

**DIREITO E PESSOA: O FUNDAMENTO DO DIREITO EM A.
CASTANHEIRA NEVES**

**LAW AND PERSON: THE FOUNDATIONS OF LAW IN A.
CASTANHEIRA NEVES**

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho¹

Antonio Sá da Silva²

RESUMO

Este artigo estuda a Pessoa como fundamento da experiência jurídica no Jurisprudencialismo de que é expoente o Prof. A. Castanheira Neves, da Universidade de Coimbra.

Palavras-Chave: Direito. Pessoa. Responsabilidade. Filosofia do Direito.

ABSTRACT

This shows that Person grounds Law in the Jurisprudentialist perspective of Prof. A. Castanheira Neves (Coimbra, Portugal).

Keywords: Law. Person. Responsibility. Philosophy of Law.

Em primeiro lugar, que a pessoa, pela simples razão de ser, se vê investida não só em direitos, mas igualmente em responsabilidade – a pessoa é chamada a *respondere* em termos comunitários – pelo que os deveres são para ela tão originários como os direitos.

A. CASTANHEIRA NEVES, *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito*, BFDC – 2002, vol. II

¹Concluiu Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1998), Mestrado (2003) e Doutorado (2006) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, e Livre-Docência em Direito pela Universidade de São Paulo (2009) na área de Teoria e Filosofia do Direito, com Estágios Doutorais junto à Faculdade de Direito de Coimbra e junto à Faculdade de Letras/Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa. Foi Professor e Pró-Reitor de Extensão da Universidade Federal de Ouro Preto. Email: nunommcoelho@yahoo.com

²Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (2000), mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal (2005) e doutor em Ciências Jurídico-Filosóficas na mesma Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Email: antoniosa@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, dedicado ao pensamento de António Castanheira Neves, tentaremos pinçar e discutir algumas de suas idéias em torno do problema da validade do direito, o que, de toda sorte, pensada ao nível daquela responsabilidade e da indisponibilidade da pessoa que lhe são inerentes, é para ele o problema fundamental. O que ao final de tudo levará o jurista-filósofo de Coimbra a nos sugerir a fundação de um pensamento novo.

Nosso Autor, neste ponto, assim como em sua abordagem do direito em geral, parte de uma concepção filosófica-científica não essencialista, fundada em um princípio de historicidade que se deve esclarecer bem. É que o mesmo orienta-se por uma problematicidade constitutiva do direito que encontra as suas condições de emergência na dialética indivíduo-comunidade, ao passo que uma dialética sistema-problema também é reclamada pela projeção do seu pensamento na dimensão metódico-realizacional do direito. E com esta espécie de desenho esquemático do nosso estudo, importa ter em conta desde já que o escopo aqui é simplesmente didático, almejando incentivar o leitor ao contato direto com o pensamento de Castanheira Neves, pela leitura de seus livros e artigos.

Como se trata de uma bibliografia vastíssima³, especialmente no terreno da teoria do direito e da metodologia jurídica, pelos fins didáticos que almejamos os principais textos utilizados aqui são *Pessoa, direito e responsabilidade* e *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito*.

³ Algumas das principais obras do autor são: *Questão-de-facto – questão-de-direito – ou o problema metodológico da juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967; *Digesta*: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vols. 1, 2, estando o 3 agora no prelo; *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; *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; *Metodologia Jurídica*: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993; *O Direito hoje e com Que Sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002; *Teoria do Direito*: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998; *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: s/ed, 1983; *Pessoa, Direito e Responsabilidade*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 6, Fasc. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito*. In *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, vol. II, p. 837-871; Entre o 'Legislador', a 'Sociedade' e o 'Juiz' ou entre 'Sistema', 'Função' e 'Problema': os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, vol. LXXIV.

2. A HISTORICIDADE RADICAL COMO PONTO DE PARTIDA⁴

Para o Jurisprudencialismo, a perspectiva teórica inaugurada por A. Castanheira Neves, o direito não é um objeto pré-constituído, seja como vinha pensado no modelo pré-moderno de legislação que o mesmo soube reconhecer⁵, seja como veio a ser exigido pelo positivismo acrítico que se estabeleceu após o advento das luzes e que encontra no autor português uma das denúncias mais bem fundamentadas no nosso tempo⁶. Deste modo é que para além da clássica oposição *direito natural/direito positivo* – “a alternativa jusnaturalismo/positivismo jurídico não tem de considerar-se hoje uma alternativa absoluta”⁷ –, postula-se um outro absoluto: a autonomia cultural do homem, o absoluto histórico que nega seja aquela ontologia metafísica ou antropológica que antes era convocada, seja aquela pressuposição do direito como resultado normativo de uma *voluntas* orientada simplesmente pelo finalismo de oportunidades e das contingências político-sociais de uma certa época.

