a partir da historicidade radical. É esta uma importante contribuição do Jurisprudencialismo, no seu esforço metodológico.

3 Ressalve-se em parte o que escreve W. Maihofer em *Naturrecht als Existenzrecht* (traduzida em 1962 como *El Derecho Natural como Derecho Existencial* – Anuario de Filosofia del Derecho, IX, 1962, 9-34 – e “fundamentalmente reproduzido” em *Le Droit naturel comme dépassement du Droit positif* – Archives Philosophie du Droit, VIII, 1963, 177-194), texto em que os postulados da historicidade ontológica são melhor enquadrados face ao que o autor escrevera antes (em *Natur der Sache, Recht und Sein* e *Vom Sinn menschlicher Ordnung*). O fundamento existencial ali porém não se presta a mais do que justificar um direito natural, pensado em oposição ao direito positivo: era ainda o tempo do renascimento do direito natural. A posição de A. Castanheira Neves, naquela mesma época, é diferente: sua reflexão ontológica não visa a outra coisa senão ao direito histórico-positivo, que resulta no entanto por essa via muito mais alargado do que o pensa qualquer positivismo.

natureza, ou de Deus, ou um conjunto de fatos reveladores de uma ordem social), o qual cumpriria ao pensamento jurídico 'apreender'. Ao mesmo tempo, revela inequivocamente a racionalidade que governa e a autonomia que caracteriza o direito.

A atenção agora no entanto volta-se para a refundação ontológica da compreensão metodológica da juridicidade que se encontra na base da obra de A. Castanheira Neves,<sup>4</sup> ao ensejo então da revisão das tentativas de superação da crise do modelo oitocentista de compreensão da realização do direito como operação silogística-dedutivista (esta perspectiva sendo ela também ali exaustivamente desconstruída), com o desabrigo de sua intenção cognitivista, e/ou aética (por intenção aética refiro toda aquela que ignora a específica índole normativa do pensamento jurídico). A intenção normativa do pensamento jurídico (a qual dominará a ciência do direito, e não a intenção teórica) esclarece-se com a sua indicação como *conhecimento de protagonista* (o pensar (d) o direito nunca é o pensar de um espectador, mas o de um participante): “«Protagonista» faz referência ao *Ego* de uma conduta, enquanto actuante, e, assim, de uma conduta compreendida não como *factum*, mas como *fieri*, não como um já feito, mas como um presente fazer-se. E não pode duvidar-se que este é o campo que convém ao normativo, e no qual ele pode unicamente ser compreendido: pois sendo a sua uma intenção constitutiva, a de projectar algo (um fundamento de validade) em algo (o objecto-dado a constituir nos termos dessa validade), implica decerto um actuar, um proceder autónomo e criador – um actuar de protagonista. O normativo, enquanto normativo (não os seus precipitados objectivos), só pode compreender-se ontologicamente num *ser acto* (entendido o ser-acto em oposição ao ser-objecto): no acto problemático da intenção e realização axiológicas.”<sup>5</sup> Em oposição ao conhecimento de protagonista, que caracteriza o pensamento jurídico em viés jurisprudencialista, encontram-se as concepções de intenção teórico-objectivista. Ali, “o que era «acto» passa a ser «objecto», o que devia ser compreensão existencial da própria existência passa a ser pensamento teórico, o que era *Ego* protagonista, passa a ser «sujeito» cognitivo”.<sup>6</sup>

4 Consumada em *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*, Cit., e a acompanhar fundamentadamente as posturas assumidas nas discussões em que está envolvido.

5 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 868.

6 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*, Cit., p. 869. Estas passagens citadas

A abordagem jurisprudencialista é marcadamente metodológica, o que se deve compreender nos singulares exactos em que assim se assume, como um pensamento reflexivo do próprio direito enquanto pensamento jurídico: “à metodologia jurídica cabe reflectir criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito”<sup>7</sup>, 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”<sup>8</sup>. A perspectiva “metodologizante” do Jurisprudencialismo coaduna-se com o modo como entende a relação entre teoria e prática; o conhecimento jurídico, enquanto metodologia do direito, não é senão o direito mesmo a reflectir sobre si, ao mesmo tempo em que se constitui e constitui o seu objecto.

Enquanto metodologia, o pensamento jurídico recobra a consciência crítica sobre seus próprios fundamentos, na auto-revelação dos sentidos últimos constitutivos da juridicidade e do modo como se constituem, reavendo assim ao mesmo tempo consciência sobre seu modo próprio enquanto *logos*. Neste sentido, a metodologia jurídica prepara e possibilita a filosofia do direito, como reflexão situada historicamente e fundada na historicidade mesma de seu campo de reflexão. Não faz sentido aqui a distribuição disciplinar das tarefas tradicionalmente atribuídas à filosofia (a quem incumbiria o desvendamento dos princípios) e à ciência (a quem cumpriria desenvolvê-los, tomando-os axiomáticamente)<sup>9</sup>, mas antes assume a ciência também a responsabilidade pela fixação de seus pressupostos,

---

situam-se na exposição e crítica da teoria egológica de Carlos Cossio, mas prestam-se a esclarecer de um modo geral o ponto de vista interno assumido pelo pensamento jurídico em intenção normativa, em contrapartida ao ponto de vista externo de índole apreensiva, lógico-conceptual, a qual denuncia e combate.

7 CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica* (Problemas Fundamentais). Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 17.

8 CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica*. Cit., p. 11.

9 Essa divisão do trabalho tem raízes gregas. Creio no entanto que uma nova atenção sobre a relação entre as aristotélicas virtudes éticas e dianoéticas, consideradas globalmente na economia da alma e em conjugação no agir (de que afinal se trata, quando se fala do direito), pode lançar hoje novas luzes sobre as relações entre a filosofia, a ciência (do direito, especialmente) e a vida prática.

já que “a todo o pensamento problemático-metodologicamente específico corresponde também uma *dimensão crítica*: a qual, sem lhe alargar o seu campo temático, e sem lhe anular a sua especificidade, o refere no entanto a algo que está para além dele próprio, ao revelar-lhe os seus problemas como concretas precipitações que a si mesmo o revela, afinal, como uma particular tarefa do Espírito.”<sup>10</sup>

A reflexão metodológica sobre o direito anda a passo com sua problematização ontológica, em razão de descortinar os fundamentos transpositivos convocados em toda realização do direito, que se há de metodologicamente evidenciar e assumir.<sup>11</sup>

Questões inevitáveis como a pergunta pela norma aplicável em um caso a decidir, ou antes a pergunta pela nota distintiva de um determinado caso como um caso jurídico, às quais uma abordagem metodológica deve responder, revelam as aporias em que se enreda o normativismo e todo positivismo, e as contradições a partir da quais constroem seus edifícios teóricos (exemplo: o dogma de que o direito está inteiramente contido na lei não pode ele mesmo estar contido no direito positivo, mesmo que haja uma lei a afirmá-lo<sup>12</sup>; outros exemplos veementes ainda ao ensejo do problema das lacunas<sup>13</sup>, da interpretação dos negócios jurídicos<sup>14</sup>, da discricionariedade<sup>15</sup>) – o problema da validade do direito sempre põe um problema para além do direito posto, e esta questão importa perquirir para compreender o sentido de direito e o problema do seu fundamento.

A ciência do direito, como metodologia jurídica, afirma-se como pensamento jurídico, e compreender bem o significado disto constitui uma das chaves da compreensão do Jurisprudencialismo, em seu afastamento de perspectivas dogmáticas, “objectivantes”. Inquinam-se

10 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 81.

11 Ainda sobre o lugar da filosofia do direito: “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.” (CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 49). A isto se dedicou (e não só) em: CASTANHEIRA NEVES, A. *A Revolução e o Direito*. In – *Digesta I*. Cit., pp. 222 e ss.

12 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 285.

13 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., pp. 251 e ss.

14 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., pp. 328 e ss.

