

# CASTANHEIRA NEVES E JÜRGEN HABERMAS: OS VALORES E O DISCURSO COMO PROPOSTAS PARA A RECUPERAÇÃO DO SENTIDO DO DIREITO<sup>1</sup>

Luiz Elias Miranda dos Santos<sup>2</sup>

*Yes, there are two paths you can go by, but in  
the long run. There's still time to change the  
road you're on.  
(Led Zeppelin, Stairway to Heaven)*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS



Desde a derrocada definitiva do positivismo jurídico no segundo quartel do século XX, o pensamento jurídico encontra-se carente de um novo paradigma, de um modelo no qual seja possível refundar as bases do direito sob novos pressupostos que até o momento não foram encontrados. Este é um dos maiores desafios do direito na atualidade: repensar a si mesmo tanto em termos filosóficos de essência quanto em relação a uma metodologia que fuja de modelos anteriormente conformados e que se mostraram fracassados.

Apesar da falência do positivismo jurídico desde a constatação das repercussões políticas que o mesmo pode vir a tra-

---

<sup>1</sup> O Estudo que ora se apresenta é fruto, no essencial, das reflexões realizadas durante a disciplina Filosofia do Direito do Mestrado em Direito da Universidade de Coimbra sob a condução do Prof. Doutor José Manuel Aroso Linhares no ano acadêmico 2012/2013.

<sup>2</sup> Advogado, pós-graduado em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba, mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, membro colaborador do Centro Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos (CEBESP), investigador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT/UFPB).

zer seu bojo (desigualdade social ante a associação entre positivismo e um radical liberalismo econômico, formalismo instrumental que pode servir a concepções políticas totalitárias ou simples ditaduras, dentre outros), com os fracassos das várias tentativas restauracionistas de uma autêntica filosofia do direito para além de um sistema de lógica formal e ante a total falta de perspectiva aceita para tal renascimento, reafirma-se uma vez mais o positivismo “agora menos por convicção do que por resignação”<sup>3</sup>, ou seja, na falta de um melhor modelo filosófico-metodológico com ampla aceitação do pensamento jurídico, continua-se a aceitar o positivismo como modelo metodológico e filosófico, sendo possível afirmar que o mesmo é um ‘moribundo’ que muito lentamente aproxima-se do fim da sua vida.

Dentro de uma solução rumo a um novo pensamento (discurso) jurídico como proposta preponderante surge um grande inconveniente, pois já não é possível falar apenas um discurso jurídico, mas de vários discursos jurídicos existentes, muitas vezes conflitantes<sup>4</sup>.

Dentre as opções de recuperação do direito, do seu sentido e de sua autonomia ou até mesmo a rejeição de tais componentes, muitos são os caminhos a seguir, na literatura jurídica muitas vezes é comum a escolha de três opções para esta reabilitação<sup>5</sup>. Muito embora já nos tenhamos debruçado sobre os

---

<sup>3</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *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, p. 41.

<sup>4</sup> Sobre a questão (ou problema) da pluralidade de fontes para a pretensa reconstrução de um discurso ou pensamento jurídico, cf. AROSO LINHARES, José Manuel. *Constelação de Discursos ou Sobreposição de Comunidades Interpretativas? A Caixa Negra do Pensamento Jurídico Contemporâneo*. Porto: Instituto da Conferência, 2007. Também sobre a pluralidade de posições discursivas numa perspectiva diferente (autopoiética) e sobre a colisão sobre elas, cf. TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Audiatur: Le Droit dans la Collision des Discours*. Droit et Societé n. 35, 1997, p. 99-123.

<sup>5</sup> Na literatura alemã, cf. SCHMITT, Carl. *Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1996, dentre nós, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Proble-*

possíveis modelos de um novo paradigma do pensamento jurídico<sup>6</sup>, não é desta forma que procederemos na presente investigação.

O presente estudo volta seu olhar crítico-analítico para duas propostas (dentre as várias possíveis) de reabilitação do direito: a contemplação da prática axiológico-normativamente inserida na jurisdição de uma *comunitas* representada pelo pensamento jurisprudencialista de Castanheira Neves (e seus habituais interlocutores) e também a opção trazida até nós por Jürgen Habermas e sua proposta de um *Lebenswelt* centrado na ética comunicativa, com certeza uma das mais celebradas teorias filosóficas dos últimos tempos.

Em si, qual seria o motivo da escolha dessas duas alternativas como formas da recuperação do pensamento jurídico? Por um lado, Castanheira Neves representa um grande expoente teórico do direito em língua portuguesa, em vários momentos associado (pela sua semelhança) ao pensamento de Ronald Dworkin (1931-2013). O interesse pela alternativa jurisprudencialista deve-se ao foco que esta corrente do pensamento jurídico pôs-se a explorar a dimensão prático-normativa constituinte da jurisdição recusando o paradigma da pré-constituição do direito oferecido pelo positivismo jurídico. Por outro lado, o pensamento Habermasiano constitui a continuação de uma escola que se oferece como uma grande crítica ao positivismo (filosófico) em seu apogeu a princípios do século XX. Referimo-nos à Escola de Frankfurt (*Frankfurter Schule* ou Teoria Crítica) da qual Jürgen Habermas é um dos grandes expoentes de sua segunda geração, embora o contato com o pragmatismo

---

ma – *Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros* vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

<sup>6</sup> MIRANDA DOS SANTOS, Luiz Elias. *O Funcionalismo e o Problema do Conteúdo do Direito*. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado da Paraíba, n. 5 v. 1, 2012, p. 157-172.

e a teoria da linguagem estadunidense tenha efetivado uma ‘viragem liberal’ no pensamento de Habermas que muito influenciou na construção de sua vigorosa obra *Teoria da Ação Comunicativa*.

Mas, qual seria o motivo determinante para a escolha dessas duas linhas para o desenvolvimento da presente investigação? Nada muito complexo, mas ao mesmo tempo decisivo, a forte oposição que estas duas correntes oferecem ao funcionalismo, elegendo esta corrente (ponto que será explicitado mais à frente) como seu principal adversário na recuperação do sentido do direito e na construção de um sistema de direitos para além da razão funcional.

A presente investigação estrutura-se em cinco partes essenciais. Num primeiro momento tentar-se-á realizar o diagnóstico da atual crise que o direito, a filosofia e as ciências sociais como um todo se encontram imersas; a seguir, o objetivo é definir o funcionalismo como adversário das tentativas restauracionistas do conteúdo do direito (entendido como algo além de ferramenta finalística) e definindo sobre qual funcionalismo estamos a falar, ante a grande pluralidade de correntes que assim podem ser denominadas; após isso abordaremos as ideias de Jürgen Habermas e o paradigma discursivo como possibilidade de reconstrução do pensamento jurídico não como uma mera descrição de suas ideias, mas por meio de uma análise crítica de suas colocações; no momento posterior falaremos sobre ideias de Castanheira Neves e sua axiologia normativa; na parte final da investigação buscaremos definir um caminho a ser seguido ao mesmo tempo em que delineamos uma série de considerações finais.

## 2. O DIAGNÓSTICO DE UMA CRISE

Pensar os nossos “tempos modernos” (ou pós-modernos)<sup>7</sup>,

---

<sup>7</sup> Sobre a questão modernidade/pós-modernidade como uma tensão entre ruptura ou

na pretensa idealização de alguns) é sempre refletir envolto em crises e necessidades de reconstruções dos modelos antes existentes.

De todas as crises de que poderíamos falar neste momento, referir-nos-emos a uma em especial, a crise do direito. Contudo, falar da crise do direito é falar também sobre a crise da filosofia, vez que ambas estão imbricadas e possuem diagnósticos semelhantes.

## 2.1. A CRISE DA FILOSOFIA<sup>8</sup>

O perfil contemplativo do filósofo e da filosofia outrora ocupou uma figura central na sociedade e no desenvolvimento das ciências, pois a filosofia que tinha um papel de saber primeiro encontra-se hoje relegada (senão rejeitada) ao papel de um saber residual e sem utilidade, tanto que o senso comum atribui atitudes dispersas e sem aplicação na realidade prática como “filosóficas”, isto demonstra que a “verdade incerta da especulação filosófica haveria de ceder perante as verdades exatas e controláveis da ciência”<sup>9</sup>, demonstrando a filosofia como consumada e superada, este raciocínio é o que tentare-

---

continuidade da modernidade sob um projeto que não se sabe constituir como outra modernidade ou como projeto antimoderno, cf. AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova como Exercício de Passagem nos Limites da Juridicidade (Imagens e Reflexos Pré-Metodológicos deste Percuro)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 221 e ss. LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 2ª ed, Lisboa: Gradiva, 1989. Numa posição que, apesar de reconhecer uma alteração no “estado de coisas” não defende a transição da modernidade para um período pós-moderno, cf. LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico-DF: Herder, 2006, p. 905 e ss. Para uma crítica da pós-modernidade e assunção da modernidade como um projeto inacabado, cf. HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>8</sup> A presente descrição é meramente sumária, retornaremos ao problema da técnica no capítulo posterior ao falarmos sobre o funcionalismo.

<sup>9</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 11.

mos desenvolver a seguir.

A filosofia sempre foi compreendida, desde tempos imemoriais como uma contemplação em busca do saber e da verdade numa tentativa de *interpretar o mundo*, naquilo que se poderia denominar pela palavra grega *episteme* (o puro conhecimento). Esta dimensão contemplativa da filosofia poderia ser contraposta à dimensão prática do conhecimento que conhecemos por *technê* (ideia ínsita ao que conhecemos hoje tecnologia).

Por mais que possamos afirmar categoricamente que as ciências surgiram a partir do puro conhecimento contemplativo da *episteme*, progressivamente a *technê* (juntamente com a ideia de criação a qual denominamos *poiesis*) assumiu um papel preponderante nas demais ciências que se autonomizaram da filosofia, levando-a [a *technê*] de um saber instrumental à posição de um saber em si mesmo.

Em termos bastante sintéticos (uma vez que a crise global da filosofia não é a temática da presente investigação), a técnica assumiu-se como a alma do conhecimento na modernidade e foi sendo vista como a resposta para todas as indagações sociais onde superestruturas de matriz técnica assumiram a preponderância em relação à filosofia, desacreditando esta última e fazendo surgir uma grande questão: em tempos de razão técnica e estruturas de pura eficiência, o saber filosófico ainda é necessário?

Neste contexto, a técnica sobrepuja a filosofia, pois haveria – em nossos tempos pós-modernos – a ideia de que o saber técnico se mostraria verdadeiro ante a sua utilidade e a filosofia não teria este mesmo atributo “porque dificilmente pode ser verdadeiro algo que não serve para nada”<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 8.

## 2.2. A CRISE DO DIREITO

Coligada à crise da filosofia (que em si não deixa de ser uma crise do conceito de razão moderno-iluminista<sup>11</sup>), surge também a crise do próprio direito com uma temática semelhante à crise global da filosofia.

Podemos vislumbrar a crise do direito com certa ironia, pois a autonomia que a ele foi conferida a partir do processo de separação da filosofia prática (constituindo uma ética com fundamentos diferentes da ética geral) e a conversão da *iuris naturalis scientia* em filosofia do direito que, em si, importou na compreensão do direito natural<sup>12</sup> em termos progressivos até o positivismo jurídico consolidado em princípios do século XIX fez com que o direito assumisse o papel de principal regulador social e que, com a crise positivismo é possível afirmar que a cada dia mais e mais ele cede espaço a outros reguladores sociais ou fica reduzido a simples instrumento a serviço de uma pura técnica funcional liberta de qualquer objetivo (*zweckfrei Funktionsbegriff*).

Como síntese do drama que passa o direito na pós-

---

<sup>11</sup> Sobre esta crise da razão, que pode ser definida em poucas palavras como a absolutização da razão humana como conceito lógico-matemático que não admite pluralidade e diferendos, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 20-22.

<sup>12</sup> Da mesma forma que Raffaele de Giorgi (*Scienza del Diritto e Legittimazione – Critica dell'Epistemologia Giuridica Tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensamultimedia, 1998, p. 10), podemos caracterizar o perfil epistêmico-metodológico do direito natural como se o mesmo “não existisse apenas como um subsistema da filosofia prática; um subsistema que apresenta esta particularidade: a estrutura normativa na qual ele exercita sua reflexão não é mutante, não sendo constituída à base de decisões, não podendo nem sequer ser transformada em seguida à decisões ulteriores, aquela estrutura não é posta, mas é continuamente produzida em um processo analítico de dedução no qual se desdobra, se esclarece a verdade normativa dos princípios da ontologia racional que constituem as premissas do sistema”. No mesmo sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 24.

modernidade, podemos situar três eixos onde ele é compreendido e pode ser posto em causa.