É assim que o direito é visto como um problema de validade⁸, 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 antidogmática de sua 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 antidogmático captura o direito como pergunta, que o humano perpetra no seu transcender constitutivo. Neste plano em que o homem é *transcendens*, neste momento anterior a toda objetividade (e a toda subjetividade, no sentido da oposição gnosiológica entre sujeito e objeto, face à qual o transcender do homem é anterior, eis que ele próprio a constituirá),

⁴ Neste tópico, recuperamos parcialmente os argumentos desenvolvidos no artigo “O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito – ensaio de aproximação filosófica do Jurisprudencialismo”, publicado em 2005 na Revista da Faculdade de Direito da UFMG.

⁵ Cf. NEVES, António Castanheira. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, op. cit., p. 493 e segs.

⁶ Cf. NEVES, António Castanheira. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, op. cit., p. 23 e segs.

⁷ Cf. NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica*, op. cit., p. 47.

⁸ Cf. NEVES, António Castanheira. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito*, op. cit., p. 868 e segs.

radica-se o fundamento possibilitador de todo sentido. O fundamento do direito não pode ser um sentido disponível, mas é a pergunta que o homem propõe interrogando a sua existência comunitária⁹, seu próprio ser-com-os-outros, e cuja resposta constitui o princípio fundamental de todo direito, como decisão ético-existencial fundante: a pergunta e a resposta instituidora da opção entre o direito e o não-direito¹⁰. 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.

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”¹¹, 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 daquele pensamento. O ponto de partida a que referimos, 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.

Tudo o que estamos vendo não nos autoriza a dizer que a historicidade radical resulte num relativismo, e tão-pouco é um convite ao ceticismo. Ao dizer que todo o direito é um direito positivo o Jurisprudencialismo afirma que o futuro, sendo o projeto do homem, é a

⁹ Sobre a “condição antropológico-existencial” do direito, ver NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 844 e segs.

¹⁰ Problematizar aqui não significa necessariamente para Castanheira Neves negar o valor de uma ordem de direito, mas colocar em questão as respostas sobre a sua necessidade e assim mesmo procurar o fundamento da sua validade: “por que o direito e não antes o não-direito?”, numa alusão à pergunta de HEIDEGGER sobre o ser (sobre esta questão, ver Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 837 e segs.). Mas é tudo isto para depois reconhecer o direito como uma alternativa humana, como algo mais que uma simples ordem normativa para se afirmar como uma ordem de validade: a validade que garante a indisponibilidade da pessoa humana, que lhe protege contra a arbitrariedade de outras pessoas e até mesmo da própria ordem (neste sentido, ver Pessoa, Direito e Responsabilidade, *op. cit.*, p. 39 e 40, bem como *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 287-310).

¹¹ Cf. NEVES, António Castanheira. *Teoria do Direito*, *op. cit.*, p. 72 e segs.

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 intersubjetivo, mundo em que cada um de nós é (com os outros!). Nada estando decidido, o direito tão-pouco se investe de uma natureza – não esconde uma essência – e nem é necessário. Em outras palavras, o direito se reconhece na medida em que é pensado na dimensão da pessoa e não do sujeito: o sujeito é uma entidade antropológica e a pessoa é uma conquista axiológica¹².

Por esta razão, nosso Autor 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 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 simplesmente não fazê-lo!

Assumindo assim o corolário da historicidade radical do direito, da sua superação enquanto modo de ser do homem, o direito é visto como plataforma civilizacional, projeto 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!¹³ 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”.¹⁴ Não se trata da afirmação de um direito natural – ninguém pode afirmar que a dignidade da pessoa *deve ser*, independentemente da história –, mas sua validade, que se confunde com o sentido do direito enquanto direito, está sempre em jogo, como um modo de ser do homem entre outras possibilidades.

¹² Cf. NEVES, António Castanheira. Pessoa, Direito e Responsabilidade, *op. cit.*, p. 33.

¹³ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 848 e segs.

¹⁴ Cf. NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito*, *op. cit.*, p. 907.