15 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., pp. 351 e ss.

todas as concepções jus-metodológicas de índole logicista: “a análise lógica só é susceptível de referir-se a um pensamento pressupostamente pensado, e ao seu conteúdo noemático, ao *cogitatum* já constituído pela *cogitatio*”.<sup>16</sup> Assim é que o pensamento jurídico, pelo qual o direito se constitui, o pensamento que o direito é, não se confunde com um *intelligere* apreensivo de uma realidade que está lá, como um objecto, ao passo em que a ciência/o pensamento está aqui (como sujeito). Para o pensamento jurídico, o objecto não está já lá, não está pronto – o “objecto” será, ele mesmo, constituído pelo pensamento jurídico.

Não se trata do pensamento lógico como “ciência do pensar, a doutrina das regras do pensamento e das formas do seu conteúdo”<sup>17</sup> – a lógica, “ciência da proposição” que “se determina a partir do enunciado” não é a única determinação possível do pensar: ela mesma é “uma empresa problemática”, “algo por demais questionável”, a ser superado por um “pensar autêntico e originário”, cuja “instauração” exige “o regresso à questão sobre a referência essencial do Pensar com o Ser”. Pensar e Ser são surpreendidos em sua “compertinência originária”, anterior portanto ao pensamento como lógico no sentido de um suceder de enunciados, que é apenas uma essencialização, uma objectivação possível. Originariamente, *logos* quer dizer colher, coligir, reunir, escolher, apontando para “a relação de uma coisa com a outra”: numa unidade originária (grega), *logos* e ser são a mesma coisa.<sup>18</sup> O recurso a Heidegger presta-se a esclarecer um importante ponto do Jurisprudencialismo: o pensamento jurídico, como *logos*, não se move (apenas) no plano das objectividades constituídas, como a lógica o faz e não só, mas é pensamento constituidor da objectividade mesma.

Pensamento como acto, não como mero factio, pensamento como expressão dos poderes constitutivos do *Ego*, íntimo do ser do direito, face ao qual o sentido normativo não é heterónimo mas é sempre fruto de seu próprio actuar, face ao qual o direito não é dado que encontra, que simplesmente encontra, mas é problema que põe, ao perguntar – como pergunta, o pensamento jurídico instaura o direito como validade fundada. Este fundamentar do pensamento jurídico não tem qualquer

16 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 867.

17 HEIDEGGER, M. *Introdução à Metafísica*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, 4ª ed., pp. 141 e ss.

18 HEIDEGGER, M. *Introdução à Metafísica*. Cit., p. 145.



raiz dogmática, permanecendo íntimo do ser – pois este fundamentar é o simples pôr o problema, como simples perguntar.

A acentuação do direito como um pensar mostra a inesgotabilidade do direito como acto axiológico-normativo, “projectão (o regulativo em acto) de um sentido axiológico no modo convivente da existência humana”,<sup>19</sup> sempre em processo, sempre dinâmico, problema sempre posto e sempre susceptível de revisão. Mostra, afinal, a disponibilidade ontológica do direito. O que é o direito, dá o homem, não caprichosamente mas na história, como história.

Por isto não faz mais sentido pensar em termos da dicotomia “direito natural vs. positivismo jurídico”. Para além de qualquer jusnaturalismo, aflora a compreensão de que ao direito deve-se reconhecer a disponibilidade histórica ditada ontologicamente, e, para além do positivismo, a consciência de que o direito nunca se esgota na positividade que lhe venha do passado, eis que essa mesma positividade depende de uma compreensão actual, constitutiva da juridicidade mesma de qualquer dogma que se queira afirmar. Compreensão como um assumir que será sempre de alguma forma um exceder o quanto o passado lega como direito (que se transcende) – mesmo a reafirmação do vigor de uma norma figura já como uma “repetição” da sua afirmação, e portando uma “renovação”, a qual, assim como para a sua criação e a sua destruição, depende sempre de um salto axiológico (doador de sentido de validade) que pertence ao presente (é o presente) e ao futuro.

Com esta lucidez, esta responsabilidade – esta tarefa – a ciência do direito se deve auto-compreender, sem esperar do seu “objecto” mais nem menos do que ele lhe possa “oferecer”.

## **2. Historicidade radical e o direito como tarefa**

O texto já antecipou o tema desta segunda parte. Ao demarcar a fundação do direito na historicidade enquanto transcendência do mundo para o mundo, a metodologia jurisprudencialista assume-se também como uma ontologia fundamental<sup>20</sup>, cometendo a descrição do modo de

---

<sup>19</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 907.

<sup>20</sup> Sobre os conceitos fundamentais da fenomenologia como hermenêutica e ontologia fundamental, cf. HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes.

constituição do direito como direito, intencionando-o no “lugar” originário em que se dá.

Na investigação portanto do concreto decidir demonstra-se o *prius* metodológico do caso sobre a norma.<sup>21</sup> Já está realçado que para o jurisprudencialista o direito não é tido na conta de um objecto pré-constituído, mas como um problema de validade, como pensamento jurídico emergente sempre em/com situações humanas concretas que desafiam o homem a uma resposta de validade, que é uma resposta sobre si mesmo, uma resposta em que se decide o homem na convivência.

A problematicidade do direito revela a feição radicalmente anti-dogmática desta perspectiva, o pensamento jurídico não se fundando sobre quaisquer sentidos dados antes da própria problematização, mas com a problematização mesma, isto é, com a realização concreta do direito e ao ensejo da sua vivência. O ponto de partida anti-dogmático captura o direito como pergunta, que o espírito<sup>22</sup> perpetra no seu transcender constitutivo. Neste plano em que o homem é *transcendens*, neste momento anterior a toda objectividade (e a toda subjectividade, no sentido da oposição gnosiológica entre sujeito e objecto, face à qual o transcender do homem é anterior, eis que ele próprio a constituirá), radica-se, no transcender mesmo, o fundamento possibilitador de todo sentido. O fundamento do direito não pode ser já um sentido mas é a pergunta que o homem se propõe interrogando a sua existência comunitária, seu próprio ser-com-os-outros, e cuja resposta constitui o princípio fundamental de todo direito, como decisão existencial fundante: a pergunta e a resposta instituidora da opção entre o direito e o não-direito. Em termos radicais este é o problema mesmo do direito, a pergunta que está na base da compreensão de qualquer questão ou caso como um problema de direito, e em que pulsa a pergunta fundamental da juridicidade.

Parte-se agora de uma nova compreensão do homem, situado em radical historicidade (para além mesmo do historicismo: é a historicidade que funda a própria história), como existência inobjetivável, como um

---

21 São as “categorias de inteligibilidade” capitais do Jurisprudencialismo: o sistema e o caso, em correlatividade necessária, cf. CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Cit., pp. 88 e ss.