*Sociologicamente*, em razão das modificações estruturais de sociedade atual que suscitam uma gama de questões novas que o direito não consegue responder com seus habituais instrumentos, o que demonstra uma inadequação normativa e ineficiência institucional e dá azo a fenômenos de retração e desjuridicização dos espaços sociais, fenômeno conhecido como *non-droit*.

*Axiologicamente*, há uma transmutação interna do próprio direito onde se observa a recusa de valores e assunção do mesmo tão somente como instrumento regulatório, ausentes os valores antes referentes do discurso jurídico, este se transforma em mero *regulador funcional* “de uma sociedade individualista e sem valores, só interessada quer politicamente quer estrategicamente em reivindicantes liberdades, tornadas direitos subjetivos sem deveres”<sup>13</sup>.

Por fim, *crítico-culturalmente* assume-se uma postura niílista onde o direito não seria elemento de uma racionalidade, mas muito pelo contrário, expressão de uma irracionalidade que busca legitimar um sistema político e que seu conteúdo é determinado tão somente pelo jogo de interesses políticos mascarado por uma fórmula mágica que disfarça tais interesses ocultos por meio de uma axiologia ou ilusões como validade objetiva e justiça com fins tão somente de dominação.

Daí que esta crise do direito somada à assunção da racionalidade técnica como o paradigma do pensamento pós-moderno forçaria o mesmo a assumir um perfil funcional-instrumental a serviço de reguladores sociais mais eficientes “seja a política com seu poder, seja a ciência-técnica (a tecnologia social) com a sua otimização estratégica, seja a economia

---

<sup>13</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Actual da Autonomia do Direito*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros* vol. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 44.



(com a libertação do mercado) e a sua motivação racionalizada dos interesses”<sup>14</sup>, ficando claro que a sujeição do direito (e de outros saberes) à técnica (entendida como racionalidade) demonstra o acerto do diagnóstico da colonização do *Lebenswelt* por um sistema artificial de racionalidade tecnológica, passando este mesmo direito de um “auto-subsistente de sentido e de normatividade para passar a ser um *instrumento* – um finalístico instrumento e um meio ao serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem”<sup>15</sup>.

### 3. O FUNCIONALISMO: O ‘INIMIGO’ COMUM

Como já dito anteriormente, o funcionalismo é aqui convocado por consistir no “inimigo” comum das duas propostas de reabilitação do direito, mas, ao falar sobre o funcionalismo surge uma dificuldade, pois não se pode simplesmente falar sobre o funcionalismo que, em virtude da fragmentação deste movimento nos leva a indagar, *qual* funcionalismo?

#### 3.1. O PENSAMENTO FUNCIONAL E SUA PLURALIDADE

O início do pensamento funcional é usualmente atribuído a Emile Durkheim (1858-1917), um dos pais da sociologia moderna ao lado de Max Weber (1864-1920) e posteriormente desenvolvida nos Estados Unidos por Talcott Parsons (1902-1979). Sinteticamente, a perspectiva do funcionalismo “não é o indivíduo, mas a sociedade como fenómeno específico, ‘fenômeno social global’ (...) a pensar não simplesmente como uma associação atomística de indivíduos, mas como uma estrutura, componentes e uma dinâmica próprios (...), trata-se de um

---

<sup>14</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Actual da Autonomia do Direito*. ob. cit. p. 45.

<sup>15</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Actual da Autonomia do Direito*. ob. cit. p. 52.

sistema funcional ou pensado funcionalmente que funcionaliza todos os seus elementos e suas dimensões”<sup>16</sup>.

Dentro de tal perspectiva funcional (e especificamente em termos jurídicos), há uma grande fragmentação deste pensamento do qual vamos elencar alguns e eleger uma perspectiva como alvo de críticas em razão de seu prestígio e aplicabilidade nas ciências sociais (em especial no direito) atuais.

Apesar de muito diversas entre si, as propostas funcionalistas compartilham um traço essencial, uma explícita intencionalidade quanto ao pensamento jurídico: transformá-lo num “instrumento para atender, por exemplo, a finalidades políticas, que mobilizam o direito, transformando-o em um meio para o atingir de certas e específicas finalidades”<sup>17</sup>.

Percebe-se aqui claramente que o funcionalismo intenta instrumentalizar o direito como ferramenta para o cumprimento de um programa condicional visando uma decisão concreta que efetiva determinada ação estratégica.

Dentro da concepção funcional podemos destacar as seguintes correntes, a proposta do racionalismo tecnológico de Hans Albert (1921-) com forte influência das ideias de Karl Popper (1902-1994), a *Economic Analysis of Law* capitaneada por Richard Posner (1939-), a Teoria Crítica do Direito, os *Critical Legal Studies*<sup>18</sup> amplamente influenciados pela desconstrução de Jacques Derrida (1930-2004) e liderados por Roberto Mangabeira Unger (1941-) e outros notáveis filósofos do direito estadunidenses e, por fim, a via sistêmica do funcionalismo da qual Niklas Luhmann (1927-1998) é o nome mais destacado.

---

<sup>16</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*. ob. cit. p. 175.

<sup>17</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua Compreensão Político-Jurídica a partir do Pensamento Moderno-Iluminista*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 123.

<sup>18</sup> Para uma visão inicial do pensamento dos *Critical Scholars*, cf. UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

Não seria possível tratar de todas as concepções funcionais no presente trabalho, portanto elegemos o funcionalismo sistêmico de Luhmann como alvo de nossas análises tanto pela grande influência atualmente nas ciências sociais quanto pelo papel que o direito ocupa em sua vasta teoria social que, não obstante seja delineada de forma magistral em sua obra *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (A Sociedade da Sociedade, 1997), dedicou uma especial atenção ao direito em *Das Recht der Gesellschaft* (O Direito da Sociedade, 1993).

### 3.2. O FUNCIONALISMO SISTÊMICO

A partir dos anos 70 do século passado, o sociólogo alemão Niklas Luhmann começa a construir um ambicioso projeto de uma nova teoria social apoiado nas ideias de função surgidas em Durkheim e melhor desenvolvidas por Talcott Parsons.

Segundo o próprio Luhmann, para refundar as bases teóricas da sociologia moderna sob um ponto de vista sistêmico, existiriam quatro dificuldades essenciais, as ideias arraigadas que: “(1) que a sociedade está constituída por homens concretos e por relações entre seres humanos, (2) a sociedade se estabelece – ou pelo menos se integra – através do consenso dos seres humanos, da concordância de suas opiniões e da complementaridade de seus objetivos, (3) que as sociedades são unidades regionais territorialmente delineadas (...), (4) as sociedades podem ser observadas a partir do exterior como grupos de seres humanos ou como territórios”<sup>19</sup>. A partir destas dificuldades, Luhmann constrói três premissas essenciais para sua teoria social: “(1) A sociedade não consiste de pessoas. Pessoas pertencem ao ambiente da sociedade, (2) A sociedade é um sistema autopoietico que consiste de comunicação e mais nada, (3) A sociedade só pode ser adequadamente entendida como

---

<sup>19</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. ob. cit. p. 11-12.

sociedade mundial”<sup>20</sup>.

O desafio essencial que a teoria dos sistemas tenta encontrar solução está o “problema da redução da complexidade do mundo”<sup>21</sup>.

Como dois pontos principais da teoria dos sistemas de Luhmann poderíamos salientar a rejeição de dois dos pilares clássicos da sociologia: 1) a ideia de que a sociedade é formada por homens e 2) de que a mesma seria uma construção humana (doutrina contratualista).

Seria então, para Luhmann, a sociedade uma “conexão auto-referencialmente fechada de comunicações”<sup>22</sup>, ou seja, o sistema social não seria um conjunto de homens e suas específicas relações, mas sim a inter-relação de núcleos de comunicações e o traço realmente distintivo de sua teoria social é a rejeição do caráter contratual da sociedade rumo a um paradigma autopoietico<sup>23</sup>.

Uma das inovações da teoria da sociedade de Luhmann reside justamente no fato da ideia de autopoiese ser um conceito apropriado da teoria biológica de Humberto Maturana (1928-) e Francisco Varela (1946-2001). Pela etimologia da palavra, a autopoiese sugere a autocriação da vida que, em termos sistemáticos implicaria em afirmar “que o respectivo sistema é construído pelos próprios componentes que ele constrói”<sup>24</sup> ou ainda os “sistemas autopoieticos são aqueles que por

---

<sup>20</sup> BECHMANN, Gotthard. STEHR, Nico. *Niklas Luhmann*. Tempo Social n. 13 v. 2, 2001, p. 192.

<sup>21</sup> DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione – Critica dell’Epistemologia Giuridica Tedesca da Kelsen a Luhmann*. ob. cit. p. 217.

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e Além de Luhmann e Habermas*. São. Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 4

<sup>23</sup> O prenúncio de uma concepção da autopoiesis do sistema social em Luhmann já é anunciada previamente antes da primeira página de *Die Gesellschaft der Gesellschaft* por meio da epígrafe da Ética de Spinoza (axioma II): *Id quod per aliud non potest concipi, per se concipi debet* (Aquilo que não pode ser concebido por meio de outra coisa, deve ser concebido por si mesmo).

<sup>24</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Demo-*

si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos quais estão constituídos”<sup>25</sup>. Contudo, Luhmann afasta-se relativamente das concepções de Maturana e Varela no sentido que o interesse daquele não diz respeito aos sistemas orgânicos e neurofisiológicos, mas sim aqueles sistemas constituintes de sentido (psíquicos e sociais).

Em termos de autopoiese, a distinção entre sistema e ambiente é crucial para compreender a teoria dos sistemas. O ambiente consiste no espaço *macro* que circunda todos os sistemas onde não é possível perceber qualquer comunicação como unidade de reprodução, daí que se pode afirmar a diferença/formação do sistema é justamente o surgimento de um núcleo de comunicação autorreferencial diferenciado do ambiente com uma clausura operacional e abertura cognitiva ao ambiente (dualidade da autopoiese como sistema aberto/fechado).

### 3.3. A CONCEPÇÃO DO DIREITO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Pensando o direito em termos sistêmicos, o mesmo é um subsistema autopoietico diferenciado do ambiente com uma operacionalização binária (o código binário é a alternativa do sistema com objetivo de redução da complexidade) baseado na dualidade *Recht/Unrecht*<sup>26</sup> (critério de decisão da juridicidade)<sup>27</sup> sendo possível afirmar que os “sistemas jurídicos utilizam essa diferença para combinar o fechamento da autoprodução recursiva e a abertura de sua referência ao ambiente. O direito constitui, em outras palavras, um sistema *normativamente fe-*

---

*crático de Direito a partir e Além de Luhmann e Habermas. ob. cit. p. 60.*

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad. ob. cit. p. 44-45.*

<sup>26</sup> A tradução (que a nosso ver) melhor satisfaria a concepção luhmanniana da teoria dos sistemas do código binário do subsistema direito seria valoração positiva pelo direito/valoração negativa pelo direito, tendo um valor menos dúbio do que a tradução lícito/ilícito feita por Marcelo Neves ao se reportar ao código binário do sistema.

<sup>27</sup> Alguns funcionalistas, como é o caso de Marcelo Neves, preferirão que o código-diferença do sistema jurídico seja identificado pela dualidade lícito/ilícito.

chado, mas *cognitivamente aberto*”<sup>28</sup>.

A concepção de sistema não compreende o direito como uma intencionalidade, ou seja, não indaga *o que é o direito*, mas sim *para que serve?* Dentro desta pura perspectiva funcional o direito passa a ser uma ferramenta dentro de um instrumental que possa assegurar a performance de um determinado objetivo dentro de programa de razão finalística.

Não sendo importante saber o que é o direito (pela própria via sistêmica, sabe-se que ele é um subsistema da via maior, que é o sistema social, tendo se diferenciado do ambiente pela autorreprodução contínua de uma espécie de comunicação própria<sup>29</sup>), mas sim a sua função. É possível perceber que o direito na teoria dos sistemas não se notabiliza por cumprir uma intencionalidade ou realizar os valores de uma *comunitas humana*<sup>30</sup>, mas tão somente uma ferramenta de estabilização do sistema social (círculo maior da *Gesellschaft* de Luhmann) para onde os subsistemas (em especial a política e economia) recorreriam para a solução de problemas, ou seja, o papel do direito, com seu código binário *Recht/Unrecht* seria, além de redução

---

<sup>28</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e Além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 81.