A experiência humana poderia se dar fora do direito já que não é um dado, mas constituindo-se numa tarefa, num esforço presente; ele está sempre colocado em questão, e Castanheira Neves evidencia como o está particularmente agora, em que mais de uma alternativa se apresenta como alternativa *ao* direito, não alternativa *de* direito.¹⁵ Pergunta-se se já não estamos diante da:

(...) superação *inclusive* do próprio direito, como já se vai verificando em algumas passagens que tendem a alargar-se, numa terminal evolução da “*social engineering*”, segundo um modelo científico-tecnológico em que finalmente se substituiu a dominação dos homens pela administração das coisas, numa verdadeira alternativa ao direito enquanto tal?¹⁶

O direito é uma decisão/afirmação fundamental do homem em sua historicidade. 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 objetivações, consubstanciada na idéia de direito, a partir da qual se compreendem todos os demais sentidos do jurídico, porque fundadora da juridicidade (em sua contemporaneidade com a moralidade): a pessoa.¹⁷

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 Castanheira Neves, não se alimenta de uma determinada concepção predeterminada de homem, mas que é ele mesmo, o direito, como pensamento jurídico, o que co-instaura o homem como pessoa, confundindo-se o reconhecimento intersubjetivo 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 insistência jurisprudencialista no problema da autonomia do

¹⁵ Cf. NEVES, António Castanheira. O Direito como alternativa humana. In *Digesta 1, op. cit.*, p. 300 e segs.

¹⁶ Cf. NEVES, António Castanheira. Pessoa, Direito e responsabilidade, *op. cit.*, p. 17-18.

¹⁷ Cf. NEVES, António Castanheira. A revolução e o Direito. In *Digesta 1, op. cit.*, p. 169 e segs.

direito¹⁸: 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 UNIVERSALIDADE PROBLEMÁTICA (O DIREITO) E AS RESPOSTAS CONTINGENTES (OS DIREITOS)

De fato, Castanheira Neves tenta responder à pluralidade de respostas ao direito, e neste ensejo desenvolverá sua argumentação em torno da experiência histórica do direito como uma *possibilidade* humana, cuja concretização dependerá sempre da verificação de certas condições, que explicita.

Não há falar assim do direito como uma necessidade histórica, como algo que acompanha o homem e a sociedade onde quer que se encontrem:

(...) não deve entender-se como se a universalidade do *problema* implique a universalidade do próprio *direito* – ou como se a resposta ao problema postulado não possa ser negativa e tenha de traduzir-se necessariamente na constituição e existência do direito. Iremos, com efeito, compreender que o direito é só uma resposta possível para um problema necessário – e daí as suas alternativas. Isto, porque o direito apenas surgirá, enquanto tal, se se verificarem certas condições e essas condições – ou algumas delas – não são de verificação necessária.¹⁹

O direito não pode ser deduzido da natureza humana, mas antes resulta de um esforço, de uma decisão pela qual o homem decide instaurar a si mesmo e as suas relações sociais de uma determinada forma. Não há uma essência natural ou racional do homem de que se possa concluir pela existência do direito:

Insistamos (...): a “lei moral” não se funda na “teoria do conhecimento”, mas na “teoria da nossa prática”, o bem e o dever “há-de ser qualquer coisa mais do que verdadeiro, haverá de ser querido”. Há, pois, aqui um salto a dar – e é preciso querer dá-lo.²⁰

¹⁸ Para um breve reconhecimento dos contornos dessa discussão sobre a autonomia do direito, cf. especialmente: Entre o ‘Legislador’, a ‘Sociedade’ e o ‘Juiz’ ou entre ‘Sistema’, ‘Função’ e ‘Problema’: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito, *op. cit.*, especialmente p. 32 e segs.

¹⁹ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 839.

²⁰ Cf. NEVES, António Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade, *op. cit.*, p. 35.

Esta decisão, que se explicita com a decisão por ser (e reconhecer o outro também como) pessoa, é uma conquista, e não um dado:

(...) o “dado capital” da pessoa, na sua absoluta implicação ético-axiológica, não encontra o seu fundamento em qualquer “natureza” (e em qualquer “direito natural”, no seu sentido tradicional), que apagaria *inclusive* a compreensão da sua “irredutibilidade irredutível”, mas numa “idéia meta-lógica e meta-natural” – a emergir da “intuição” de uma pessoal identidade fundamental entre ser e dever-ser.²¹

Com que o direito não se verifica senão quando esta condição se cumpre – a decisão por ser pessoa, e reconhecer o outro como pessoa, numa decidida convocação da máxima hegeliana²². Tal condição, no entanto, cuja realização é apenas possível e não necessária, liga-se a outras condições de possibilidade, que cumpre também explicitar.

4. AS CONDIÇÕES DE EMERGÊNCIA DO DIREITO COMO DIREITO

As condições de possibilidade do direito como direito são distribuídas em condições mundanais, condições antropológico-existenciais e condições éticas, cada conjunto esclarecendo uma diferente dimensão da existência humana, em sua relevância para o direito.