22 Espírito para dizer com Scheler – poderíamos dizer Dasein, com Heidegger, ou Ego, com Husserl, todos os três com uma palavra a dizer na reconfiguração ontológica da experiência jurídica tal como encetada pelo Jurisprudencialismo. Aqui, uso muitas vezes o termo homem.

poder-ser que a cada momento tem-de-ser, que é, no mundo, com-os-outros.<sup>23</sup> A ideia capital é: o homem não tem essência; é puro poder-ser que se torna a cada momento o que é, ao mesmo tempo em que transcende o mundo em que se encontra na contínua constituição do mundo mesmo: neste sentido é que é transcendente: transcende o mundo para fundar o próprio mundo. Isso, a que se tem chamado um salto, mantém-se como o processo da contínua determinação do homem, a um tempo determinado por seu passado enquanto ele é pertencente a uma (é lançado por/em) certa tradição (há um mundo de que parte: mundo esse mesmo no entanto a ser precisamente transcendido) e também por seu futuro, pois o salto, reconfigurador do mundo como universo de sentidos, é realização do ser do homem como poder-ser, isto é, como projecto. Neste evolver ontológico (condicionado pelo passado e doado pelo futuro, embora seja um eterno presente), neste transcender do homem em sua determinação contínua, deixa de ter sentido qualquer afirmação dogmática de um fundamento ético ou jurídico que se imponha ao próprio homem em seu salto, evidencia-se que não há qualquer sentido indisponível para a existência, pois todo sentido é constituído pela existência mesma na sua história ontológica. Todo sentido surge como uma objectivação na vida do homem. Esta disponibilidade não põe tudo nas mãos do homem (ele ao mesmo tempo é condicionado por seu passado e por seu futuro: é projecto lançado: e é uma boa discussão a que pergunta por quão está ao arbítrio do homem o seu passado e seu futuro), mas não lhe retira nada: se está o homem aqui agora condicionado por ser na sociedade pós-industrial, e não possa deixar de compreender e de constituir o mundo a partir desta situação (de ser lançado assim), não está absolutamente fora da sua possibilidade o transcender isto e tornar-se alguma outra coisa, tal como já foi, e sempre será. Por isto não faz mais qualquer sentido falar em direito natural como normas ou critérios ordenadores da história do homem, capazes por isto de orientar ou tornar compreensível o evolver histórico do direito ou de fundamentar juízos sobre a validade dos direitos.

---

<sup>23</sup> Para alguns traços do homem como existência, que reuni a partir de uma interpretação de *Ser e Tempo*, como proposta de uma recompreensão da interpretação jurídica: COELHO, Nuno M. M. S. *Fenomenologia do sujeito da interpretação jurídica* – hermenêutica do intérprete do direito à luz da ontologia fundamental de Martin Heidegger. Plano de Trabalho apresentado a Exame de Admissão ao Curso de Pós-Graduação em Direito, em nível de Doutorado, na área de concentração de Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

Não há qualquer fundamento para além do transcender ontológico do homem pelo qual a cada momento tudo é posto em jogo. O transcender é o fundamento do fundamento, é campo da pura liberdade ontológica de que depende qualquer juízo sobre a validade ou a perfeição do direito.

São pressupostos fundamentais do Jurisprudencialismo “uma recompreensão antropológica, um novo entendimento da *praxis* (e da razão prática) e uma perspectiva particular da consideração da problemática jurídica”,<sup>24</sup> todas elas inter-implicadas e a consumir uma nova e original fundamentação do pensamento jurídico, com uma aposição do problema do fundamento sobre novas bases, superadoras de qualquer ontologismo ou antropologismo. Uma problematização do direito radicalmente coerente com as afirmações filosóficas que estão na base do Jurisprudencialismo. O ponto de partida a que me refiro, como chave para compreender o Jurisprudencialismo, é a historicidade radical do ser e do homem, superação ontológico-metafísica de toda metafísica e ontologia clássica e moderna, com o abandono de quaisquer essências ou substâncias ou escatologias: não há nada pronto e acabado que esteja vivo, ou perante o homem que está vivo. Repelem-se necessidades históricas, modelos evolutivos, direitos inatos, naturezas do homem, fins e valores absolutos. Não há nada subtraído ao poder constitutivo e à responsabilidade do homem. A historicidade radical não deriva, no entanto, num relativismo, e tão-pouco é um convite ao cepticismo. Demarca-se ao contrário o Jurisprudencialismo ao afirmar que o futuro, sendo o projecto do homem, é a sua tarefa – e se nada está garantido para o futuro (nem dado pelo passado como absoluto) há que compreender o homem na historicidade em sua responsabilidade, fundador que é capaz de ser da normatividade como sentido de validade no mundo intersubjectivo, mundo em que cada um de nós é com os outros. Nada estando decidido, o direito tão-pouco investe-se de uma natureza (não esconde uma essência) e nem é necessário: o direito é uma possibilidade axiológica, e não uma necessidade antropológica.

Por esta razão o Jurisprudencialismo assume a possibilidade da negação do direito e a possibilidade da experiência humana para além (ou aquém) do direito, inquinando assim o vetusto brocardo “ubi societas, ibi ius”. Assim é que nada está fora de questão, mesmo o não-direito. O

---

<sup>24</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Cit., pp. 72 e ss.

direito é (um) modo de ser do homem. E o homem, cuja essência é não ter essência (no sentido de que é existência, um radical poder-ser que a cada momento se decide, torna-se aquilo que é – o ser do homem está nas suas próprias mãos) pode encontrar no direito o seu modo-de-ser – ou pode não fazê-lo.

Assim o Jurisprudencialismo assume lucidamente, como corolário da historicidade radical do direito, a possibilidade de o direito não-ser (ou de ser o não-direito), da sua superação enquanto modo de ser do homem; o direito é visto como plataforma civilizacional, projecto ético comunitário em que o homem contemporâneo (por força da tradição greco-romana-cristã-medieval-moderna) encontra-se mas que não lhe é forçoso honrar (a tradição pode deixar de vigorar). Esta decisão se toma a cada momento, a cada situação jurídica concreta, e em favor dela o Jurisprudencialismo empunha armas: a favor do direito como “projecto de sentido axiológico que na humana convivência traduz o reconhecimento da dignidade da pessoa e se oferece como a realização da sua liberdade.”<sup>25</sup> Não se trata da afirmação de um direito natural – infelizmente (?), ninguém pode afirmar que a dignidade da pessoa *deve ser*, independentemente da história – sua validade (que se confunde com o ser do direito) está sempre em jogo, como um modo de ser do homem entre outras possibilidades, em que o homem não é pessoa.

O homem pode existir fora do direito, o direito não é um dom mas uma tarefa, um esforço: ele está sempre colocado em questão, e A. Castanheira Neves evidencia como o está particularmente agora, em que mais de uma alternativa se afirma como alternativa ao direito, não alternativa de direito.<sup>26</sup>

O direito é uma decisão/afirmação fundamental do homem em sua historicidade, que não está lá desde sempre mas é posto por força do próprio homem, capaz de transcender o mundo para dizer da sua validade, instituindo-a. Assim é que o direito anima-o a mais elevada das suas objectivações, consubstanciada na ideia de direito a partir da qual se compreendem todos os demais sentidos do jurídico, porque

---

25 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 907.

26 CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito como alternativa humana*. In – *Digesta I*. Cit., pp. 300 e ss.

fundadora da juridicidade (em sua contemporaneidade com a moralidade): a pessoa.<sup>27</sup>

Assim é que do postulado onto-metafísico do Jurisprudencialismo (a historicidade radical) decorre a recompreensão antropológica-axiológica que lhe está na base, pelo chamar a atenção à decisão existencial entre o ser ou não ser pessoa, a decisão fundante entre instaurar ou não o direito, entre viver ou não como-direito, entre ser, ou não, no modo do direito. A apreensão do direito nesta radicalidade mostra como o direito, para o Jurisprudencialismo, não se alimenta de uma determinada concepção predeterminada de homem, mas que é ele mesmo, o direito, como pensamento jurídico, quem instaura o homem como pessoa, confundindo-se o reconhecimento intersubjectivo da pessoa com a instauração do direito mesmo. E compreende-se, também com toda radicalidade, o risco que implica a superação do direito como modo de ser do homem (será a decisão existencial por deixar de ser pessoa). Compreende-se, também, a “obsessão” jurisprudencialista pelo problema da autonomia do direito: já se pode compreender o significado da ultrapassagem deste pensamento que se confunde com o modo de ser pessoa, que é instituidor disto no mundo do homem.