<sup>29</sup> Dentro da perspectiva luhmanniana de evolução de sistemas sociais, há que se destacar três figuras essenciais, a variação, seleção e restabilização. A variação é a observância de um padrão inovador de comunicação (a diferenciação do ambiente em si), contudo, a variação não é suficiente para garantir o surgimento de um novo subsistema; após vem a seleção, que consiste na escolha pelo sistema dos padrões desviantes que poderiam se tornar estruturas ideias para um padrão a ser reproduzido; por fim, na restabilização, o padrão desviante é adotado pelo sistema como padrão sendo assegurada a reprodução desta unidade de comunicação de forma duradoura. Sobre os tipos de evolução social segundo a teoria dos sistemas, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e Além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 1-11.

<sup>30</sup> Partindo essencialmente da distinção sociológica proposta por Ferdinand Tönnies (1855-1936) entre *Gemeinschaft* (comunidade) e *Gesellschaft* (sociedade), claramente o paradigma sistêmico de Luhmann assume uma pretensão de sociedade que dá a entender esta última como um processo de evolução da convivência humana já que a comunidade seria um estágio típico de agrupamentos humanos de coletores e caçadores, enquanto que a perspectiva de comunidade seria associada aos agrupamentos humanos urbanos com uma complexa divisão do trabalho.

da complexidade, a estabilização de expectativas do sistema.

Assim sendo, uma vez que o paradigma sistêmico retira o direito do plano da validade (o que importaria a adequação do próprio direito a uma série de valores) rumo ao plano da eficiência (adequação de meios a fins na senda de uma razão instrumental), qualquer objeção de matriz axiológica deixa de fazer parte do plano jurídico.

Sobre o ponto expresso da relação entre moral e direito, as concepções axiológicas são um dado estranho ao direito na sua concepção sistêmica, uma vez que ideia de positividade (em sentido autopoiético, não de simplesmente direito positivo) assume grande relevo na visão funcionalista do direito, ficando bastante claro que para Luhmann os valores que possam existir como discurso na sociedade são irrelevantes para o direito ou constituem o próprio código operacional do sistema, sendo irrelevantes preocupações como justiça (essa entendida como consistência das decisões e adequação procedimental) ou a própria fundamentação (que passa não a ser material, mas simplesmente argumentativo-procedimental).

Uma última nota deve ser acrescentada à concepção do direito na teoria dos sistemas de Luhmann para evitar possíveis equívocos a partir da leitura das linhas passadas.

Referiu-se de uma instrumentalização que emerge do subsistema direito dentro do círculo maior do sistema social. Acontece que conceber uma simples instrumentalização do subsistema direito seria simplesmente igualar a concepção luhmanniana de direito aos funcionalismos materiais tais como os *Critical Legal Studies*, a Engenharia Social de Hans Albert e Karl Popper ou *Economics Analysis of Law*, não se trata disto uma vez que tais concepções são totalmente diferentes.

Os funcionalismos materiais assumem uma aberta intenção de instrumentalizar o direito para cumprir programas condicionais que explicitamente negam a autonomia do direito seja no intuito desconstrutivo de criar uma práxis emancipatória a

partir de um esquema politizado da aplicação do direito vigente, seja com base numa ideia de cálculo racional baseado no binômio custo/oportunidade (*Economics Analysis of Law*), ou qualquer outro programa que possa ser alcançado por meio do direito.

A concepção sistemicamente funcional do direito a partir do pensamento de Niklas Luhmann concebe o mesmo como um regulador social que possui esse papel independentemente de qualquer objetivo previamente definido (a questão anteriormente já acentuada da *zweckfrei Funktionsbegriff*). No entanto, apesar da libertação dos fins previamente definidos (a programação condicional abertamente existente nos funcionalismos materiais) que não é assumida pelo subsistema direito em sua clausura operacional baseado no binômio *Recht/Unrecht*, essa programação finalista pode ser assumida abertamente por esse subsistema em decorrência de sua abertura cognitiva a outros subsistemas existentes dentro do círculo maior do sistema social (em especial a política e economia), fato este que não encontrará obstáculos dentro da concepção sistêmica do direito em decorrência de sua ausência de referência a valores ou de uma intencionalidade a cumprir dentro da preocupação única de redução da complexidade onde se possa garantir simplesmente uma atuação que assegure a devida regulação e operacionalização do sistema em termos próximos aos ideais.

### 3.4. CRÍTICAS HABITUAIS AO PARADIGMA SISTÊMICO

Apesar de ser uma teoria muito bem fundamentada, a autopoiesis social de Luhmann recebeu fortes críticas com o passar dos tempos, neste momento buscamos dar um panorama geral das objeções do paradigma construído pelo sociólogo alemão.

#### 3.4.1. TÉCNICA E RAZÃO INSTRUMENTAL



Já se referiu anteriormente que as raízes do pensamento funcional residem na mudança de atitude do homem clássico que abandona a pura posição contemplativa rumo a uma postura próxima à *vita activa* (termo aqui usado não em seu sentido de ação política como preconizado por Hannah Arendt) onde o homem vem a assumir-se “como (...) *agente* capaz de numa intenção de mobilização criadora que a própria ciência, projetada no *Gestell* da técnica (HEIDEGGER), permitiria – recorde-se o *scientia propter potentiam* de F. BACON e que teve a sua expressão forte (e também ingénua, sabe-se igualmente hoje) na fé iluminista na razão-ciência e no ‘progresso’ que ela parecia prometer”<sup>31</sup>.

Contudo, muitas vezes passa-se despercebido os problemas advindos da razão instrumental e assunção da técnica como categoria central do pensamento das ciências humanas, é o que se tentará abordar neste momento de forma bastante sintética.

Na teoria social de Luhmann a ideia de técnica ocupa o lugar de uma categoria importante, tendo o sociólogo alemão buscado reconstruir uma genealogia<sup>32</sup> do que vem a ser a técnica e defini-la nos tempos de hipercomplexidade. Traçando o itinerário do conceito, vê-se que na Grécia antiga ela era vista como uma “lesão/ofensa à ordem natural”<sup>33</sup> (concepção cosmológica do mundo). A idade moderna marca o abandono da postura de contemplação religiosa e resolução de problemas práticos, em grande parte ocasionado pelo florescimento do renascimento cultural, o crescimento da importância do empirismo tanto nas ciências quanto na política<sup>34</sup> demonstram claramente

---

<sup>31</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Teoria do Direito: Lições Proferidas no Ano Lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Policopiado, 1998, p. 73.

<sup>32</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. *ob. cit.* p. 410 e ss.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. *ob. cit.* p. 411.

<sup>34</sup> A importância do empirismo na política do primeiro absolutismo europeu (fase contratual) conhecido também como *empírico* onde, em especial por meio das obras

o valor que a técnica passará a ocupar a partir de então. A partir da modernidade e da compreensão da técnica como “aplicação do saber natural para fins humanos”<sup>35</sup>, surgem associações, hoje clássicas, entre técnica e ciência (saber tecnológico) ou técnica e dominação (explorada de forma muito interessante pela primeira geração da Escola de Frankfurt), até que se chega a um ponto no qual a técnica assume um papel tão preponderante na sociedade que perde sentido falar de uma contraposição entre técnica e natureza, visto que a primeira por si só basta para explicar por ela mesma o funcionamento do mundo (técnica como segunda natureza).

A partir dessa evolução da técnica e a total dependência da sociedade em relação à mesma, vislumbra-se que ela assume um papel preponderante como uma forma de *simplificador funcional*, ou seja, a complexa e quase infundável subjetividade social é simplificada por meio da técnica, onde tudo pode ser reduzido a “formalizações comportamentais gerais, técnicas de regulação, programações condicionais, técnicas de cálculos”<sup>36</sup>, dentre outros.

Juntamente com a ideia de técnica que é muito presente na concepção sistêmico-funcional, conjuga-se a de racionalidade. Tal categoria encontra um amplo desenvolvimento na obra de Max Weber que a define como a “ampliação das esferas sociais, que ficam submetidos aos critérios da decisão racional”<sup>37</sup>, decisão racional esta que pode ter duas esferas, “a *racionalidade instrumental* dos meios, que o ator supõe subjetivamente o que pode ser comprovado empiricamente, mas também a *racionalidade na eleição* de um fim selecionado com

---

de Nicolau Maquiavel (1469-1527), se desenvolve doutrinas da ‘arte de governar’ que podem ser interpretadas como descrições técnicas da manutenção do poder.

<sup>35</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. ob. cit. p. 411.

<sup>36</sup> LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. ob. cit. p. 414.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 45.

respeito a valores”<sup>38</sup>. Em si, mostra-se como possível associar esta esfera de decisão racional e fins programáticos (técnicos) para a construção de uma razão instrumental e, a “ação racional dirigida a fins é, segundo sua própria estrutura, exercício de controles”<sup>39</sup>, pois segundo este modelo de racionalidade já não existe o consenso, mas apenas estratégias para utilização de tecnologias para dominação completa da natureza ou da sociedade.

Desta forma, em termos políticos, o paradigma sistêmico proporciona a transformação da dominação de termos opressores para termos racionais (e argumentativamente mais ‘dóceis’ que os termos da dominação política) com recurso à técnica amparada pela razão instrumental onde a sociedade passa a ser um dado a ser controlado, a desontologização do sujeito encontra-se presente, pois em termos funcionais, a subjetivação é um dado vazio, visto a necessidade do sujeito apenas como uma “engrenagem” do grande sistema societário.

### 3.4.2. LEGITIMAÇÃO E PROCESSO: A PRÁXIS JURÍDICA E A COMPATIBILIDADE COM O ESTADO DE DIREITO

Retomando à temática jurídica dentro da teoria dos sistemas (o funcionalismo jurídico), após tentar desenhar um perfil da concepção do direito sob uma perspectiva sistêmica, devemos tecer mais algumas críticas a tal paradigma especificamente dentro do pensamento jurídico.

Em primeiro lugar deve-se ressaltar sobre os perigos de um discurso jurídico que não tenha em seu horizonte categorias éticas, pois se ele não é guiado dentro de parâmetros de validade, mas antes de desempenho e funcionalidade, as categorias ético-morais deixam de ter significado ante a impossibilidade

---

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010, p. 213.

<sup>39</sup> HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia*. *ob. cit.* p. 46.

de redução da complexidade para um padrão binário *valoração positiva pelo direito/valoração negativa pelo direito*. Ante a clara função instrumental do direito com sua clausura operacional e abertura cognitiva, em razão da inexistência de uma validade ou intencionalidade a ser cumprida pelo direito, a planificação técnica proporcionada pelos desígnios de uma razão instrumental abre a possibilidade de uma *colonização* do subsistema jurídico por outras realidades autopoiéticas do sistema social, em especial o direito e a economia, pois a inexistência do plano da validade no direito (como o funcionalismo jurídico põe em evidência a positividade, ganha mais uma vez relevo a figura da *vigência* como substitutiva da categoria *validade*) proporciona que a abertura cognitiva do sistema jurídico funcione com quaisquer dados que possam ser reduzidos ao seu critério binário de juridicidade.

Por fim, o funcionalismo jurídico preconizado por Luhmann enaltece o relevo que o procedimento em razão da compreensão do direito em termos de “decidibilidade e alterabilidade do sistema jurídico”<sup>40</sup>. Como problemas éticos e morais não fazem parte desta concepção de pensamento jurídico, o problema da fundamentação em termos materiais não se coloca de forma tão fulcral como em outras compreensões do direito em face da decisão ocupar papel relevante como modo de constituição do direito, a fundamentação é substituída pela necessidade de argumentação procedimental buscando, assim, uma *legitimação pelo procedimento*.

Em síntese, a proposta de Luhmann seria – em termos jurídico-processuais – uma rejeição da fundamentação normativa como critério de legitimidade das decisões judiciais (ou ainda da legitimação radicada na consensualidade), consistindo numa eliminação de “todas as dimensões normativas do circuito discursivo com o (caricatural) objetivo de reduzir à descrição de

---

<sup>40</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a partir e Além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 79.

um fenomênico mecanismo sociológico a problematização de uma relevantíssima dificuldade prática”<sup>41</sup>, ou seja, a perspectiva funcional de Luhmann impõe um dever de fundamentação com adequação procedimental para a aceitação de uma decisão judicial como legítima ante a ausência de um direito constituído como ordem justa.