A condição antropológico-existencial parte da reflexão do homem “*como homem*”, em especial da sua peculiar indeterminação e abertura ao mundo, “notas essencialmente caracterizadoras do homem e [que] lhe determinam a sua essencial indeterminação ou a sua transfinitude”. É peculiar do humano ter de acabar-se, devendo “construir o seu próprio mundo humano pela *acção* e a *cultura*”, assim como sua abertura como desvinculação “perante o seu mundo circundante, em ruptura daquela continuidade ou assimilação própria da conduta animal com o meio e numa específica transcensão”. Esta abertura e inacabamento, em que “o homem se assume afinal como tarefa de si próprio”, e

²¹ NEVES, António Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade, *op. cit.*, p. 35.

²² NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 863 e segs.

que é “base antropológica para a compreensão geral da existência humana”²³, permite falar em uma segunda natureza do humano, resultado de sua própria experiência histórica.

Ainda como condição antropológica do direito, está o poder do humano de reconhecer a si mesmo em sua autonomia diante do mundo e dos objetos que encontra diante de si, constituindo assim a base para que se possa tornar um ‘sujeito’ diante de um ‘objeto’²⁴. Tal poder de objetivação é o que permite a instituição do homem como sujeito e de algo como objeto, apenas possível na medida em que o humano é capaz de perceber o mundo como mundo, transcendendo-o. Por ser capaz da transcendência neste sentido, é capaz de idéias, que instituem o futuro como a dimensão temporal própria da vida humana.

É imperioso lembrar que esta condição antropológica-existencial do humano, co-possibilitadora do direito, pode-se identificar como condição lingüística, uma vez que:

(...) onde tudo isto se manifesta, objectivando significativamente a realidade e o mundo e idealizando a inteligibilidade de um e outro, é decerto *linguagem*, em termos assim de ser a linguagem o *essentiale* do homem: não só é fundamentalmente pela linguagem que o homem *tem mundo* (e não se vê apenas imerso num ambiente) (...) como é pela índole simbólica da linguagem, que o homem experimenta a sua transcendênciaobjectiva – pois “todo o 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” (GEHLEN). O homem e a linguagem são assim correlativos: não há linguagem sem o homem, mas não há também o homem sem a linguagem.²⁵

O poder de transcendência, que possibilita a objetivação (constituição da relação sujeito-objeto) e a ideação (como uma espécie de superação da experiência), possibilita a racionalidade (que desta forma vai radicalmente compreendida em sua linguisticidade), mas também a espiritualidade, de que só o humano é capaz, na medida em que dá conta não apenas de compreender a realidade, mas de reagir “à realidade (ao mundo e a si próprio), na

²³ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 845.

²⁴ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 846.

²⁵ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 847.

possibilidade de lhe dizer “*não*” (*possibilidade crítica*) [e] de lhe por *exigências* (*possibilidade metafísica*)”²⁶.

Esta é ao mesmo tempo a condição de possibilidade do valor e do sentido de dever-ser. É que no transcender o humano

(...) assume a sua finitude como correlativa à infinitude, a sua relatividade como correlativa ao absoluto – e assim, se finito e relativo, é todavia por ele pensável ou tem para ele sentido e está aberto à infinitude e ao absoluto. E a plenitude de ser que deste modo o homem intenciona – o projecto do seu próprio ser em que se transcende à consumação de si pelo superar-se a si mesmo – a plenitude assumida como um apelo de realização que vem da sua possibilidade de ser, é o que designamos por *valor*. Valor que implica o *dever-ser*, já que em si mesmo e verdadeiramente, disse-o bem SERGIO COTTA, ele significa “dever de ser”.²⁷

Deste modo, a condição antropológico-existencial revela-se como uma condição axiológico-normativa, esclarecendo-se sempre, no entanto, “que a sede de revelação do valor (dos valores) não a temos na ontologia, e sim na história”.²⁸ Nem outra concepção axiológica seria compatível com o princípio de historicidade sobre o qual se funda a abordagem jurisprudencialista:

Pelo que a existencial condição humana volve-se – mais do que isso: culmina – na condição axiológico-normativa do próprio homem. Que tanto é dizer que o valor e o dever-ser não estão desvinculados do ser – embora também os não possamos pensar numa imediata unidade com ele ou como um seu directoinferível, mas antes como tarefa de ser pela mediação do ser do homem. De outro modo: o valor é expressão de sentido da dialéctica do ser que o ser do homem institui.²⁹

²⁶ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 847.

²⁷ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 847.

²⁸ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 848.

²⁹ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 843-4.