### **3. A dimensão ética (jurídica) da defesa da autonomia do direito**

O pensamento jurídico, enquanto ciência do direito (aqui, enquanto Jurisprudencialismo) engaja-se na defesa da autonomia do direito não por um capricho epistemológico, mas pela lucidez de que aquilo implica o abandono do mundo fundado na responsabilidade recíproca entre pessoas que se reconhecem como tais. O direito, como *este* modo de ser do homem, é constitutivo de um determinado mundo, e é em defesa deste mundo e deste modo de estar no mundo do homem-que-interroga-pela-validade, que interroga cada situação perguntando por sua “justiça”, que o Jurisprudencialismo se bate.<sup>28</sup> Neste sentido é que se dirigem os críticos que o acusam de conservadorismo: o direito como projecto civilizacional, como expressão de um projecto/modo de ser europeu (já

---

27 Cf. CASTANHEIRA NEVES, A. *A Revolução e o Direito*. In – *Digesta I. Cit.*, pp. 169 e ss.

28 Nesse sentido todo o pensamento jurídico, nos quadrantes do Jurisprudencialismo, é engajado. A meu ver esse engajamento é ético e é político, mas num sentido diferente do que mereceria a denúncia jurisprudencialista de uma funcionalização do direito pelo político: o “político” aqui como o fazedor do mundo, como o constituidor de uma ordem axiológica (neste sentido em que todo o ético – e todo pensar – se pode dizer “político”).

hoje ocidental ou global).<sup>29</sup> A crítica, no entanto, apreende mal. A defesa jurisprudencialista da autonomia do direito é sim a defesa de um certo modo de ser do homem, e portanto, de um determinado mundo (isto é uma consequência necessária da admissão do co-pertença entre o homem e o mundo, na historicidade radical), mas não implica o compromisso com qualquer específica ordem jurídica ou modelo constitucional, com quaisquer regimes políticos ou económicos, muitos deles compossíveis com o modo de ser do direito – mas implica sim o reconhecimento de que há um limite cuja transgressão implica a superação do direito mesmo, e é de facto a superação deste mundo em que é o direito – já que este mundo é assim por força também de ser com ele o direito. Que mundo é este, por qual se bate tão intransigentemente o Jurisprudencialismo? É o mundo em que o homem é pessoa, a partir do qual decorrem implicações normativas como “exigência de fundamento para todas as pretensões que na intersubjectividade da coexistência eu dirija aos outros e os outros dirijam a mim”.<sup>30</sup> Um mundo portanto em que no agir do homem implica-se “o sentido fundamentante, argumentativamente invocável *pro* ou *contra*, que transcende os pontos de vista individuais de uma qualquer relação intersubjectiva (pontos de vista como são, por exemplo, os interesses (...)) e os transcende pela referência e assunção de uma unidade ou de um comum integrante («um critério condizível por todos os membros do mesmo universo do discurso») em que, por um lado, os membros da relação se reconhecem iguais e em que, por outro lado, obtêm uma determinação correlativa que não é o resultado da mera vontade, poder ou prepotência de qualquer desses membros, mas justificável pelas suas posições relativas nessa unidade ou comum integrante. Um sentido normativo, numa palavra, que se imponha como uma justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um e que, como tal, vincule simultânea e igualmente aos membros da relação”.<sup>31</sup> É a exigência do fundamento que “vai implicada no postulado do *sujeito ético*”, a implicar liberdade e igualdade.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> O direito como projecto civilizacional também não guarda qualquer traço jusnaturalista, mas é a afirmação ética de um modo de ser possível do homem plenamente lúcido de sua disponibilidade (contingência e finitude). Por isto mesmo que o direito é projecto, é tarefa a realizar.

<sup>30</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Cit., p. 77.

<sup>31</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Cit., p. 78.

<sup>32</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*. Cit., p. 79.

A pessoa, como aquisição axiológica, “a perspectiva **axiológica** a impor um salto para outro nível de «ser» mediatizado pela relação de reconhecimento (enquanto compromisso **axiológico**). O problema do fundamento último assumido num processo-esforço de auto-transcendência ou de transcendentalidade prático-cultural: que mobiliza a experimentação hermenêutica da **finitude** (e a sua *capacidade* de compreender regulativamente o contexto e a **transfinitude**) na mesma medida em que assume uma compreensão da historicidade que se pode dizer **constitutiva** ao nível do «**ontológico**»<sup>33</sup>, constitui o mundo como um modo de ser do homem-com-o-direito; é este mundo assim, em que é a exigência de fundamentação no reconhecimento recíproco entre as pessoas com igualdade e liberdade, e que portanto é o homem como pessoa (com liberdade e igualdade), que defende o Jurisprudencialismo em sua sempre renovada advertência contra a ameaça de superação do direito como direito, no seu entrincheiramento em favor da autonomia do direito.

#### 4. A autonomia e o problema da emergência do direito como direito

O problema do direito ou do não-direito, que é a pergunta pelo porquê do direito, é o problema radical da experiência jurídica, acompanhando toda reflexão sobre o direito, mesmo que invisível ou esquecida de si. É a pergunta fundamental no sentido em que também Heidegger a pôs, como a mais originária, extensa e profunda pergunta da filosofia: “por que é o ser e não antes o nada?”, a que se dedica em seu Introdução à Metafísica.<sup>34</sup> Por diferentes maneiras esta questão tem sido apropriada pelo jurista, tornando-se a pergunta fundante da filosofia e da ciência do direito (por que o direito e não antes o não direito?),<sup>35</sup> conduzindo A. Castanheira Neves à elaboração de sua teoria sobre a emergência das condições constitutivas do direito, com a descrição genético-fenomenológica<sup>36</sup> do direito a apontar as condições

33 AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo*. Sumário das Aulas. Ed. do autor [s/d], p. 1 (grifos no original).

34 HEIDEGGER, M. *Introdução à Metafísica*. Cit.

35 Assim, por exemplo, cf. COSÌ, Giovanni. *Diritto e realizzazione*. Un'introduzione alla fenomenologia del logos giuridico. In – *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano: Guiffrè, vol. 71, n. 2, 1994, pp. 225-273. Há uma renovada bibliografia contemporânea em esforço onto-fenomenológico. Ainda entre os italianos, cf., também e especialmente, COTTA, Sérgio. *Il Diritto nell'Esistenza*. Linee di ontofenomenologia giuridica. Milão: Giuffrè, 1985.

36 Sobre as dimensões ou direcções da fenomenologia (como fenomenologia estática e fenomenologia genética), cf. ALVES, Pedro. *Subjectividade e Tempo na Fenomenologia de Husserl*. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade



eidéticas de sua possibilidade e o seu sentido preciso enquanto uma resposta apenas possível, e não necessária, ao problema (esse sim, universal) do direito. Não se trata do direito aqui com sentido “do direito que no mundo das entidades objectivas (objectivo-histórico-culturais) aí está inegável”, pois não se trata de, ao responder àquela questão fundamental, de saber “o que ele é ou tem sido nessa sua objectivação histórico-cultural”, mas de o determinar e interrogar “na origem fundamentante de onde será ou não será, no cumprimento ou não de uma intenção humana válida, e origem essa que é assim a própria prática humana problematicamente consciente de si”.<sup>37</sup> A investigação se desenvolve num plano ontológico e não meramente ôntico, para convocar uma distinção heideggeriana ultimamente várias vezes repetida, embora nem sempre compreendida.

As condições de ser o direito são três: a condição mundanal, a condição antropológico-existencial e a condição ética.

#### 4.1. A condição mundanal da emergência do direito

A condição mundanal esclarece-se com o ser-no-mundo do homem, no sentido em que descreve Heidegger (o ser-no-mundo como constituição fundamental do Dasein<sup>38</sup>), e na direcção mais ampla em que a considera a fenomenologia em geral<sup>39</sup>, para quem mundo não é simplesmente um ambiente que envolve o homem mas é condição ontológica do ser do homem, homem que exactamente é *no mundo*, e *para quem* é o mundo. Homem que no mundo é *com* os outros homens: a comunhão do mundo, “condição de elementar truísmo”, impõe o problema da convivência na unidade em cujo seio o homem desde sempre

---

de Lisboa, 2003, pp. 388-396, e PAISANA, João. *Fenomenologia e Hermenêutica*. A Relação entre as Filosofias de Husserl e Heidegger. Lisboa: Editorial Presença, 1992, pp. 243-249. Cf. especialmente Husserl, E. *Meditações Cartesianas*. Trad. Maria Gorete Lopes e Sousa. Porto: Rés, 2001.