#### 4. HABERMAS E O PARADIGMA DISCURSIVO COMO ALTERNATIVA PARA A RECUPERAÇÃO DO DIREITO

##### 4.1. COMPREENSÕES PRÉVIAS SOBRE A TEORIA DO DISCURSO DE HABERMAS

Habermas é um dos mais celebrados teóricos das humanidades na segunda metade do século XX e começa a despontar como uma segunda geração da Escola de Frankfurt a partir dos anos sessenta com destaque para estudos como *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* [Modificação Estrutural da Esfera Pública: uma Investigação sobre uma Categoria da Sociedade Burguesa] (1962) e *Erkenntnis und Interesse* [Conhecimento e Interesse] (1968), mas seu pensamento modifica-se bastante após o contato com pragmática americana a partir do final dos anos 1960 na sua busca de renovar as ciências sociais, em especial a filosofia, ante a impossibilidade de esta última ser compreendida na atualidade “no sentido de um saber totalizador”<sup>42</sup>.

Antes de partir para o âmbito das ideias propriamente jurídicas de Habermas, algumas considerações sobre suas ideias mais notáveis precisam ser realizadas.

---

<sup>41</sup> PINTO BRONZE, Fernando José Couto. *A Metodonomologia Entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 315.

<sup>42</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. ob. cit.* p. 23.

Ressalte-se que até o início do trabalho<sup>43</sup> intelectual de Habermas, as grandes teorias sociais de então eram baseadas no conceito de ação social como descrito por Max Weber, que tentou construir uma teoria da sociedade baseada na “atividade teleológica de um sujeito de ação solitário”<sup>44</sup>, podendo tal ação ser “1) *racional em ordem a fins*, determinada por expectativas do comportamento de objetos do mundo exterior (...) como condições ou meios para fins (...) ponderados como resultado; 2) *racional quanto a valores*, determinada pela crença consciente no valor (...) de uma determinada conduta (...) independentemente do resultado; 3) *afetiva*, (...) determinada por afetos e estados sentimentais atuais; 4) *tradicional*, determinada como um hábito vital”<sup>45-46</sup>. Habermas parte de um pressuposto diferente do de Weber e outras teorias sociais que é um pressuposto da comunicação (assim como Luhmann, contudo de forma mais próxima às ideias de Karl Otto Apel) na construção de uma racionalidade/ética/ação comunicativa, esta entendida como um “*meio linguístico* em que se reflitam como tais as relações do ator com o mundo”<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Trabalho aqui referido no sentido que Hannah Arendt como o “artificialismo da existência humana”, ou seja, toda criação decorrente da ação humana não biológica. Sobre o conceito de trabalho para a filósofa alemã, cf. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Lisboa: Relógio d'Água, 2001, p. 19-20, 107-117.

<sup>44</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. ob. cit. p. 324.

<sup>45</sup> WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922, p. 26-27. WEBER, Max. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 46

<sup>46</sup> Dentro dos tipos de ação social referidas pela teoria de Max Weber, o que nos interessa aqui são as duas primeiras modalidades, visto que a ação com fundamentação no item n. 1 é identificada como ação (ou razão) instrumental e a n. 2 é a modalidade de ação que fundamenta comportamentos éticos, mas a ação comunicativa de Habermas não pode ser enquadrada especificamente como uma ação racional com respeito a valores, pois o objetivo essencial da ação comunicativa não é cumprir uma validade axiológica como se espera numa ação social que possa ser caracterizada como uma *Wertrationalität*, mas a proposta de Habermas é de comportamentos sociais não baseados no conceito de ação, mas sim de comunicação voltada ao entendimento.

<sup>47</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. ob. cit. p. 129.

Como primeiro conceito essencial, surge a evolução social. Luhmann parte do pressuposto dos núcleos de comunicações autorreferenciais – daí o porque da muitas vezes paradoxal construção de uma sociedade sem homens – e da diferenciação sistema/ambiente como pressuposto da evolução social. Mesmo que “nos quadros da teoria da ação comunicativa (...) não se desconhece o significado do aumento da complexidade sistêmica como aspecto relevante do processo evolutivo da sociedade”<sup>48</sup>, Habermas não rejeita o papel do homem como sujeito da comunicação e compreende a evolução social sob uma dupla perspectiva, a ontogênica (com ênfase no sujeito)<sup>49</sup> e a filogênica (com ênfase na sociedade)<sup>50</sup>.

A seguir, surge uma distinção que no pensamento habermasiano ocupa uma posição tão importante quanto o contraste entre sistema/ambiente na teoria dos sistemas que é a diferença entre sistema/mundo da vida.

O conceito de mundo da vida (*Lebenswelt*) reflete a influência culturalista-fenomenológica de Edmund Husserl (1859-1938), Émile Durkheim ou ainda de George Herbert Mead (1863-1931) no pensamento de Habermas, mas este rejeita todos estes conceitos para definir mundo da vida como um

---

<sup>48</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 25

<sup>49</sup> A ideia desenvolvimento ontogênico consiste numa reconstrução e reinterpretção das fases de desenvolvimento cognitivo propostas por Jean Piaget (1896-1980) e Lawrence Kohlberg (1927-1987) da ação comunicativa, sobre tais conceitos, seus desenvolvimentos e reinterpretção, cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. ob. cit. p. 98 e ss. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 26-40.

<sup>50</sup> Habermas propõe um modelo de evolução filogenética a partir dos conceitos cognitivos de Piaget e Kohlberg diferenciando as sociedades arcaicas das modernas por meio da possibilidade de distinguir entre mundo objetivo, social e subjetivo e traça uma característica distintiva essencial das sociedades modernas, o surgimento de uma moral pós-convencional universalista. Para o melhor desenvolvimento de tais conceitos, cf. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 41-44.

espaço da comunicação, da reprodução simbólica da linguagem ou como o “contexto, criador de horizontes, dos processos de entendimentos”<sup>51</sup>, ou seja, o mundo da vida será o espaço comunicacional onde os agentes sociais interagirão na tentativa de formação do consenso partindo da situação ideal (em si uma consequência da evolução ontogenética) de que as “assertivas ou prescrições (...) poderiam ser aceitas por qualquer um que se encontrasse idealmente na (...) situação de participantes do discurso”<sup>52</sup>.

Dentro da teoria de Habermas, tem-se a impressão de que sistema e mundo da vida são realidades isoladas, tais como os três mundos (ou universos) de Popper<sup>53</sup> ou a rígida diferenciação sistema/ambiente do funcionalismo sistêmico de Luhmann. Ressalte-se que apesar da sociedade moderna notabilizar-se pela diferenciação dessas duas esferas de racionalidade, Habermas propõe uma compreensão da sociedade “simultaneamente como sistema e mundo da vida”<sup>54</sup>. Sobre a dualidade entre mundo da vida e sistema, pode-se retratar esta duplicidade conceitual afirmando que “o primeiro possibilita uma abordagem autonomamente interior e potencialmente compreensiva, reconstruída no horizonte do desenvolvimento de um sujeito integral de participação – sociedade como mundo-da-vida – referente de um entretecer consensual de interações significativas; o segundo recupera a totalidade perdida, submetendo-se agora à conformação objetivante de um sujeito epistemológico livre e exterior – sociedade como teia orgânico-funcional de um sistema de consequências-objeto”<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. ob. cit. p. 616.

<sup>52</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 77.

<sup>53</sup> Em uma conferência proferida em 1967, Karl Popper propões a existência de três mundos: o mundo dos objetos físicos, o mundo dos estados de consciência e o mundo dos conteúdos objetivos de pensamento.

<sup>54</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. ob. cit. p. 597.

<sup>55</sup> AROSO LINHARES, José Manuel. *Habermas e a Universalidade do Direito – a Reconstrução de um Modelo Estrutural*. Separata dos Estudos em homenagem ao



Da mesma forma como o mundo da vida é o ambiente ideal comunicativo de reprodução simbólica voltada ao entendimento (orientação intersubjetiva) e formação do consenso entre os agentes sócio-comunicativos; o sistema (*System*), como categoria fundamental da teoria da ação comunicativa, pode ser definido inicialmente como “esfera auto-regulada de intermediação do agir racional-com-respeito-a-fins”<sup>56</sup>, ou seja, da mesma forma como o mundo da vida é o espaço da reprodução da linguagem, o sistema pode ser compreendido como aquele no qual se empreende a consecução de fins determinados com recurso à ação instrumental e estratégica<sup>57</sup>, ou ainda como o espaço de relações não comunicativas regidas pela razão instrumental-estratégica.

O grande problema apontado por Habermas (assumido pelo mesmo como o grande diagnóstico de uma crise da sociedade moderna) é a questão da colonização do mundo da vida pelo sistema.

O mundo da vida possui uma tríade de componentes estruturais: *cultura*, “acervo de saber no qual os participantes na comunicação se abastecem de interpretações para entenderem-se sobre algo no mundo”<sup>58</sup>; *sociedade*, “ordenações legítimas, através das quais os participantes na interação regulam sua pertinência a grupos sociais, e com isso, assegurando a solidarie-

---

Professor Doutor Eduardo Correia (número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Coimbra, 1989, p. 84.

<sup>56</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 76.

<sup>57</sup> Devemos ressaltar a diferença essencial entre a ação instrumental e a estratégica. Enquanto a ação instrumental volta-se para a consecução de determinados objetivos direcionados para satisfação de necessidades humanas, o agir estratégico faz uso da razão instrumental (adequação entre meios e fins) às relações interpessoais no sentido de influenciar o receptor (adversário) no sentido de satisfazer os interesses do emissor influenciando ou determinando a vontade do receptor, que nesta dimensão estratégica não é visto como pessoa, mas sim em seu caráter meramente instrumental para a consecução de objetivos.

<sup>58</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. ob. cit. p. 619.

dade”<sup>59</sup> e *personalidade*, “as competências que tornam um sujeito capaz e linguagem e ação, isto é, que o capacitam para tomar parte nos processos de entendimento e para afirmar neles a sua própria identidade”<sup>60</sup>, sendo que o relacionamento entre estas três dimensões estruturais implica na racionalização do mundo da vida e que a “ação comunicativa (...) orienta-se para o entendimento (que conduz ao acordo ou leva ao consenso) nessas três dimensões”<sup>61</sup>.

O problema acontece quando os elementos do sistema (sistemas autorregulados regidos pela razão instrumental-estratégica) invadem as esferas do mundo da vida, esta colonização é empreendida especialmente pela política (como busca por poder, uma vez que segundo a compreensão de Habermas, as modalidades “democráticas de formação discursiva da vontade (...) não constituem sistemas, mas sim níveis reflexivos (...) do mundo da vida”<sup>62</sup>) e economia<sup>63</sup> propiciam a perturbação da reprodução simbólica dos níveis estruturais do mundo da vida, causando perturbações (ou patologias) que Habermas denomina perda de sentido (no âmbito da cultura), anomia (no âmbito da sociedade) e psicopatologias (no âmbito da personalidade).

Dáí que esta colonização interna (que desvanece a comunicação e interação entre os três componentes estruturais do mundo da vida) promove a destruição do ambiente sócio-comunicativo e construção de um discurso<sup>64</sup> não centrado nu-

---

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. ob. cit.* p. 619.

<sup>60</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa. ob. cit.* p. 619.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas. ob. cit.* p. 72.

<sup>62</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas. ob. cit.* p. 74.

<sup>63</sup> Habermas refere-se à política e economia como elementos que se autonomizaram da componente *sociedade* do mundo da vida, pois rejeitam o agir comunicacional em prol de um esquema de adequação entre meios e fins típicos na racionalidade instrumental-estratégica.

<sup>64</sup> Adotando-se aqui o conceito de discurso como “nível reflexivo que emerge da prática cotidiana e (...) constrói-se recorrendo ao mundo da vida como pano de

ma ética comunicacional entre os agentes sociais, mas no caráter meramente instrumental-estratégico que as relações sociais sejam construídas apenas no intuito de uma *Zweckrationalität* “cimentada e orientada à vantagem, à utilidade ou dano”<sup>65</sup>.

Por fim, pode-se afirmar que a ambição da teoria social de Habermas seria um modelo de superação da crise causada pela colonização interna da *Lebenswelt* pelo *System*, ou seja, uma restauração do paradigma comunicacional com o confinamento do razão instrumental-estratégica ao ambiente do sistema, seu lugar por direito para que a mesma deixe de trazer as consequências de desregramento estrutural ao mundo da vida, proporcionando emancipação social, ou seja, a realização do projeto político da modernidade que foi ilegitimamente apropriado para trazer dominação ao invés de liberdade.