Ainda no contexto das condições antropológico-existenciais da emergência do direito como direito, encontra-se a dialética que envolve o homem e a comunidade, a qual, no entanto, será discutida em outro tópico deste capítulo, seguindo-se agora com a discussão sobre a condição mundanal do direito.

Com efeito, a condição mundanal decorre da elementar e ao mesmo tempo “básica e decisiva” circunstância de que “o mundo é *um* e os homens nele são *muitos*”³⁰, de que decorre o problema da convivência e da partilha do mundo, num especial duplo sentido: os homens comungam com os outros homens o mundo e, ao mesmo tempo, “comungam-no uns *através* dos outros” (eis que “não habitamos ou usufruímos o mundo sem a *mediação dos outros*”). A condição mundanal, por esta via, denuncia a intersubjetividade, que possibilita a exigibilidade:

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. É essa verdadeiramente a perspectiva da justiça.³¹

Eis que a condição mundanal culmina assim numa condição social, não uma condição social qualquer pois que co-implica uma condição ética que mais adiante iremos abordar. O que se quer aqui dizer é que apenas se pensar no direito na medida em que “o homem existe coexistindo”: “não há relação social ou sociabilidade sem o mundo. A relação social postula uma mediação pelo mundo”.

A intersubjetividade, nestes termos, permite a característica bilateralidade atributiva do direito, fazendo com que o princípio do direito esteja “simultaneamente nos *direitos* (no ponto de visto do eu) e nos *deveres* (no ponto de vista do outro ou dos outros), pela mediação do comum mundanal da existencial social”.

³⁰ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 841.

³¹ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 843.

A bilateralidade atributiva presta-se a distinguir o direito da moral, uma vez que a ênfase desta última recai exclusivamente sobre os deveres: “o princípio da moral está nos deveres – no “ponto de vista do outro” ou no “rosto” do outro que me interpela (LEVINAS)³², cuja parábola do filho pródigo constitui para Castanheira Neves o exemplo mais oportuno de se convocar³³.

5. A DIALÉTICA HOMEM-COMUNIDADE

A reconstrução dos traços que condicionam antropologicamente a experiência do direito como direito evidencia que “o homem não existe só”, porém num sentido muito especial: “não apenas no sentido de que, vivendo numa pluralidade, não *está* só, mas essencialmente no sentido de que, sendo a sua existência comunitária, ele não *é* só”.³⁴

O “ser-com-os-outros”, entendido como “estrutura essencial da existência humana”, capta-se numa especial configuração dialética entre homem e comunidade. Neste sentido, o jurista português é expresso:

Tudo concorre, pois, na simultaneidade e na dialética constitutiva do *eu* e do *nós*, ou das dimensões constitutivamente irreduzíveis da existência autónoma e da existência comunitária do homem.³⁵

O que isto significa? Simplesmente que o homem não é pensável senão na dimensão da comunidade, descrita a um tempo como sua condição de existência, sua condição vital e sua condição ontológica:

Com efeito, a coexistência e a convivência humanas não se verificam nunca sem o *commune* (e enquanto simultaneamente pressuposição e resultado) que uma certa comunidade (histórica) determina – o que o

³² Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 844.

³³ Cf. NEVES, António Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade, *op. cit.*, p. 43.

³⁴ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 848.

³⁵ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 34.

individualismo radical, seja o moderno, seja o do nosso tempo (...) recusa ou de todo ignora.³⁶

A dimensão comunitária do humano revela-se como “imediata e objectiva” “condição de existência”, implicada que está “com aquela *Lebenswelt* (HUSSERL) em que estamos imersos e é o pressuposto objectivo englobante de nossa existência”, em que “tem sua origem e conteúdo” tudo “que de comum pensamos, sentimos e decidimos na prática quotidiana”³⁷, e que é possível especificar como condição lingüística – no sentido de implicar a “comunidade de comunicação” na medida em que “se no mundo-da-vida globalmente considerado havemos de ver o *a priori da convivência*, na palavra e na linguagem temos o *a priori da comunicação* (...)” – assim como “se revela o próprio *a priori da significação* – o *a priori* ou a pressuposição dos valores, dos sentidos e dos fundamentos argüíveis e comunicáveis”.