37 CASTANHEIRA NEVES, A. *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, p. 839.

38 Cf. HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*. Cit., pp. 90 e ss.

39 Cf. também HUSSERL, E. *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología trascendental*. Trad. Jacobo Muñoz e Salvador Mas. Barcelona: Editorial Crítica, 1990. Passo ao largo do corejamento das noções de mundo em Husserl e em Heidegger, um dos pontos fulcrais do apartamento entre as suas filosofias. Além de tudo não há um só conceito de mundo na obra de Husserl (cf. MORUJÃO, Alexandre F. *Mundo e Intencionalidade* – Ensaio sobre o conceito de mundo na fenomenologia de Husserl. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1961. A. Castanheira Neves mobiliza, na sua reflexão sempre própria e original, a ideia de mundo num sentido geralmente mais heideggeriano; muitas vezes, no entanto, dialoga mais directamente com Husserl recorrendo ao mundo tal como esboçado na Crise.

se encontra e sempre se compreende – o mundo em que o homem é – com elementos naturais, técnicos e prático-culturais em “recíproca condicionalidade” e “correlatividade”, “que o homem constitui numa intenção simbólica para a manifestação de si na inter-acção comunicante. Elementos formativos que, já pela sua recíproca condicionalidade, já pela sua correlatividade à unicidade de um «agente» que simultaneamente os leva referidos, se conjugam na totalização contínua que todos em convergência constituem e que é verdadeiramente o mundo que os homens habitam e comungam”.<sup>40</sup> A comunhão na habitação do mundo que é “sobretudo condição básica da realização dessa existência como existência humana”,<sup>41</sup> é encontro dos homens na comunhão do mundo uns através dos outros e com os outros, mediação recíproca que é negativa (a comunhão do mundo com o outro que é obstáculo à fruição dos bens) e é positiva (a comunhão como conjugação de esforços).

A mundanidade do homem, já pela revelação do mundo na instauração da intersubjectividade, implica a reciprocidade relacional, o “fazer compartilhado” que possibilita a exigibilidade, explicando-se como, tomando-se esta como a “verdadeira perspectiva da justiça”, figura a intersubjectividade como condição incontornável do direito (que será também a da ética): “só posso usufruir a habitação do mundo pondo exigências (pretensões de acção e de omissão) aos outros, de cuja mediação depende essa minha fruição, e os outros igualmente pondo-me exigências a mim”.<sup>42</sup> Intersubjectividade como coexistência no mundo em que se exprime (culmina) a condição social do homem.

Tratando da condição mundanal da emergência do direito, A. Castanheira Neves refere muito rapidamente à diferença entre direito e moral, que esta dimensão permite já vislumbrar. Assim, enquanto a moral “poderá ser apenas *ad alterum* e de sentido puramente imperativo (isto é, com a exclusiva categoria do «dever») que se exprime como «mandamento» (...) o direito não poderá deixar de se manifestar numa

---

40 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 842.

41 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 842.

42 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 843.

bilateralidade atributiva<sup>43</sup> (isto é, com as correlativas categorias de «direito» e «dever», de responsabilidade e «obrigação»)<sup>44</sup>. Se “a ética postula a relação puramente de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa com abstracção do mundo” (...) “o direito, de modo diferente, postula a relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa pela mediação (fruidora, repartidora ou funcional) do mundo”.<sup>45</sup> Essa passagem merece uma exegese particularmente detida, especialmente para que não traia a referência à “abstracção do mundo” implicada na moral: o Jurisprudencialismo não pode conceber o homem sem mundo e assim a vida e o agir ético sem mundo; o homem é sempre flagrado em sua (como sendo a sua) abertura ao mundo. Sem mundo não há sentido, pois todo significado apenas emerge no mundo e tampouco a intersubjectividade, que é condição ontológica da ética assim como do direito, não se dá senão sob a condição mundana. A referência distintiva entre direito e moral – declarada decisiva pelo Autor – deve ser interpretada no sentido aristotélico da definição de justiça estrita como dizendo respeito à relação entre os homens *mediada pelas coisas*. Aristóteles formulara assim a distinção entre a justiça e as demais virtudes éticas: “Em vista do quê se distinguem, então, a excelência e a própria justiça? É evidente a partir do que foi agora dito: que elas são, enquanto disposições de um mesmo género, idênticas, mas diferentes no modo de se manifestarem. A justiça manifesta-se como disposição relativamente a outrem; a excelência manifesta-se, como uma certa disposição, de forma absoluta”.<sup>46</sup> Em sentido estrito, a justiça comparece como hábito (disposição – *hexis*) de dar a cada um o que é eu, e a injustiça como uma espécie de ganância (um querer mais do que cabe a si). Será justo dar a cada um o seu, seja na justiça distributiva (em que se trata de “honra ou riqueza bem como de tudo quanto pode ser distribuído em partes pelos membros de uma comunidade”) seja na justiça correctiva (a qual (...) “aplica-se nas transacções entre indivíduos”, sejam “transacções voluntárias ou involuntárias. Assim, voluntárias são transacções como a venda, a compra, empréstimo a juro, a penhora, o

43 Sobre a bilateralidade atributiva como nota distintiva do direito face à moral, cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 20<sup>a</sup> ed., 2002, pp. 685 e ss.

44 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 844.

45 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 844.

46 ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Trad. António C. Caeiro. Lisboa: Quetzal, 2004, p. 110.

aluguer, o depósito, a renda (chamam-se voluntárias porque o princípio que preside a tais transacções é livre). De entre as transacções involuntárias, umas são praticadas às escondidas (...) outras são também violentas (...)”<sup>47</sup>; em todo caso será a justiça um resguardar a igualdade com respeito à distribuição de algo (“é necessário, por conseguinte, que a justiça seja um meio e uma igualdade por relação com qualquer coisa, bem como relativamente a algumas pessoas”)<sup>48</sup>, razão pela qual a equação (comparação) envolverá sempre quatro termos: duas pessoas e duas coisas, coisas a distribuir entre pessoas proporcionalmente, conforme o imperativo da equidade. Ao passo em que, nas demais excelências – isto é, na moral no sentido contemporâneo – já não é essencial essa mediação das coisas, mas a relação homem a homem, simplesmente, sem mais. Sem mediação das coisas mas não sem mundo, pois a condição mundanal é de toda forma requerida, seja no direito, seja na moral, apenas especificando-se o direito (no texto de A. Castanheira Neves sob comentário) por dizer ele respeito ao modo da comum fruição do mundo, da sua repartição – isto é, ao modo como acedemos às coisas (sejam bens da riqueza sejam honras), ou sobre como nos portamos (devemos portar) frente aos outros com respeito às coisas. Tanto o direito como a moral dizem da constituição do mundo – participam dela – como a requerem: são mundo.

#### **4.2. A condição antropológica da emergência do direito**

Já a condição antropológico-existencial vai atentar para a condição do homem como homem e o seu significado para a possibilidade do vir a ser do direito. Muito se esclarece o sentido do direito pela indicação do homem como animal inespecializado, inacabado e aberto ao mundo, “notas essencialmente caracterizadoras do homem e [que] lhe determinam a sua essencial indeterminação ou a sua transfinitude”.<sup>49</sup> Ao contrário dos demais animais, o homem não se encontra já totalmente adaptado ao meio, cumprindo-lhe “acabar-se”, construindo o “seu próprio mundo humano pela acção e a cultura; o homem é assim um ser prático (Gehlen) e a cultura uma sua «segunda natureza» (...) Já a «abertura ao mundo» significa a desvinculação do homem perante o seu mundo

47 ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Cit., p. 112.

48 ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Cit., p. 112.