#### 4.2. AS PRETENSÕES HABERMASIANAS NO DIREITO

Apesar da proposta de Habermas ressoar pelas ciências sociais como um todo, o direito foi um campo no qual ele não se aventurou muito, apesar de dedicar um espaço em sua teoria da ação comunicativa para tratar sobre a racionalização do direito na teoria social de Max Weber e de abordar rapidamente o tema em suas *Tanner Lectures* (1986) sobre as relações entre direito e moral. Este panorama modificou-se com a edição de *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992) que deixou para trás a ideia de que a “questão direito (na sua projeção universal) esgota-se em Habermas nos limites impositivos do círculo *Lebenswelt/(Welte)/System*”<sup>66</sup>.

---

fundo” (NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas*. ob. cit. p. 76).

<sup>65</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua Compreensão Político-Jurídica a partir do Pensamento Moderno-Iluminista*. ob. cit. p. 124.

<sup>66</sup> AROSO LINHARES, José Manuel. *Habermas e a Universalidade do Direito – a Reconstrução de um Modelo Estrutural*. ob. cit. p. 97.

Num primeiro momento, surge uma questão de grande relevância, o direito notabilizou-se por constituir um desdobramento da razão prática de caráter normativo, ou seja, de determinação das condutas humanas e a razão comunicativa, por sua vez, é pensada por Habermas como uma “trama descentrada de condições transcendentalmente possibilitantes (...), mas não é uma faculdade subjetiva que dite aos atores o que eles *devem fazer*”<sup>67</sup>, então, como compatibilizar a intrínseca normatividade jurídica com as atividades intersubjetivas voltadas ao entendimento e formação do consenso (como proposto por Habermas na teoria da ação comunicativa), se o próprio autor afirma que a “normatividade em sentido de orientação vinculante da ação não coincide por inteiro com a racionalidade da ação voltada ao entendimento”<sup>68</sup>?

Para a construção de posicionamentos jurídicos em termos da teoria do discurso, Habermas parte da concepção do direito como categoria da mediação social<sup>69</sup> entre facticidade (da produção legislativa e imposição do direito) e a validade (garantia estatal da obediência às normas – mesmo que de forma coativa – e a garantia institucional para a produção deste direito em termos legítimos) e, tendo em vista as tensões entre posicionamentos normativistas – “que sempre correm o risco de perder o contato com a realidade social”<sup>70</sup> – e posicionamentos objetivistas (puramente sociológicos) – “que eliminam

---

<sup>67</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 6ª ed, Madrid: Trotta, 2010, p. 66.

<sup>68</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. *ob. cit.* p. 67.

<sup>69</sup> Tal concepção – do direito como mediador entre Estado e sociedade – não é uma inovação específica de Habermas. Para uma aceção de tal mediação fora da teoria do discurso e conectado com aceções do primeiro liberalismo inglês, cf. AGAPITO SERRANO, Rafael de. *Estado Constitucional y Proceso Político*. Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1989.

<sup>70</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. *ob. cit.* p. 68.

todos os aspectos normativos”<sup>71</sup>, propõe-se uma abertura metodológica (evitando os purismos metódico-formais, como é o caso de Kelsen) para uma reconstrução (interna) do sistema de direitos tendo como fio condutor a ética discursiva no intuito de uma reelaboração sistemático-principiológica.

É necessário salientar desde o começo que a perspectiva do direito tomada por Habermas é simplesmente da construção de um direito positivo legítimo, ou seja, a existência das condições comunicativas fundadas no consenso na criação do direito positivo garantiria ao mesmo a tão almejada legitimidade. O substrato desta reconstrução é apontado pelo filósofo alemão como a assunção do *princípio do discurso* e do *princípio democrático*. Contudo, estes dois primeiros apenas são possíveis após a revisão de dois conceitos essenciais na teoria do direito que diz respeito aos direitos subjetivos e à relação entre direito e moral.

Em relação aos direitos subjetivos, relação entre autonomia pública/privada e soberania popular, Habermas aponta a evolução dos direitos do homem que são concebidos como núcleo de inviolabilidade do cidadão (Savigny), reconhecimento dos homens como sujeitos de poder e vontade (Puchta), domínio da vontade (Windscheid), vontade dotada de uma utilidade (Jhering) até a perspectiva de direitos condicionais concedidos pela ordem estatal (Kelsen), aqui sendo possível observar uma progressiva objetivação dos direitos do homem.

Habermas propõe aqui uma revisão da ideia de direitos subjetivos numa perspectiva comunicativa tendo a ótica do reconhecimento, ou seja, que cada ente possa enxergar o outro como “sujeitos de direitos, livres e iguais em seus direitos e deveres, os quais estão reciprocamente referidos uns aos outros”<sup>72</sup>, decorrendo daí uma situação análoga ao princípio kan-

---

<sup>71</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. ob. cit. p. 68.

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. ob. cit. p. 154.

tiano do direito<sup>73</sup> onde haveria uma autocontenção dos arbítrios de cada um pelo arbítrio do outro segundo uma lei geral, ou numa perspectiva transjurídica, de uma ética da alteridade.

Partindo da ideia de autolegislação (onde a sociedade cria as normas que regulará ela própria e não como simples positividade de direitos naturais) e da criação do direito positivo legítimo, Habermas articula a soberania popular como implicação dos direitos do homem para a criação deste direito legítimo para além do esquema legalidade/legitimidade, mas sim como um processo circular de política deliberativa.

O segundo tempo do percurso da reconstrução do sistema de direitos consiste na relação em direito e moral. Habermas denuncia a usual construção – errônea – de hierarquização destes dois sistemas de regulação comportamental.

É certo que direito e moral encontram certa convergência ao tentar “ordenar legitimamente as relações interpessoais e como coordenar entre si as ações através de normas justificadas, como solucionar consensualmente os conflitos de ação tendo como pano de fundo dos princípios normativos e regras intersubjetivamente reconhecidos”<sup>74</sup>. Contudo, deve-se reconhecer que as respostas dadas pela moral e pelo direito têm diferentes especificidades, caracterizando-se numa perspectiva pós-metafísica pela forma de saber cultural (em relação à moral) e a “obrigatoriedade no plano institucional”<sup>75</sup> (em relação ao direito).

Havendo não uma relação de competitividade entre as duas ordens, mas sim complementar, visto que a moral opera num plano de estruturação interna e o direito, com os mesmos

---

<sup>73</sup> Cf. KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2ªed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 43: “uma ação é conforme ao Direito quando permite ou quando sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal”.

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. ob. cit. p. 171.

<sup>75</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. ob. cit. p. 172.

objetivos regulatórios, tem um plano operacional evidentemente externo-institucional onde cada um desses sistemas é capaz de vislumbrar pontos exclusivamente sob sua perspectiva, ou seja, tanto a moral quanto o direito proporcionam questões específicas de cada espécie de racionalidade, fato este que impõe sua relação complementar, mas o direito distingue-se essencialmente da moral em decorrência da possibilidade de coação ínsita a este sistema de ordenamento social, ou seja, a moral como sistema simbólico e o direito simultaneamente como sistema simbólico e de ação.

Tendo em vista os dois pontos prévios da reconstrução do sistema de direitos, volver-nos-emos à estruturação do direito em torno dos princípios do discurso e democrático.

Em suma, não se pode falar deles separadamente uma vez que estão reciprocamente imbricados. Dentro da ideia de princípio do discurso poderemos afirmar como válidas “aquelas normas (...) a quais todos os que possam ver-se afetados por elas possam prestar seu assentimento como participantes em discursos racionais”<sup>76</sup>, ou seja, as normas jurídicas surgem como decorrência do debate racional na esfera pública geradora do consenso, deduzindo-se o princípio democrático a partir da ideia de autolegislação e participação democrática da sociedade na construção das normas jurídicas por meio do princípio do discurso devendo-se reconhecer que “nem o *Spielraum* da autonomia política do sujeito-cidadão se deve conceber limitado por direitos morais ou naturais pré-determinados (...), nem a autonomia privada do sujeito individual pode ser instrumentalizada pela legislação soberana e pelos fins que esta determina”<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. ob. cit. p. 172. Dentro do paradigma comunicacional de Habermas, é possível enxergar o princípio do discurso como decorrência da criação da comunidade comunicativa, uma dos pressupostos de sua teoria social.

<sup>77</sup> AROSO LINHARES, José Manuel. *O Homo Hvumanvs do Direito e o Projecto*

É partir das ideias legadas pelo princípio do discurso e princípio democrático que Habermas, na sua busca constante pela produção de um direito legítimo, assume uma postura procedimental onde tal direito positivo legítimo será gerado por meio de um procedimento racional tendo sempre como pano de fundo além do fundamento moral (instituído como caráter complementar da prática jurídica), o procedimento racional democrático-discursivo para a obtenção de normas jurídicas dotadas de legitimidade material e não meramente formal-procedimental como em Luhmann.

Como uma nótula de encerramento, pode-se afirmar que as pretensões de Habermas quanto ao direito restringem-se à produção de um direito positivo legítimo, esta concepção deve-se ao posicionamento do filósofo alemão que vislumbra o direito como realidade institucional agregadora do sistema social que orbita simultaneamente entre sistema e mundo da vida, mas que amparado no paradigma comunicacional (com base no princípio do discurso e princípio democrático) este direito positivo pode fugir da perspectiva de um instrumento de colonização interna e possa na verdade a resultar como produto de um procedimento racional plasmado no âmbito da discussão na esfera pública pelos agentes sociais, concepção esta que inevitavelmente desembocará na adoção de uma forma republicana deliberativa de governo democrático (política deliberativa).

#### 4.3. OBJEÇÕES ÀS POSIÇÕES DE HABERMAS

Por mais que a concepção habermasiana possa ser bem fundamentada, ela não é imune às críticas. No presente excursão busca exhibir algumas críticas pontuais ao paradigma discursivo proposto para o direito em *Faktizität und Geltung*.

Em primeiro lugar, devemos apontar como problemática



uma afiliação que Habermas (como todo e qualquer kantiano) possui, à universalidade do direito.

Kant via a universalidade do direito pela ótica de seu já referido princípio de direito onde uma lei universal poderia estar apta a regular a autocontenção dos arbítrios de interesses individuais de cada indivíduo.

Hoje podemos afirmar que a ideia de universalidade é uma concepção problemática quando não improvável, ainda mais se admitirmos o trânsito da modernidade para uma pós-modernidade aonde chegariam ao fim as narrativas legitimatórias universalistas<sup>78</sup> e buscar-se-ia novas formas de legitimação do poder e dos saberes.

Habermas, por sua vez, com base em sua proposta de evolução ontogênica e filogênica dos estágios de consciência, vê a possibilidade de um desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade rumo a grau de consciência moral universalista. Então a ideia subjacente à universalidade do direito em Habermas consiste no atingimento de estado avançado de desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade onde o surgimento de uma consciência moral universal possibilitasse a construção do direito legitimamente válido para todos os atores sociais participantes da comunidade fundada na ética comunicacional (criação do direito num plano possibilitado pelo princípio do discurso).

Ante o aumento da complexidade social e dos dilemas que a pós-modernidade oferece ao direito é sempre coerente questionar se o direito é um projeto universal (ou universavizável) no atual contexto ou se assume uma “dimensão cultural civilizacionalmente constituída no esforço de dar possibilidade e sentido, num certo e bem diferenciado sentido, ao encontro humano num determinado espaço cultural-civilizacionalmente demarcado, e que apenas aí tem e pode ser

---

<sup>78</sup> Cf. LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. ob. cit. p. ?

assumido com esse sentido”<sup>79</sup>.

Em primeiro, deve-se ressaltar que nas reflexões de Habermas é constante a falta de delimitação entre a filosofia do direito e a filosofia política, mas este é um ponto de menor importância. O segundo ponto a ser realmente criticado neste paradigma discursivo é a própria premissa inicial da reflexão jurídica do filósofo alemão, pois o mesmo ressalta o direito como categoria intermediária entre a facticidade e a validade, mas a validade (questões ligadas ao conteúdo, o que seria o direito) é relegada ao um segundo plano, pois a primeira categoria (facticidade) ocupa uma posição muito mais central dentro da ideia de produção de um direito positivo legítimo baseado no consenso consistindo num “paradigma ‘fundado sobre o discurso’ ou pela discussão resultante dos processos comunicativos, e que assim garantiria a constituição do direito legítimo e simultaneamente asseguraria a conjugação da autonomia privada como liberdade e a autonomia pública como cidadania”<sup>80</sup>.

Outra questão que se torna problemática na concepção do direito em termos de teoria do discurso é a sua via procedimental amplamente assumida, onde o direito não teria previamente uma validade a ser cumprida, esta validade/legitimidade é extraída justamente do procedimento racional e à obediência a tal procedimento seria um ponto essencial para o surgimento de um direito legítimo.