O “ser-com-os-outros” esclarece-se ainda como “condição vital” – eis que a coexistência comunitária permite o suprimento das carências incontornavelmente humanas:

(...) já que só a comunidade possibilita quer a complementaridade (seja a complementaridade implicada na diversidade dos sexos, seja a implicada na divisão do trabalho, na especialização funcional etc.), e a colaboração (em todas as formas associativas e de integração solidária), quer os meios técnico-materiais e culturais de que carecemos para logarmos vencer a nossa necessidade e usufruir o exigível padrão da civilização que cada momento histórico postula.³⁸

Esclarece-se, ainda como “condição ontológica”:

É que só no intercâmbio existencial com os outros – no cultivo de projectos e valores que só ele permite, no desenvolvimento de possibilidades pessoais que ele suscite e estimula, no enriquecimento cultural dos outros, na afirmação e robustecimento da personalidade

³⁶ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 849.

³⁷ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 850.

³⁸ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 850.

que só a dialéctica “eu-tu” determina, o ser da possibilidade humana vem à sua plena epifania.³⁹

Mas a comunidade é apenas um dos termos da relação dialéctica constitutiva da pessoa:

É apenas o termo de uma dialéctica que tem no reconhecimento já da autonomia da pessoa, já do “eu pessoal” perante o “eu social”, já da subjectividade transcendentalmente constituinte perante a objectivação histórico-socialmente constituída, o seu outro termo não menos indispensável (em verdade) e irreduzível (em realidade).⁴⁰

Este outro pólo traduz-se, ao “nível ontológico”, “na definitiva revelação do lugar que à *subjectividade* (...) cabe nesse ser da história e da humana realidade”. Já ao “nível sociológico”, revela-se na constatação de que para além daquele “‘eu social’”, persiste o núcleo pessoal da nossa individualidade, e nela reconhecemos o nosso ‘eu pessoal’ funcionalmente irreduzível”. A indisponibilidade da pessoa é para Castanheira Neves um problema capital!⁴¹

Esta dialéctica entre o “eu pessoal” e o “eu social” (de que “o nosso eu real” constitui unidade, mas que “nunca se fecha” na medida em que os pólos mantêm-se em sua irreduzível diferença), oferece um quadro de inteligibilidade para o problema dos conflitos sociais, do pluralismo e da própria justiça, face ao qual a sociologia oferece dois modelos, um de equilíbrio e integração, outro de conflito e alteração – cada um deles a oferecer “uma perspectiva a ter em conta, uma interpretação possível, mas parcial, da realidade social”.

Ambos os modelos para pensar a relação eu pessoal-eu social são “irreais no seu limite: uma sociedade de pura integração e sem conflitos não existe (nem existirá), e uma sociedade em contínuo e sobretudo radical ou irrecuperável conflito é impossível”, já que “as sociedades reais existem sempre no modo (...) que podemos chamar de ‘integrações desintegradas’ e ‘desintegrações integradas’”. A integração impõe-se como um inevitável problema:

³⁹ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 851.

⁴⁰ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 852.

⁴¹ Cf. NEVES, António Castanheira. O papel do jurista no nosso tempo. In *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 40 e segs.

Pois todas elas são comunidades de homens que coexistem uns com os outros como seres de um transcender aberto e que nessa sua aberta coexistência simultaneamente tanto constituem uma sociedade em que convergem e comungam como assumem uma personalidade em que se diferenciam e se dispersam.⁴²

Deste modo, a coexistência comunitária nega tanto o “individualismo anárquico – que só conhece seres isolados, na estreita e exclusiva individualidade” como o “colectivismo massivo – que só conhece, por sua vez, o ser colectivo, na sua absoluta e alienante heteronomia”:

Uma verdadeira coexistência comunitária só se realizará, pois, onde se verifique uma comunidade de convivência entre pessoas, que se reconhecem, não obstante essa comunidade, relativamente autónomas – pessoas que participam nessa comunidade sem se esgotarem nessa participação.⁴³

Em qualquer sociedade real, impõe-se um problema de integração, diante do fato de que

(...) o comunitário se vê permanentemente ameaçado pela *dispersão* e *ruptura*, e não pode, por isso, suspender um contínuo esforço de reorganização. Dispersão e ruptura que no plano existencial é divergência e separação; e ao nível dos interesses de fruição do mundo é contradição e conflito.⁴⁴

Aponta-se assim o problema universal face ao qual o direito comparece como uma resposta possível. O referido problema, “que nunca deixará de pôr-se onde quer que os homens convivam”, impõe sempre uma resposta qualquer – “um esforço cultural de institucionalização – que tanto é dizer, através do esforço cultural da constituição de uma *ordem*”.⁴⁵ A institucionalização é o processo pelo qual se desonera a coexistência de ter de dar conta a cada vez da configuração da relação entre o eu-pessoal e o eu-social, pela definição e estabilização de “estruturas e padrões objectivo-sociais de comportamento comunitário” –

⁴² Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 856.

⁴³ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 857.

⁴⁴ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 857.