49 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Cit., p. 845.

circundante, em ruptura daquela continuidade ou assimilação própria da conduta animal com o meio e numa específica transcensão. (...) E nesta abertura ao mundo, em que o homem se assume afinal como tarefa de si próprio, temos a base antropológica para a compreensão geral da existência humana”.<sup>50</sup> Esse distanciamento relativamente à situação, agora realçada, que vai coligada com a descoberta do inacabamento do homem enquanto espécie, é o que lhe possibilita a crítica que é capaz de dirigir às circunstâncias e às situações em que se encontra, e ao mundo mesmo; tal distanciamento é o tomar consciência de sua liberdade e responsabilidade face ao seu consumir a si mesmo como homem; é o lugar do homem enquanto tal, como “ser que transcende e se transcende”, que “se reconhece um aberto realizando e constituindo – assume-se em geral como *possibilidade*, o seu ser é *poder-ser* (Heidegger)”.<sup>51</sup> Esse distanciamento que A. Castanheira Neves aponta como condição antropológica da possibilidade do direito, e que vislumbro como a raiz da possibilidade também da política, da ética e da própria filosofia (enquanto olhar dirigido ao todo, e portanto para além da situação e circunstância em que o homem a cada momento se encontra<sup>52</sup>), permite o reconhecimento humano da sua autonomia, face aos objectos e face aos outros, e a sua auto-descoberta como ser linguístico (A. Castanheira Neves cita Gehlen: “todo uso autêntico de símbolos baseia-se sobre a condição da dissociabilidade do comportamento relativamente ao contexto de cada situação concreta, já que pertence à essência do símbolo o fazer referência a *algo não dado* e que não se pode deduzir do contexto”),<sup>53</sup> instaurando enfim a possibilidade da crítica e portanto possibilitando a pergunta pelo fundamento do agir e da afirmação exigência e do valor; enfim “a existencial condição humana volve-se (...) na condição axiológico-normativa do próprio homem. Que tanto é ainda dizer que o valor e o dever-ser não estão desvinculados

50 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Cit., p. 845.

51 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Cit., p. 846.

52 Para comunidade no advento (grego) entre a política e a filosofia, e o (como o) distanciamento da circunstância, cf. PATOCKA, Jan. *Platon et l'Europe – Seminaire privé du semestre d'été 1973*. Trad. Erika Abrams. Lagrasse: Verdier, 1997, pp. 9-21.

53 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Cit., pp. 847-8.

do ser (...) mas antes como tarefa de ser pela mediação do ser do homem”.<sup>54</sup>

Na sua responsabilidade existencial (que como visto até aqui é mundanal, axiológico-normativa e histórica), o homem há de decidir-se (tornar-se o que ele é, acabar-se, fazer-se) com os outros, sendo o direito um modo (possível) de encontrar-se o homem na dialéctica entre indivíduo e comunidade, que A. Castanheira Neves descreve aos níveis ontológico e sociológico e que desde logo coloca o problema da integração e da institucionalização.

A verificação da condição mundanal e da condição antropológica, culminando na descrição de “uma intersubjectividade institucionalizada – uma ordem”, não conduz porém à necessidade do direito, exactamente porque o direito não se encontra em qualquer ordem: não é qualquer institucionalização tampouco uma forma do direito. A ordem é um modo necessário do ser do homem (o homem, como ser de linguagem coexistente com os outros no mundo, do qual tem um sentido de totalidade para além da situação em que sempre está, a partir do que pode criticar a situação em procura do fundamento do agir que assim se torna objecto de uma exigência – esse homem necessariamente vive em e instaura uma ordem). O homem não é senão sob-em-com uma ordem, que institui (é) ela mesma o mundo, natureza-cultura por qual o homem consoma a si embora seu inacabamento. Pela ordem, como cultura, o homem é (torna-se), consumando-se a partir do poder-ser em que sempre se encontra. Se o homem é poder-ser, na sua radical indeterminação ontológica, também ao mesmo tempo sempre tem-de-ser, no sentido de não lhe ser lícito deixar de decidir-se enquanto projecto – é condenado a exercer sua liberdade, enquanto dura. E portanto o homem sempre realiza uma ordem, pois não pode deixar de ser de algum modo. A dialéctica entre o homem e a comunidade, sobre a qual A. Castanheira Neves discorre e que é uma peça fundamental de sua argumentação, encontra uma possível releitura fenomenológica enquanto o co-pertencimento entre homem e ordem: o homem não é senão na ordem, e na medida em que é, torna-se o que é pela ordem em que se encontra; ao mesmo passo, porém, a ordem não é senão no homem, não é senão

---

<sup>54</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Cit., pp. 847-8.

como o homem mesmo se consuma-realiza – não é senão aquilo em que o homem se torna, instaurando-se a dialéctica entre homem e comunidade como o encerrar(-se) o homem (em) uma ordem. No entanto muito embora implique processos de institucionalização por quais o homem se realiza, muito embora encerre o sentido de dever-ser numa unidade (complexa embora) axiológica, nem toda ordem pode-se considerar de direito.

### 4.3. A condição ética da emergência do direito

As condições mundanal e antropológica (que se podem considerar uma mesma, no contexto de minha leitura da dialéctica homem-comunidade como o co-pertencimento entre homem e ordem enquanto um mesmo fenómeno mundo) são assim necessárias mas não suficientes para poder falar-se de direito.

Está o homem no direito quando realiza a condição ética da emergência do direito como direito, quando o homem não é apenas sujeito (sujeito tal como se descobrira antropológicamente como resultado de seu distanciamento do mundo e da situação, distanciamento que é uma objectivação, e objectivação que o revela como sujeito) mas enquanto se funda como pessoa. A pessoa é com o reconhecimento do outro como sujeito-pessoa (também como eu sou) e não como simples objecto. Aqui A. Castanheira Neves acompanha de perto o tema kantiano do homem como fim em si mesmo, portador de um valor intrínseco e indisponível a servir como mero meio a instrumentalizar-se em favor de qualquer objectivo. Sublinha que “o sujeito que assim nos impôs como pressuposto da normatividade não é um qualquer sujeito – é o sujeito pessoal, e como tal, o sujeito ético. E esse afirma-se nas duas notas essenciais” da liberdade e da pessoa.<sup>55</sup> A liberdade, em sentido radical, como o *originarium* que o homem é: “a existência do homem é um *initium*, e início que continua e essencialmente se retoma na existência: cada homem é *novo* (um homem novo) e *novador* (um ser de novidade). (...) Na originalidade de cada homem – outra palavra afinal para a liberdade – vai, aliás, a possibilidade da biografia”.<sup>56 57</sup>

---

55 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 862.

56 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., pp. 862-3.

Já o tornar-se pessoa implica “passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética”<sup>58</sup>; é aquisição ontológica. A dignidade que a pessoa ostenta (e não preço: a pessoa não tem preço) não é categoria ontológica, mas axiológica, e depende de um reconhecer e de um querer. “Há, pois, aqui um salto do ontológico-antropológico para o axiológico – e, possível ele embora à transcensão espiritual do homem, é preciso querer dá-lo”.<sup>59</sup> O dado capital da pessoa não encontra o seu fundamento em qualquer “natureza”, é “uma ideia meta-lógica e metanatural”.<sup>60</sup> A condição ética – assim, o ser pessoa – depende do reconhecimento recíproco, reconhecimento que é “assim um diálogo ético – um diálogo de pessoas. E nele se manifesta, de novo se diga, a transcensão humana, não apenas como racionalidade, mas como espiritualidade (ético-axiológica)”.<sup>61</sup>

O direito, fundado nesse hiato em que o homem há de constituir-se (há de concluir-se), comunga com a ética na autoconstituição do homem como pessoa, e, embora não se confunda com a ética, guarda uma “dimensão ética”.