Não é uma posição extrema aproximar esta visão do procedimentalismo radical (onde as preocupações em relação ao conteúdo não são relevantes, mas sim o mero cumprimento das regras procedimentais fixadas pelo sistema) proposta na visão funcionalista de Niklas Luhmann, deixando claro que o procedimento como pensado por Habermas tem em si preocupações

---

<sup>79</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Problema da Universalidade do Direito – ou o Direito Hoje, na Diferença e no Encontro Humano-Dialogante das Culturas*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta – Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros* vol. 3. ob. cit. p. 102.

<sup>80</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Funcionalismo Jurídico*. ob. cit. p. 206.

materiais que o afastam de um procedimentalismo puro, aquele onde “não há critério independente para o resultado justo”<sup>81</sup>.

Diferentemente da concepção funcionalista (que importa numa *Zweckrationalität*) ou de outras concepções jurídicas (que se afiliam ao pressuposto de uma *Wertrationalität*), a concepção habermasiana do direito encerra em si uma racionalidade procedimental que se “traduziria na racionalidade comunicativo-discursiva, a racionalidade do discurso, e enquanto procuraria ela, sem pressupostos intencionais, consensos autolegitimantes”<sup>82</sup>, o que importa que o direito não possuiria uma validade a ser cumprida, mas antes tal legitimidade construir-seia por meio de um procedimento fundado no princípio do discurso (onde as normas jurídicas seriam criadas por meio do consenso entre todos os afetados por ela) e no princípio democrático (existência de oportunidade de participação de todos no processo de formação do consenso).

Numa ótica voltada para realidade, as condições ideais do discurso propostas por Habermas e essenciais para a validação de sua teoria social dificilmente são alcançáveis, seja em sociedades desenvolvidas ou em processo de desenvolvimento. Ao vislumbrar a realidade europeia (que pode ser vista como um dos modelos de maior prosperidade alcançada pelo Estado social) em termos de participação política (essencial para a formação do consenso nos moldes da articulação entre princípio do discurso e democrático) é patente o desencantamento com o mundo da política, a baixa participação nos pleitos eleitorais gera muitas vezes déficits de representatividade (ou fenômenos como a subrepresentação de importantes setores da sociedade)

---

<sup>81</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 129.

<sup>82</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 128.

ou ainda o surgimento de partidos antissistema<sup>83</sup>; em outro cenário não mais animador, as sociedades pouco desenvolvidas também não conseguem assegurar a construção de um direito legítimo em termos de racionalidade discursiva, pois, embora possam possuir grande índices de participação eleitoral, os sistemas políticos nesses Estados adequa-se mais à ideia habermasiana de política no sistema (luta por poder ao invés de formação consensual da vontade estatal); tento tais horizontes, como seria possível afirmar a possibilidade de formação do consenso em termos processuais legítimos como apontado por Habermas?

Podemos afirmar que a proposta de Habermas, no que diz respeito à forte base procedimental que traz em si propõe uma ideia dificilmente alcançável ante as remotas possibilidades de observar na realidade as condições discursivas ideais para a formação do consenso, em especial no que diz respeito ao direito, a obtenção da legitimidade ante a simples construção de um direito positivo fundado em procedimentos democrático-comunicativos para obtenção da legitimidade a nosso ver se afigura como insuficiente ante as evidentes limitações da fidedignidade na *lex positiva* como principal explicitação do fenômeno jurídico.

Outras objeções que ainda podem ser levantadas que, apesar de Habermas negar expressamente isto (visto que o objetivo do mesmo é a criação de uma moral pós-convencional e não como simples valores axiológicos de uma comunidade), a ideia de comunidade comunicativa onde cada sujeito é incondicionalmente livre e capaz de gerar argumentos para a obtenção do consenso, afirmando isso há um claro conteúdo fortemente axiológico pressuposto ao considerar cada participante do discurso racional como possuidores de uma igual “pretensão à

---

<sup>83</sup> No momento em que a presente investigação foi escrita o maior exemplo do crescimento desses partidos que se recusam a integrar o processo político em termos tradicionais é o italiano M5S (Movimenti Cinque Stelle).

liberdade e dignidade”<sup>84</sup>.

Daí que este equívoco ainda mais fica evidenciado ao nos defrontarmos com a ideia de legitimidade/validade do direito como decorrência do processo democraticamente assegurado. A validade é prévia ao direito, um critério para sua criação, não decorrente de seu processo criador, a legitimidade é uma qualidade ínsita do poder político (como já nos ensinava no crepúsculo da República de Weimar Carl Schmitt ao criticar a identificação do positivismo kelseniano entre legalidade e legitimidade) e do próprio direito em sua criação (não apenas na expressão positiva de tal direito) e não posterior à sua criação como propõe Habermas, ou seja, a validade/legitimidade não pode ser um processo estritamente comunicativo, “exigi-se ainda um critério determinante em concreto dessa mesma validade”<sup>85</sup> para além do consenso.

Salienta-se também o problema gerado pela omissão de Habermas em não pensar o direito em sua dimensão prática, ou seja, sua tentativa limita-se à reconstrução de um direito historicamente situado e condicionado e esta reconstrução limita-se às condições de um direito positivo, limitação este que leva a crer que o modelo habermasiano para o direito encontra-se fadado a ficar confinado ao “nível e à intencionalidade de uma hipotética ‘teoria’”<sup>86</sup> ante a negligência das atuais exigências da filosofia e teoria do direito que é pensar o direito como prática ao invés de um “normativismo analógico-dedutivo (...) alienante abstrato”<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 131.

<sup>85</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 133.

<sup>86</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. ob. cit. p. 132.

<sup>87</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Inter-*

Enfim, a proposta construída por Habermas para o direito não pode ser considerada como adequada, seja pela negligência atual da importância da jurisdição como dimensão/exigência essencial e constituinte próprio direito, seja pela fragilidade e ausência de normatividade (característica de qualquer proposta essencialmente jurídica, já que é o caráter normativo é um dos traços mais fortes da racionalidade jurídica) da ideia de consenso<sup>88</sup>, seja pela dimensão relativamente utilitária de consenso comunicativo e deve-se salientar ainda que o “sujeito discursivamente comunicativo não pode ser tão-só o sujeito racional de interesses, terá de ser também o sujeito de uma axiologia e normatividade que deem sentido humanamente vinculante à própria comunicação”<sup>89</sup>.

## 5. CASTANHEIRA NEVES E A *COMUNITAS* DOS VALORES REALIZADORES DO SENTIDO DO DIREITO

A proposta que se segue, que a partir de escritos dos anos 1990 começa a ser denominada de jurisprudencialismo, tem como seu principal representante António Castanheira Neves, cujos delineamentos essenciais começam a surgir a partir da década de 60 (tal como Habermas) com sua tese de doutoramento *Questão de Facto – Questão de Direito: O Problema Metodológico da Juridicidade* (1967) e escritos posteriores, buscando uma resposta essencialmente jurídico-metodológica para a crise que se instala no direito a partir da segunda metade do século XX.

Para melhor compreender a proposta de Castanheira Ne-

---

*pretação Jurídica I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 12.

<sup>88</sup> Para uma mais detalhada crítica às posições pretensamente jurídicas de Habermas, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. *ob. cit.* p. 133-138.

<sup>89</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia – Tópicos para a Possibilidade de uma Reflexiva Reabilitação*. *ob. cit.* p. 138.

ves, faz-se necessário ter a visão do panorama global que o levou a buscar uma diferente concepção do direito que é o *Leitmotiv* daquilo que denominaremos a partir de agora de jurisprudencialismo.

A premissa mais básica desta visão do direito identifica-se com a ideia de falência do modelo positivista. Para Castanheira Neves o parâmetro acrítico do positivismo de subsunção do texto da norma à situação fática (esquema abstrato-concreto) que se identifica com o formalismo não é mais capaz de dar as necessárias respostas aos desafios que os tempos atuais oferecem ao direito, daí que propõe a recuperação da dimensão prática (na mesma linha da reabilitação da filosofia prática tal como realizada por Gadamer e Karl-Otto Apel durante o século XX), do conteúdo axiológico-normativo e de categorias esquecidas pelo direito tal como a responsabilidade<sup>90</sup>.

A perspectiva na qual o filósofo português insere-se é claramente das narrativas comunitaristas – ainda tendo em perspectiva a distinção (ou contraposição) entre *Gesellschaft* e *Gemeinschaft* trazida por Tönnies – onde a sociedade não se mostra como um sistema artificial e o aspecto desta é mais adequada do que os enfoques liberais para a análise dos problemas humanos, daí que o direito teria uma função de ser a ferramenta<sup>91</sup> para a resolução de problemáticas decorrentes da vida em comunidade e forma de externar a validade de uma série de valores axiológico-normativamente contemplados por

---

<sup>90</sup> O resgate da ideia de responsabilidade como contraposto (e uma outra face) dos deveres aproxima Castanheira Neves de filósofos como Gilles Lipovetsky (1945-) que denuncia que a sociedade pós-moderna (denominada por ele como pós-moralista) caracterizou-se pela diluição e pulverização da categoria *dever*, criando um ética indolor com maximização dos direitos e eliminação dos deveres. Neste sentido, cf. LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever – A Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos*. 3ª ed, Lisboa: Dom Quixote, 2004.

<sup>91</sup> O uso do sintagma ferramenta não implica numa concepção instrumental do direito tal como as correntes funcionalistas (tanto materiais quanto sistêmicas) propõem para o direito.

esta comunidade humana.

A seguir tentaremos oferecer uma visão global deste pensamento coninbricense e suas respostas ao atual problema do direito.

## 5.1. OS MODELOS DE RACIONALIDADE

Um ponto de suma importante e que se destaca no pensamento de Castanheira Neves é o modelo de racionalidade a se adotar pelo direito para conservar a sua autonomia.

Desta forma, três espécies de racionalidade são propostas por Castanheira Neves, a teórica, a tecnológico-social e a prático-prudencial.

Importa desde já a necessidade de conceituarmos o que vem a ser racionalidade para termos de uma análise do jurisprudencialismo. Desta forma, parte da ideia de razão como relação, “relação entre uma certa posição ou conclusão e certos pressupostos, sejam materiais (...), sejam formais (...) que discursivamente a sustentam”<sup>92</sup>, daí que para a concepção que entende-se como jurisprudencialista importará em abarcar a racionalidade como a “característica de um pensamento que tem ou se propõe a ter *validade* objectiva (...) e que esta validade se afere pela capacidade de fundamentação e pela criticabilidade da mediação racional-discursiva das afirmações desse pensamento”<sup>93</sup>, ou seja, a racionalidade residiria na ideia de que a relação entre os pressupostos e a conclusão de certas posições dê-se de forma fundamentalmente crítica e não simplesmente histórico-descritivamente.

O primeiro modelo de racionalidade é aquele que denominamos teórico é aquele assumido pelo jusnaturalismo, pelo positivismo e pelo realismo jurídico (tanto o americano quanto

---

<sup>92</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 34.

<sup>93</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. ob. cit. p. 35.



o escandinavo)<sup>94</sup> e assume uma índole pretensamente dogmática no intuito de objetivização do direito e que este “a todos os seus níveis de realização, iria ou *pressuposto* ou *dado* – excluindo-se assim uma *decisão* (a *voluntas* decisória) e mesmo uma mediação normativa continuativa do pensamento jurídico – e, por um outro lado, a juridicidade deveria assumir-se numa intenção da verdade (a intenção do *objetivismo e cognitivismo* práticos)”<sup>95</sup>.

O dogmatismo da racionalidade teórica não deixa espaço para uma dimensão constitutiva do direito como saber prático, esta modalidade de racionalidade vem sempre associada ao formalismo que encerra em si uma intenção geral abstrata<sup>96</sup> a implicar sempre numa concepção do direito como material pronto e acabado (daí evidencia-se uma importância demasiada ao legislador desta visão), nunca a ser constituído, minando desde já uma intenção crítica, uma dos pressupostos do conceito de racionalidade.

Dentro da concepção tecnológico-social<sup>97</sup> ou *social engineering* (para adotarmos a fórmula de predileção de autores como Pound ou Karl Popper) que, pela própria denominação entende o direito como um “instrumento (...) submetido e manipulado por uma racionalidade finalística, funcional e tecnológica”<sup>98</sup>, concepção esta que olvida uma das características essenciais do fenómeno jurídico: a sua normatividade.

Esta modalidade de racionalidade ligada a pensamentos

---

<sup>94</sup> Neste sentido, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. ob. cit. p. 50.

<sup>95</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. ob. cit. p. 50.

<sup>96</sup> Para uma especificação do que viria a ser esta associação entre direito e intenção geral-abstrata, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 41 e ss.