⁴⁵ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 858.

com o que consubstancia sempre uma ordem da convivência. Não há coexistência sem institucionalização, a coexistência humana sempre se dá em (e configura) uma determinada ordem.

Neste ponto a reflexão jurisprudencialista se afasta das concepções tradicionais do direito, já que, para Castanheira Neves, não será *jurídica* qualquer ordem, qualquer proposta de institucionalização. À pergunta “será o direito uma intersubjectividade institucionalizada – uma ordem – (...) não surgirá ele sempre que uma tal institucionalização se verifique, e por força das mesmas condições que a esta conduzem?”, oferece resposta negativa, “pois nem todas as ordens sociais são, só por si, ordens de direito”:

Não é assim o direito uma qualquer institucionalização, mas uma institucionalização de uma certa índole, a exigir por essa sua índole específica uma outra condição, para a sua emergência e constituição como direito. É ainda necessária, como condição de possibilidade do direito e como condição mesmo de o podermos pensar com o sentido de direito, uma condição ética.⁴⁶

E aqui chegamos à terceira e última condição de existência do direito. É que para a configuração de uma certa ordem – de uma institucionalizada estabilização da relação sempre problemática entre o homem e a comunidade – como uma ordem de direito, não bastam as referidas condições mundanal e antropológico-existencial (que são necessárias, mas não suficientes). É preciso ainda o adimplemento da condição ética, que oferece a chave para a compreensão da validade do direito no contexto do pensamento de Castanheira Neves:

(...) condição cujo reconhecimento é verdadeiramente especificante do direito como direito, a postular que nas mundanais relações sociais e na ordem e institucionalização, que dêem critério a essas relações pela solução do problema humano da necessária integração comunitária, se reconheça a cada homem a dignidade de sujeito ético, a dignidade de pessoa, e assim simultaneamente com um valor indisponível para o poder e a prepotência dos outros e comunitariamente responsabilizado para com os outros – só assim ele poderá ser, também simultaneamente, titular de direitos (dirigidos aos outros) e de obrigações (exigidas pelos outros) (...) ⁴⁷

⁴⁶ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 861.

⁴⁷ Cf. NEVES, António Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade, *op. cit.*, p. 39.

Para o jurisprudencialismo, “o direito só o temos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a instituição de uma validade e não como mero instrumento social, de institucionalização e de organização”,⁴⁸ de tal sorte que a condição ética de emergência do direito como direito aparece como a condição entre todas decisiva para poder-se falar de uma ordem como uma ordem de direito.

De direito será a ordem em que o sujeito seja reconhecido como pessoa:

Ele só se manifesta quando (e só pode mesmo surgir histórico-culturalmente porque) os homens se reconhecem uns aos outros, não apenas como objectos(...) mas como sujeitos (numa determinação ético-pessoal). É pela qualidade de sujeitos que se institui no mundo humano, já a indisponibilidade axiológica de uns pelos outros e as exigências normativas de uns aos outros – indisponibilidade e exigências estas pelas quais unicamente os homens se reconhecer, respectivamente, como sujeitos de direito e como sujeitos de direitos.⁴⁹

O sujeito que comparece aqui, como “condição transcendental” e “condição de possibilidade” do direito – impondo-se como “pressuposto da normatividade – não é um qualquer sujeito – é o sujeito *pessoal* e, como tal, o *sujeito ético*”.

O sujeito ético distingue-se pela liberdade. Liberdade que é capacidade de inserir o novo no mundo – “a existência do homem é um *initium* (...) cada homem é *novo* (um homem novo) e *novador* (um ser de novidade)” – e que é autoria, como poder de “falar e agir em nome próprio”, assumindo-se “como um eu. Já *perante si próprio* – na *ipseidade* com que se assume para além e diferente da sua consistência corpórea e psíquica (...) Já *perante os outros* – naquela ‘distância originária’ (*Urdistanz*) ou *diferença* entre ‘eu’ e ‘tu’ pela qual cada um descobre a sua *identidade*”.⁵⁰

⁴⁸ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 869-70.

⁴⁹ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 861-2.

⁵⁰ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 862-3.

A liberdade, condição *sinequa non* para a pessoalidade do humano, porém, “ainda não no-la põe perante de nós”, eis que

(...) As condições que referimos determinam o “sujeito” e a sua individualidade humana, não nos impõem a pessoa: para acedermos da individualidade à pessoa temos de passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética – numa outra palavra, a primeira é uma entidade antropológica, a segunda é uma aquisição axiológica.⁵¹

Com Kant, o humano como pessoa, alçado à condição do direito como direito, é divisado em sua dignidade, como absoluto insusceptível de preço (não coisa, mas fim em si) – mas sem admitir, no entanto, que tal dignidade seja um atributo antropológico, logicamente dedutível da natureza racional a que pertence o humano. Diferentemente, para Castanheira Neves, a dignidade, vista como “uma categoria axiológica, não ontológica, não se infere de qualquer caracterizadora especificação humana”, apenas emergindo e afirmando-se “pelo respeito (para o dizermos com Kant) ou pelo reconhecimento (para o dizermos com Hegel)”.