Ele habita a exigência do fundamento, “expressão de uma *ratio* em que se afirma uma validade – é *argumentum* de validade. E a validade é a manifestação de um sentido normativo (de um valor ou de um princípio) transindividual”.<sup>62</sup> O direito, portanto, “só o temos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a *instituição de uma validade* e não como instrumento social de institucionalização e de organização, regulativo apenas de uma qualquer estratégia de satisfação de interesses ou de necessidades”.<sup>63</sup>

57 Para uma discussão sobre o problema originalidade do homem e seu significado ético, no contexto do romantismo e do idealismo alemão, com implicações para o direito, cf. COELHO, Nuno M. M. S. *Direito como Arte*. Direito e Política no Pensamento Hermenêutico de Schleiermacher. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2003.

58 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 863-4.

59 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 865.

60 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 865.

61 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 866.

62 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito. Cit., p. 868.



Nesse quadro é que melhor se pode situar o problema da autonomia e a impugnação jurisprudencialista do nominalismo que, sob a palavra direito guarda qualquer ordem de coexistência humana, independentemente de figurar o homem ali como mero meio ou como pessoa (com os corolários da sua dignidade: liberdade, igualdade e responsabilidade). O direito é, para o homem, a alternativa humana.

## 5. Direito como acto e as objectivações jurídicas

A recusa jurisprudencialista do direito tão só como um objecto transcendente na relação gnosiológica que divorcia sujeito e objecto (própria de um pensar como lógica que trabalha no plano “decaído” do essencializado/objectivado), permite-lhe apreender o direito como uma tarefa a realizar, chamado sempre à realização de si mesmo, ele nunca pronto: não *factum* mas *fieri*, essencialmente histórico num sentido radical de historicidade. O direito apreendendo-se como o próprio fazer história, e não apenas como algo encontrado (já) na história: não apenas algo que já se fez mas algo que se faz, sempre no presente, a cada caso, a partir do que nos lega o passado (isto é, tendo em vista como chegamos aqui – como viemos “lançados”), e que, especialmente, define-se pelo futuro: “ele é histórico, não porque o seu tempo é o passado, mas porque o seu tempo é o futuro a precipitar-se e a moldar o presente”.<sup>64</sup> Pensar que é acto, o transcender actual do *Ego*: “transcendendo a realidade para perguntar pelo seu fundamento, (...) a objectivação para discutir dela o seu sentido (...) na tensão e distanciação de uma validade interrogada e fundamentante, (...) em acto”.<sup>65</sup>

É claro que o pensamento jurídico não pode prescindir de objectivações de sentido (o ser não pode prescindir de ser um ente: o ser é sempre o ser de um ente), e são exemplos de objectivações entre as quais se move e que o pensamento jurídico constitui e mobiliza: as constituições e as leis, as decisões judiciais e administrativas, os actos da autonomia privada – isto no terreno positivo, em que no entanto as objectivações jurídicas não se esgotam – fora dele estão sentidos outros, que também são direito, históricos também: princípios transpositivos e

---

63 CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Cit., pp. 869-70.

64 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 907.

65 CASTANHEIRA NEVES, A. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito*. Cit., p. 907.

suprapositivos, consciência jurídica<sup>66</sup>, a ideia de direito. O direito é concebido pelo Jurisprudencialismo como um sistema pluridimensional que importa considerar, ante a riqueza da perspectiva com que se nos apresenta: “**O primeiro nível.** A codeterminação **contextual** de uma espécie de **consensus omnium**... no qual a realidade histórico-social, através das suas intenções normativo-culturais («valores, princípios éticos, exigências morais, intenções ético-culturais, concepções sociais sobre o válido e o inválido, etc., que informam o *ethos* de uma determinada comunidade num certo tempo») se revela a informar a normatividade jurídica e a ser (ainda que não *unilateralmente*) assimilada por esta. **O segundo nível.** A determinação do sentido do direito pelos **princípios fundamentais** e esta como a experiência histórica de uma aquisição «humana autenticamente *reveladora*» que, em cada ciclo, se justifica e assume como «universal». (...) **O terceiro nível.** O «princípio normativo» do direito enquanto normatividade radicalmente fundamentante. A **pessoa** e a sua **dialéctica** (...)”.<sup>67</sup>

Inclusivamente, vê-se, as objectivações, os sentidos do direito (e portanto as objectivações jurídicas) não se esgotam no direito positivo, mas constituem-se em outros estratos da cultura: “O exemplo do compromisso prático dos «bons costumes», «originariamente» vinculado a um acervo de padrões *pré-jurídicos* (à experiência de uma «**tipicidade** social eticamente aprovada») e não obstante contínua e constitutivamente submetido a uma assimilação-transformação *jurídica* — uma assimilação que lhe confere uma inteligibilidade inconfundível e um sentido normativamente autónomo e que é por assim dizer protagonizada pelas diversas *comunidades de juristas* (e pelas inter-relações que estas assumem mas então também pelo **mundo prático** que se descobre como contexto-correlato funcional destas inter-relações). Numa espécie de *continuum* sem soluções que assimila e «confunde» (resta saber até que ponto... e com que possibilidades transformadoras) as experiências distintas de uma pressuposição-condicionamento material e de uma autotranscendência fundamentante. (...) Alguns exemplos de exigências e de compromissos práticos (traduzíveis em princípios ou especificações de princípios) que descobrimos comprometidos com este nível (não

<sup>66</sup> Para a relação entre consciência jurídica e sistema jurídico, cf. CASTANHEIRA NEVES, A. *A Revolução e o Direito*. In – Digesta I. Cit., pp. 208 e ss.

<sup>67</sup> AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo*. Cit., pp. 4-6 (grifos no original).

*imediatamente* jurídico) de assimilação do «costume ético-social» mas também com a teia de poderes e de resistências que o seu *ethos* mobiliza ou está autorizado a mobilizar (numa convocação possível de uma concepção ou mundividência ideológica dominante, quando não de uma intenção político-ideológica condutora): a assimilação normativa do sistema político ou das exigências que este introduz; a disciplina normativa do direito de propriedade (o problema da função *social* da propriedade e do seu sentido e limites) e (ou) a possibilidade de autonomização dos chamados «direitos e deveres económicos»; a representação das «diferenças» ou da exigência de as superar no universo normativo da família”.<sup>68</sup>

O problema da validade se estrutura para além de um problema de legitimidade do direito (esta última concebida como a contingência político-estatal que só atinge uma parcela das objectivações por quais o direito se dá). Mas mesmo o último sentido do direito – a ideia do direito, fundado no modo de ser pessoa do homem que vive ao modo do direito – é objectivação, e portanto não é a última instância da juridicidade. Se o fosse, o direito se resumiria a um conjunto de objectivações, de dados, oferecidos pelo passado: mas além disto, ou melhor dizendo, com e por estas objectivações, o direito é o constituir. E é o seu como-pergunta (direito como problema) que unifica o pensamento jurídico, que o faz mobilizar as objectividades que construiu e de que dispõe (e que faz com que as abandone ou as reforce: o ser das objectividades jurídicas está em jogo a cada momento, a cada dizer do direito). Daí a importância e o papel do juiz para o Jurisprudencialismo,<sup>69</sup> e o quanto reveladora se mostra a abordagem microscópica do direito assumida pelo Jurisprudencialismo, que parte sempre do caso concreto: o dizer, o sempre presente em que a pergunta se põe, é um sempre agora: nada existe fora deste agora: o ser (o vigor) de todas as objectividades jurídicas (de todas as normas, de todas as convicções jurídicas da comunidade para além do direito estatalmente instituído, da própria ideia de direito) depende do momento histórico presente em que haverão de reassumir-se, ou não. O problema candente da ciência do direito como pensamento

<sup>68</sup> AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo*. Cit., p. 5 (grifos no original).

<sup>69</sup> Cf. CASTANHEIRA NEVES, A. *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. Volume LXXIV, 1998, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1-43: “por isso mesmo é eminente a sua tarefa e nobre o papel que dele se espera. É a sua uma responsabilidade ética de projecção comunitária”.

jurídico se assume portanto como o problema do juízo, por qual o direito se faz, como *logos* (dá-se com específica racionalidade).