<sup>97</sup> Que em suma já foi melhor explicitada ao referirmo-nos à crise do direito (capítulo segundo) e à proposta funcionalista (capítulo terceiro).

<sup>98</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. ob. cit. p. 54.

sociais-tecnológicos visando criar uma engenharia social retira do âmbito do direito (legislador, juiz, administração) qualquer perspectiva de pensamento crítico ou de validade, voltando o pensamento jurídico a enquadrar-se como componente sistêmica a cumprir um programa condicional, ou seja, há a convocação do “pensamento jurídico (...) para a preparação ou definição (...) das soluções sociais mais convenientes – não as soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim as soluções finalístico-programaticamente mais oportunas ou úteis e instrumentalmente adequadas ou eficazes – no pressuposto de (...) uma preferência pela pragmática utilidade”<sup>99-100</sup> e onde a jurisdição assume uma função essencialmente teleológica não para constituir o direito, mas sim como auxiliar do cumprimento do programa condicional (atitude também acrítica).

Por fim, é-nos apresentada a modalidade de racionalidade mais condizente com o pensamento jurídico que viria a buscar um resgate direito a fim de salvá-lo da aberta instrumentalização da engenharia social e do anacronismo da razão teórica garantindo sua autonomia, a racionalidade prático-prudencial.

A racionalidade prático-prudencial, como dito anteriormente, consistira num resgate, numa restauração do direito àquela função e atitude que lhe eram típicas no alvorecer da jurisprudência como saber prático dos romanos<sup>101</sup> no sentido de

---

<sup>99</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais. ob. cit.* p. 55.

<sup>100</sup> Em relação à racionalidade tecnológico-social e sua penetração no pensamento jurídico, mostra-se como preocupante esta penetração (e aceitação) sociológico-funcional em vários ramos jurídicos tais como no direito constitucional (perceptível em várias correntes funcionais tais como os neoconstitucionalismos), o direito penal (com correntes de fundamentação funcional que exclui a ideia valorativa de bem jurídico do âmbito do direito penal) e do direito administrativo (onde ganham força a cada dia correntes que advogam uma via da atividade administrativa como consecução de programas finalístico-regulatórios e assunção deste como “ciência de direção ou vertebração”).

<sup>101</sup> E que também não o deixa de ser aquela mesma atitude do jurista da *Common Law* que, por meio das experiências práticas historicamente situadas revela o direito

atribuir ao direito uma vez mais a característica da *phronesis*, uma das virtudes intelectuais propostas por Aristóteles que tinham como característica essencial (e diferenciadora se compararmos com a *techné*, *episteme* ou *poiesis*) um saber prático voltado à resolução de problemas concretos, todavia afasta-se de uma dimensão prática hermenêutica, pois este “é um pensamento dirigido à compreensão ou interpretação de sentidos culturais no âmbito de um determinado (...) contexto significativo”<sup>102</sup>, ou seja, reduziria à dimensão prática à compreensão/interpretação de texto legais, o que reconduziria ao modelo de racionalidade teórica.

A proposta de uma racionalidade especificamente prático-prudencial, antes de voltar-se a modelos de direito elementarmente pressupostos ou instrumentalmente funcionais, liga-se a uma compreensão constitutivamente crítica onde de um lado deve-se ater à dogmática (expressão típica do direito como condensação de objetivos político-estatais) e à dimensão concreta na qual esta dogmática deverá atuar (extensão prática da dogmática e não como simples precipitação de conceitos e institutos jurídicos abstratamente considerados) e de outro lado a práxis que se expressa por meio de um problema jurídico real (não meramente potencial como advém da ideia positivista de generalidade e abstração) que exige solução para viabilizar a vida de uma determinada comunidade humana (daí mais uma vez exposto a intencionalidade amplamente civilizacional no fenômeno jurídico), ou seja, o modelo de racionalidade prático-prudencial notabiliza-se pela constituição da dialética “entre *sistema* e *problema* numa intenção judicativa de realização normativa”<sup>103</sup> como esquema de racionalidade a ser assumido

---

e a acumulação de tais experiências promove um aprimoramento constitutivo de tal saber.

<sup>102</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. ob. cit. p. 74.

<sup>103</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. ob. cit. p. 79.

pois que explicitamente corresponde à ideia de juridicidade, uma vez que simultaneamente pode ser caracterizado pela sua normatividade e por dar respostas especificamente concretas a problemas convivenciais.

## 5.2. A JURISDIÇÃO COMO DIMENSÃO PRÁTICA E RESTAURADORA DO SENTIDO DO DIREITO

Como já referido anteriormente, o resgate do direito como um saber prático assemelhado à virtude intelectual da *phronesis* aristotélica é a única saída para o restauração do direito e a forma de evitar com que ele recaia na ineficácia modelo positivista de racionalidade teórica (não mais aplicável uma vez que “não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma”<sup>104</sup> e a simples subsunção acrítica da norma ao caso concreto não se mostra mais eficaz para resolver a gama de problemas convivenciais existentes) e da instrumentalização funcional promovida pela racionalidade tecnológico-científica (por conceber uma juridicidade livre das preocupações de validade).

Ao compreender que a racionalidade abertamente assumida por Castanheira Neves será a prático-prudencial, nota-se uma assunção de que o direito na visão deste pensador deverá assumir uma concepção da juridicidade voltada essencialmente para a prática e ao falarmos de uma práxis jurídica, apenas poderemos referir-nos a ela se temos a jurisdição como horizonte prático do direito e assumirmos “o poder judicial, a função judicial ou (...) a jurisdição (...) um tema e um problema centrais no universo jurídico dos nossos dias”<sup>105</sup>.

De tal consideração é possível concluir desde já que da

---

<sup>104</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

<sup>105</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*. *ob. cit.* p. 161.

mesma forma que o princípio do discurso e o princípio democrático são categorias essenciais para a construção de um direito positivo legítimo no pensamento de Jürgen Habermas, a jurisdição ocupa um papel central no pensamento de Castanheira Neves por resgatar a figura do direito como um saber prático dotado de uma autônoma e muito própria racionalidade que nos instará sempre a pensar o direito sempre no paradigma da realização.

Ao Pensar nas formas como o direito poderia vir a realizar-se, surge uma questão essencial de qual forma seria a mais adequada para que a jurisdição possa vir a realizar uma racionalidade essencialmente jurídica o resgatar este saber da crise que o faz ser visto como algo obsoleto.

Desta forma, ao falarmos da jurisdição e de seu papel fundamental no resgate do direito desta letargia, surge a dúvida essencial de como será esta jurisdição e como já típico do pensamento do jusfilósofo coimbrão, três alternativas são desenhadas para a solução do problema.

Dentro dos possíveis *modus operandi* que a jurisdição pode assumir ao tentar realizar o direito, devemos excluir de plano as concepções legalistas e funcionais, uma vez que as mesmas não mais se adéquam a atual visão da jurisdição como momento constitutivo do direito ao mesmo tempo em que dá respostas às controvérsias práticas que emergem do ambiente comunitário.

O legalismo não pode ser assumido nesta perspectiva da jurisdição como dimensão constitutiva uma vez que este modelo (que perfaz uma concepção formal-positivista do direito) impõe o exercício da jurisdição “segundo um esquema intencionalmente metódico da lógico-dedutiva aplicação das normas legais, e o juiz como operador impessoal, anônimo e fungível dessa aplicação”<sup>106</sup>. Nesta perspectiva da jurisdição identifica-

---

<sup>106</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da*

da com o formalismo, o direito não se concretiza, mas é meramente aplicado segundo o esquema lógico-dedutivo da subsunção, ou seja, é perceptível que o formalismo não abre a possibilidade de que a jurisdição possa ser concebida como uma atividade criticamente constitutiva, mas sim meramente reprodutiva dos conteúdos previamente determinados. Pensar a jurisdição assim seria contrariar o modelo de racionalidade prático-prudencial assumido anteriormente, já que identificar o direito com textos legais que externam previsões gerais e abstratas (como se este modelo pudesse prever toda a gama de situações humanas decorrentes da convivência societária), externa assim uma racionalidade focada apenas na perspectiva de uma dogmática não preocupada com a concretização ou ainda de uma dogmática tão soberba que tenha plena crença que a pretensão geral e abstrata é capaz de normatizar todo o tecido social.

Uma concepção funcional de jurisdição também se mostra incapaz de atender ao modelo de racionalidade apontado por Castanheira Neves como o ideal para a restauração do direito, pois por mais que tenha uma ideia de jurisdição mais voltada para a prática do que as visões identificadas com o legalismo, a aberta intencionalidade de realização de um programa condicional e exclusiva preocupação com a decisão “em sentido estrito e específico”<sup>107</sup>, decisão esta orientada para um objetivo finalístico, ou seja, uma decisão que não se orienta qualitativamente em termos de validade. Obviamente que a jurisdição sempre se guia por uma decisão (que irá dizer o que é direito no caso concreto), mas simultaneamente ao atribuímos à decisão a função de cumprir um programa condicional no termos de uma *Zweckrationalität*, não haverá aplicação constitutiva do direito, mas tão somente a realização de um programa e, uma vez que este programa/objetivo é livre de

---

*Realização Jurisdicional do Direito. ob. cit. p. 178.*

<sup>107</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito. ob. cit. p. 185.*

qualquer vinculação valorativa, implica-se “decerto a atribuição de uma ampla autonomia ao decidente”<sup>108</sup>, autonomia tão acentuada que não se coaduna com o sistema de controles (em especial da jurisdição) que caracterizam o Estado de direito.

Por fim, podemos apontar o modelo de jurisdição que assumidamente cumpre a intencionalidade externada pela racionalidade prático-prudencial consubstanciada na dialética sistema-problema elaborada por Castanheira Neves que é a concepção de uma jurisdição como atividade simultaneamente crítica e constitutiva onde poderemos considerar implicado “o poder juridicamente constituinte ou criador da jurisdição, sendo certo que é justamente na circunstância de competir à função judicial a concreta decisão dos conflitos e litígios entre os sujeitos de direito – o mesmo é dizer, a histórico-socialmente concreta realização do direito – que o pensamento jurídico encontra atualmente base para afirmar o inegável poder criador e normativo do juiz”<sup>109</sup>, tal poder será essencial para realizar a “consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural”<sup>110</sup>.

Tal consideração não implicará na visão do pensador português em plasmarmos o juiz como agente discricionário constituinte do direito. O jurisprudencialismo não objetiva a criação de um governo dos juízes em substituição ao Estado de direito, mas sim na superação do direito em sua acepção positivista, uma vez que tal abordagem formalista não responde mais de forma adequada aos desafios propostos hoje pela problemática comunitária, e evitar com que o direito transforme-se numa ferramenta utilizada para a realização de um programa condi-

---

<sup>108</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*. ob. cit. p. 185.

<sup>109</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Da Jurisdição no Actual Estado-de-Direito*. ANTUNES VARELA. *Ab Vno ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 179.

<sup>110</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou Entre Sistema, Função e Problema – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*. ob. cit. p. 191.

onal, e este resgate do direito só poderá realizar-se tendo em conta sempre sua dimensão prática, realização do mesmo (por meio da dialética sistema-problema) na qual o juiz terá um papel de protagonista, sem dúvida alguma.

Como ponto final da exposição do programa jurisprudencialista, surge uma dúvida essencial para a decisiva compreensão desta concepção da juridicidade: se a dimensão prática como concretização do direito possui uma função essencial em tal concepção e o magistrado tem um papel tão ativo nesta realização normativa, o que garante dentro do sistema dialético já explicitado que este agente não avocará para si um poder excessivo e assumirá uma postura ativista moldando o que viria a ser o direito conforme sua vontade?

Castanheira Neves aponta decididamente a falência do modelo proposto pelo positivismo jurídico, o que importará por sua vez numa concepção menos ortodoxa das fontes do direito (que no positivismo, o ápice do quadro das fontes era ocupado pela norma geral e abstrata emitida pelo Estado-legislador) que, embora o direito ainda precise contar com uma *positividade mínima*, não se pode abdicar do elemento legal, contudo não será o extrato único das fontes normativas para a resolução de problemas concretos, mas simplesmente *uma das possíveis* fontes normativas do sistema jurídico.

Agora, ante esta pluralidade de fontes na quais poderá extrair-se o material normativo, como a atuação do juiz estaria controlada no sistema dialético proposto por Castanheira Neves, controle no exercício do poder que é essencial para que a concepção do direito proposta pelo jurisprudencialismo seja compatível com a moderna ideia de Estado constitucional que leva em si também a imagem de Estado de direito?