O ser-pessoa é uma conquista histórica apenas possível no horizonte da intersubjetividade:

Os outros não me reconhecem só porque sou, como quer que ontologicamente seja (seja embora sujeito e livre), pois de novo se terá de afirmar que isso não impedirá a esse meu ‘ser’ um domínio que me degrade a mero objecto – só ao reconhecerem-se como pessoa, os outros imputam a esse meu *ser* um *valor*. Que podem não imputar ou que não têm de imputar necessariamente – a escravidão foi e é uma realidade humana.⁵²

O reconhecimento, que intersubjetivamente instaura o humano como pessoa e funda a possibilidade do direito como ordem de validade, há de ser recíproco, na medida em que é “um diálogo ético – um diálogo de pessoas”, pois “só um ser de dignidade pode conferir

⁵¹ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 864.

⁵² Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 864-5.

sentido de dignidade (de dignificação) ao seu acto de reconhecimento e esse ser de dignidade, por seu lado, apenas o é pelo reconhecimento dos outros”.⁵³

Esclarece-se que o direito, muito embora não se confunda com a ética, mantém uma iniludível dimensão ética, implicada no reconhecimento da pessoa como fundadora “do ‘imperativo’ do próprio direito, o imperativo da sua própria constituição com sentido de direito”, de que decorre “uma decisiva implicação normativa”: já imediatamente a “exigência de fundamento para todas as pretensões que na intersubjectividade da coexistência eu dirija aos outros e os outros me dirijam”, entendendo-se o fundamento como “expressão de uma *ratio* em que se afirma uma *validade* – é *argumentum* de validade”, validade que “é a manifestação de um sentido normativo” “que se imponha como uma justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um e que, como tal, vincule simultânea e igualmente os membros da relação”.⁵⁴

A condição ética, cujo adimplemento possibilita a instauração do direito como ordem de validade, é simplesmente possível, como já enfatizado, de que decorre ser o direito apenas uma possibilidade, e não algo inevitável.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como nos esforçamos para demonstrar, o Jurisprudencialismo de Castanheira Neves insiste em que o direito constitui, para nós, a “alternativa humana”, sempre lembrando que esta decisão está a cada vez e sempre confiada a nós mesmos, em nossa histórica prática jurídica. Este nunca poderá ser pensado fora daquela ordem humano-cultural ou daquele indisponível histórico que os valores de uma determinada época institui como valiosos. Isto permite ao nosso Autor apelar para uma espécie de comunidade de princípios normativos que objetivam uma consciência jurídica geral, nuclearmente sustentada naquela consciência axiológico-jurídica que enxerga a fruição dos direitos numa teia de continuidade e de compromissos recíprocos. É a nota distintiva do *homem-pessoa* que supera a indisponibilidade coletiva pré-moderna e ao mesmo tempo a indiferença comunitária do *homo*

⁵³ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 866.

⁵⁴ Cf. NEVES, António Castanheira. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, *op. cit.*, p. 868.

juridicus celebrado no discurso da modernidade. É na dimensão superadora da *societas* moderna e do regresso à comunidade, com as exigências específicas do nosso tempo, que pensamos ter de se compreender o professor de Coimbra.

REFERÊNCIAS

- NEVES, António Castanheira. *Questão-de-facto – questão-de-direito – ou o problema metodológico da juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.
- _____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. *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.
- _____. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- _____. *O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- _____. *Teoria do Direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.
- _____. *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: s/ed, 1983.
- _____. Pessoa, Direito e Responsabilidade. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 6, Fasc. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- _____. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições de emergência do direito como direito. In *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, vol. II, p. 837-871.
- _____. Entre o ‘Legislador’, a ‘Sociedade’ e o ‘Juiz’ ou entre ‘Sistema’, ‘Função’ e ‘Problema’: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, vol. LXXIV.
- _____. O Direito como alternativa humana. In NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. O papel do jurista no nosso tempo. In NEVES, António Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

COELHO, Nuno M. M. S. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito – ensaio de aproximação filosófica do Jurisprudencialismo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 47, 2005, p. 217-247.

Recebido em 11.11.2015

Aprovado em 20.02.2016