É evidente que o direito não prescinde de objectivar-se – nenhum pensar e nenhum ser o poderia – e assim o pensamento jurídico requisitará-ensejará as objectividades as quais se prestarão como marcos/contexto de sua realização futura.

É preciso compreender bem – e disto depende a percepção exacta do sentido de racionalidade do juízo jurídico – o modo como o pensamento jurídico mobiliza as objectividades (a que a doutrina em geral reduz o direito) que encontra, mas as transcende, ao mesmo tempo ultrapassando-as e revitalizando-as (ou não), mas, de qualquer maneira, modificando-as sempre, tal como fica claro no modo como se relacionam as duas categorias de inteligibilidade do Jurisprudencialismo, o caso e o sistema: “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”.<sup>70</sup>

O que bem acentua o Jurisprudencialismo é que o direito jamais se esgota em objectividades já dadas, mas que estas são a cada caso retomadas, em cada caso havendo sempre um elemento irreduzível ao passado, injustificável simplesmente face ao passado (da objectivação já dada) eis que o pensamento é sempre o transcender desta objectividade de que se parte na constituição da situação, nova e irrepetível enquanto tal. O pensamento jurídico não pode, embora trabalhe nos quadrantes de um sistema jurídico em razão do qual se reconhece, e que limita-possibilita, deixar de encontrar no caso concreto o seu ponto de referência obrigatório – é ali, em que o pensamento jurídico actua, que o direito é – é no caso, nas concretas situações em que o homem sempre vive, que o direito se constitui e se consuma em sempre novas objectivações, no transcender em que ele se retoma e se supera, ao mesmo passo em que o homem se torna o que é e constitui o mundo como é.

---

<sup>70</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia Jurídica*. Cit., p. 159.

A fundamentação do direito, última, não poderá encontrar o pensamento jurídico em qualquer sentido “transcendente” (num sentido metafísico tradicional) senão em si mesmo: é o pensamento jurídico ele mesmo, como pensamento problematizador que interroga pela validade no mundo, o fundamento da validade por qual pergunta. É o pensamento jurídico, é o próprio homem como fundamento (sem fundamento) do fundamento: neste sentido é que o Jurisprudencialismo concebe o direito como um problema: o direito não é uma norma, ou um fato, ou um valor<sup>71</sup> “ali”, não é um algo já dado, mas é antes de tudo o acto que pergunta pelo valor e assim constitui aquilo para o que se dirige como algo, como algo dotado de valor.

## **6. A autonomia e a ameaça de funcionalização do direito**

O problema autonomia do direito é o problema do direito mesmo, é o problema da crise do homem-pessoa e assim da afirmação da sua dignidade enquanto fim em si mesmo, e da validade da conduta e do seu fundamento nesse valor intrínseco do homem como homem, portanto do seu reconhecimento (do seu ser pessoa). O problema da autonomia do direito, vislumbrado por A. Castanheira Neves desde há quarenta anos, agudiza-se com a crise do direito como corrosão de sua dimensão ética, pelo esvaziamento do seu sentido humano enquanto instituidor de uma determinada ordem, de uma ordem no modo da pessoa, de uma ordem cujo *como* é o do homem em sua dignidade, por variáveis formas realizável no entanto. O problema da autonomia será o problema da ultrapassagem do direito, e o seu diagnóstico, a partir da consideração dos contornos da crise, denuncia a apropriação do instrumental do discurso jurídico por outras intenções, por outras propostas de ordem cujo *como* já ignora as exigências de liberdade, igualdade e responsabilidade do ser no direito do homem, propostas de ordem em que já não subsiste o homem como fim em si mesmo. Tal diagnóstico captura assim as diferentes funcionalizações do discurso jurídico em curso no presente, dentre as quais se destacam a funcionalização política, com a instrumentalização do direito em favor de uma intenção

---

<sup>71</sup> A minha referência a “fato, valor e norma” não endereça crítica ao tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, que também constrói sua perspectiva (sua “ontognoseologia”) a partir de um ponto de vista fenomenológico. Sua teoria não está em cena aqui; mas não poderá deixar de construir essencial interlocutor em toda tentativa de compreensão do direito fenomenologicamente orientada. Sugiro cf. REALE, Miguel. *Experiência e Cultura*. Para a fundação de uma teoria geral da experiência. Campinas: Bookseller, 2<sup>a</sup> ed. Revista, 2000, 117-153.

meramente regulatória, no contexto da transformação do Estado e da sua eficiência na efectivação de fins politicamente estabelecidos (quaisquer que sejam eles) e a funcionalização económica, com a instrumentalização do direito e “do Estado para o desenvolvimento e a satisfação económico-social”.<sup>72</sup>

O sentido da funcionalização deve ser bem assinalado. Dado o facto radical da sua fundação sobre a ideia de pessoa como fim em si mesma, o direito não pode admitir sua submissão a qualquer outra ordem de fins, eis que isto significaria a submissão do ser do homem a qualquer outro fim que não ele mesmo homem, e assim a negação da ideia de pessoa. Ou seja, a autonomia do direito é da essência do direito tal como o concebe o Jurisprudencialismo, e qualquer atentado contra a autonomia significará ameaça de supressão do direito e a instauração de uma outra ordem, já não no entanto uma ordem de validade, tal como é específica e propriamente a ordem jurídica (a ordem de direito, ou o direito, quando é direita a ordem do mundo). É claro que são particularmente ameaçadoras as circunstâncias da situação presente sumária porém brilhantemente descrita por A. Castanheira Neves nas primeiras páginas do seu pequeno e veemente discurso por último citado (onde se indicam as dimensões sociológica, axiológica, crítico-cultural e funcional da crise do direito), e é pelo menos uma grande dúvida a decisão existencial que o homem há de tomar. O Jurisprudencialismo elucida o jurista sobre o significado do abandono de uma racionalidade axiológica por uma racionalidade finalística (*Wertrationalität* e *Zweckrationalität*, na distinção célebre de Weber) no (actual) contexto em que valores não são senão fins e fins não são senão objectivos (interesses) subjectivos: torna-lhe claro que o direito, tornado instrumento para a realização de quaisquer outras metas, funcionalizado quer política quer economicamente, deixa de ser direito, e deixam os homens portanto de viver *como* pessoas. Ao conjugar essa advertência jurisprudencialista com o seu postulado metafísico-ontológico (o princípio da historicidade radical, com a originária liberdade ontológica do homem na sua autoconstituição mundanal), a preocupação de A. Castanheira Neves não figurará como um discurso derrotista de cunho passadista (como

72 CASTANHEIRA NEVES, A. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito.* Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 38.

se a funcionalização de todos os sectores da vida, tendo até mesmo vencido a filosofia, já iniludivelmente impusesse o crepúsculo do direito) e tampouco como um optimismo certo da vitória (como se confiasse que uma íntima e necessária natureza humana mantê-lo-ia em (ou devolvê-lo-ia a) os limites do direito, salvando o homem-pessoa). No primeiro caso, seria inútil, e no segundo, desnecessária. Mas a advertência sobre a ameaça que pende sobre a autonomia do direito é ao contrário e sobretudo urgente: combinada com o auto-esclarecimento sobre os poderes do homem na constituição de si próprio e do mundo (e do direito como um modo apenas possível, e não necessário, de ser do homem), é capaz de impulsionar o jurista a uma decisão *de direito*, a não se esquecer, em cada decisão concreta, de si enquanto jurista (não se negue, enquanto pensamento jurídico) e de cada homem enquanto pessoa. A decisão do jurista sobre o direito (e na verdade é cada homem um jurista enquanto vive o direito, enquanto titular do pensamento jurídico) é a decisão sobre o homem, e isto está ainda, agora, como sempre, por decidir.