Como dito anteriormente, não podemos mais ter como consistente a ideia de correspondência entre normas jurídicas e textos legais resultantes da atividade parlamentar, uma vez que é possível hoje, de um mesmo texto, extrairmos uma, duas ou



até mesmo nenhuma norma jurídica.

Da mesma forma que as leis ainda podem oferecer-nos material normativo apto para a concretização do direito como realidade prática, outros extratos se mostram possíveis para tal realização, sendo evidente que tais materiais normativos devem convergir rumo à realização de um ideal comunitário, ou seja, as normas aptas a concretizar o direito devem realizar um ideal axiológico-normativo de uma determinada comunidade histórico-culturalmente situada.

Fica bastante claro que a perspectiva da dialética sistema-problema proposta pelo jurisprudencialismo de Castanheira Neves busca afirmar uma recuperação do direito como realidade concreta (mas diferente de um ordinalismo concreto como pensado por Carl Schmitt) na esteira de um pensamento que venha afirmar que “o direito existe para se realizar (...), o que se realiza como direito é o direito”<sup>111</sup>. O pensamento que se denomina jurisprudencialismo aponta como necessidade urgente a restauração do sentido do direito como realidade concreta, todavia resta uma dúvida que se aponta como essencial: a forma como far-se-á a resolução do problema da realização do direito.

Como a presente investigação busca apenas oferecer um panorama mais geral das ideias de Castanheira Neves, deixaremos de lado questões metodológicas mais complexas como o problema da interpretação jurídica<sup>112</sup> nesta concepção de direito e centrar-nos-emos na proposta essencial de um modelo rea-

---

<sup>111</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I. ob. cit.* p. 12.

<sup>112</sup> Para uma visão dos problemas ligados à interpretação jurídica no contexto de uma concepção do direito como realidade prático-prudencial, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica I. ob. cit.*, CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais. ob. cit.* p. 83-154. CASTANHEIRA NEVES, António. *Interpretação Jurídica*. In: CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 337-377.

lização de acordo com sistemática do esquema de racionalidade do jurisprudencialismo.

Como a racionalidade prático-prudencial e a concepção do direito como esquema de uma dialética sistema-problema impõe a este saber o objetivo de resolução de controvérsias (casos) concretos, a realização do direito pode ser vista como a atividade de dar respostas a tais casos, resposta esta que seria dar “solução em sentido normativamente fundado e decidir em termos juridicamente justificados essas questões ou esses casos”<sup>113</sup>.

Percebe-se, desde já, que a realização do direito diferencia-se de forma radical do paradigma da simples aplicação, na perspectiva de realização tomada a cabo pelo jurisprudencialismo três elementos terão amplo protagonismo como componentes de tal atividade: o direito (numa aceção muito mais ‘elástica’ do que aquela preconizada pelo positivismo), o caso (problema jurídico) e a mediação decisória.

Para compreendermos o padrão de concretização proposto, deve-se conhecer as minúcias do modelo sistema-problema.

O sistema é “uma unidade de totalização normativa”<sup>114</sup>, ou seja, é o agregamento das componentes de normatividade a serem utilizadas para buscar uma solução do problema. Por sua vez, tal agregamento de elementos normativos pode ser decomposto em quatro classes: a) princípios (positivos, transpositivos e suprapositivos), constitui o elemento subjetivo do sistema que oferece a este uma intenção axiológico-normativa que importará na validade fundamente do direito para que o mesmo possa constituir algo além do objetivismo do direito positivo; b) normas positivadas, as quais se constituem como o elemento objetivo do sistema onde uma autoridade política decidiu pa-

---

<sup>113</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito*. In: NEVES, António. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. ob. cit.* p. 249.

<sup>114</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais. ob. cit.* p. 155.

râmetros de normatização na senda de uma estratégia politicamente situada, já que a simples adoção dos princípios como normas jurídicas não são suficientes por si só para cumprir a “função da contingente realidade histórico-social”<sup>115</sup>; c) jurisprudência, elemento este que marca a importância do conjunto de práticas sedimentadas na resolução de outras controvérsias; d) dogmática, elaboração livre de doutrina jurídica.

Por sua vez o problema traduz-se na intencionalidade que se projeta a partir dos casos que necessitam de uma solução pelo julgador, exigindo dele um juízo decisório e a criação de uma dimensão mediadora.

A dialética deste modelo de racionalidade decisória evidencia-se sobre um esquema de perguntas e respostas onde as perguntas surgem a partir da índole problemática dos casos jurídicos a serem decididos e as respostas a serem dadas pelo julgador apresentam uma delimitação de amplitude temática fornecida pelos estratos do sistema (daí ser falsa uma oposição de que o julgador teria uma competência discricionária se compararmos o jurisprudencialismo com o legalismo positivista) onde o julgador deve-se atentar também a três momentos metódico-decisórios distintos, quais sejam, o direito enquanto *intencionalidade a cumprir*, o direito enquanto *espaço institucional da decisão* e o direito enquanto *fundamento e critério do juízo ou decisão realizadora*<sup>116</sup>.

A partir da caracterização (em suma, evidentemente) do pensamento de Castanheira Neves, pode-se concluir da sua intenção essencial do resgate do direito como *phronesis*, um saber prático, sendo esta dimensão prática a alternativa de resgatar o direito da limitação positivista e salvá-lo da instrumentalização funcionalista. Seria apenas por meio do entendimento

---

<sup>115</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. ob. cit. p. 156.

<sup>116</sup> Para um melhor desenvolvimento dos momentos metódicos de realização do direito, cf. CASTANHEIRA NEVES, António. *O Actual Problema Metodológico da Realização do Direito*. ob. cit. p. 251 e ss.

do direito como prática de resolução das problemáticas comunitárias que se mostraria possível o resgate do direito como saber autônomo e provido de conteúdo, conteúdo este que devemos entender como um reflexo do espírito comunitário.

## 6. QUAL CAMINHO SEGUIR: CONSIDERAÇÕES FINAIS OU CRÔNICAS DE UMA BATALHA PERDIDA?

Por fim, a título de considerações finais, vislumbramos a necessidade de confrontar as propostas de Jürgen Habermas e de Castanheira Neves.

Pelo lado de Habermas, já apresentamos um posicionamento crítico onde a proposta deste para o direito pode ser vista como uma simples hipótese de um modelo teórico, uma vez que o mesmo não se atenta para a – cada dia mais importante – problemática das decisões judiciais e realização do direito.

Como um ponto essencialmente positivo das ideias de Habermas do direito como categoria da mediação social entre a facticidade e validade acentuamos a sua ideia de construção de um direito positivo legítimo. Na medida em que a positividade do direito – mesmo que num caráter mínimo – não possa ser renunciada, mostra-se interessante a ideia discursiva de construir o direito positivo com base na concordância dos atores sociais que serão afetados por tal normatividade (princípio da autolegislação), mesmo que seja extremamente problemático assegurar as condições ideais para a construção desta prática discursiva (observância no mundo real do princípio democrático e do princípio do discurso). Contudo, esta tentativa de construção de um direito positivo legítimo, além de mostrar-se politicamente interessante por resgatar a ideia de participação política como ação na *polis*, também constituiria o direito como reflexo de anseios comunitários.

Por sua vez, pela compreensão e restauração da ideia de direito aqui defendida, a proposta de Castanheira Neves mos-

tra-se mais interessante como o *caminho a ser seguido*.

Não obstante possa sofrer uma integração com a ideia plasmada por Habermas para a construção do direito positivo (um dos estratos da do sistema que integram a racionalidade dialética proposta pelo filósofo do direito português) legítimo, por sua preocupação em restabelecer o direito como *phronesis* mostra-se mais razoável e consiste num modelo menos teórico e muito mais voltado à *práxis* do que o de Habermas.

Como já dito anteriormente, o fato da concepção jurisprudencialista reduzir a importância do texto da lei (que gozava de enorme prestígio durante o apogeu do positivismo jurídico, em suas mais variadas facetas), isto não significará conferir uma maior liberdade ao juiz (que no paradigma do direito como realidade prática terá um papel de protagonista), embora não seja mais *la bouche qui prononce les paroles de la loi como afirmava Montesquieu, ele também não assume o papel criador de um direito a partir de suas vontades (caracterizando um decisionismo), muito pelo contrário, o magistrado na proposta que emerge do esquema metódico-decisório do jurisprudencialismo (dialética sistema-problema) encontra muito mais fatores de vinculação do que em outras propostas de juridicidade na busca sempre constante e incansável de reafirmar a os valores axiológico-normativamente contemplados por uma comunidade*.

*Por fim, deve-se ressaltar o ponto convergente entre a concepção habermasiana e jurisprudencialista que é a luta contra o funcionalismo. É de grande importância este ponto em comum da ética comunicativa e proposta comunitária nascida em Coimbra a luta contra a instrumental-funcionalização do direito. É apenas ressaltando preocupações com o conteúdo e com os valores comunitários que poderemos evitar com que o direito caia definitivamente na armadilha da instrumentalização sistêmica que visa transformar o direito em mero meio para garantir a realização de um programa condicional-*

*finalístico que, por se manter alheio a qualquer conteúdo axiológico, pode ser aproximado da metáfora de uma marionete a qual ninguém sabe quem vem a ser ou que o deseja o tireteiro.*

*Estaria esta luta contra o funcionalismo perdida? Seria em vão tentar construir uma concepção do direito que se mostra como uma alternativa essencialmente humana uma luta na qual já se inicia sabendo da derrota? Para que esta luta para restaurar o papel do direito e não reduzi-lo a uma simples ferramenta possa ser um combate no qual se busca a vitória é necessário que o jurista, mais do que um androide, tenha plena consciência do papel que ele ocupa em seu tempo e sua precíua missão: ser agente que plenamente busque realizar os valores da comunidade na qual está inserido.*



## 7. REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Lisboa: Relógio d'Água, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 3ª ed, Lisboa: Quetzal, 2009.

AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a Reescrita Pós-Moderna da Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova como Exercício de Passagem nos Limites da Juridicidade (Imagens e Reflexos Pré-Metodológicos deste Percurso)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. *Habermas e a Universalidade do Direito – a Reconstrução de um Modelo Estrutural*. Separata dos Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia (número especial do Boletim da Faculdade de Direi-

to da Universidade de Coimbra), Coimbra 1989.

- \_\_\_\_\_. *Jus Cosmopoliticum e Civilização de Direito: As “Alternativas” da Tolerância Procedimental e da Hospitalidade Ética*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXXII, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O Homo Hymans do Direito e o Projecto Inacabado da Modernidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXXVI, 2010.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 12ª ed, São Paulo: Malheiros, 2011.
- BECHMANN, Gotthard. STEHR, Nico. *Niklas Luhmann*. Tempo Social n. 13 v. 2, 2001.
- PINTO BRONZE, Fernando José Couto. *A Metodonomologia Entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão Problematicizante dos Pólos da Radical Matriz Analógica do Discurso Jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *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.
- \_\_\_\_\_. *Da Jurisdição no Actual Estado-de-Direito*. ANTUNES VARELA. *Ab Vno ad Omnes: 75 anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Digesta: Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros vol. 3*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- \_\_\_\_\_. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

- \_\_\_\_\_. *Teoria do Direito: Lições Proferidas no Ano Lectivo de 1998/1999*. Coimbra: Policopiado, 1998
- DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del Diritto e Legittimazione: Critica della Epistemologia Giuridica da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 6ª ed, Madrid: Trotta, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Técnica e Ciência como 'Ideologia'*. Lisboa: Edições 70, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010.
- HORKHEIMER, Max. *Crítica de la Razón Instrumental*. Madrid: Trotta, 2002.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. 2ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.
- KAUFMANN, Arthur. *Prolegómenos a uma Lógica Jurídica e a uma Ontologia das Relações: Fundamento de uma Teoria do Direito Baseada na Pessoa*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra vol. LXXVIII, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª ed, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.
- LIPOVETSKY, Gilles. *O Crepúsculo do Dever – A Ética Indolor dos Novos Tempos Democráticos*. 3ª ed, Lisboa: Dom Quixote, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *A Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UNB, 1980.
- \_\_\_\_\_. *La Sociedad de la Sociedad*. México DF: Herder, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. 2ª ed, Lisboa: Gradiva, 1989.



- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil – o Estado Democrático de Direito a Partir e além de Luhmann e Habermas*. São. Paulo: Martins Fontes, 2006.
- TEUBNER, Gunther. *Altera Pars Auditor: Le Droit dans la Collision des Discours*. Droit et Societé n. 35, 1997.
- \_\_\_\_\_. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.
- WEBER, Max. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1922