

FUNDAMENTOS DA TEORIA DO DIREITO: A. CASTANHEIRA NEVES E O DIREITO COMO PLATAFORMA CIVILIZACIONAL

Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho*

RESUMO

A presente comunicação focaliza a concepção de direito de A. Castanheira Neves, esclarecendo-o como expressão e fundamento da experiência cultural a que chamamos “Ocidente”. Em contraposição à afirmação acrítica ou ideologicamente disseminada de que o direito é co-extensivo ao humano (“ubi homo, ibi jus”), Castanheira Neves concebe o direito como co-instaurador de um peculiar modo de vida: o direito é possibilitado e ao mesmo é possibilitador desta forma civilizacional.

Esta reflexão se torna urgente pela percepção de que a crise que ameaça o direito (crise em que alternativas ao direito são aventadas como paradigmas para o problema da convivência humana) põe em risco também esta mesma forma de vida.

PALAVRAS-CHAVE: JURISPRUDENCIALISMO – CASTANHEIRA NEVES – DIREITO – OCIDENTE

ABSTRACT

This paper researches the conception of Law in the thought of A. Castanheira Neves, clarifying it as expression and fundament of the western cultural experience. In opposition to the acritical or ideological affirmation according to which the Law is co-extensive to the human (“ubi homo, ibi jus”), Castanheira Neves conceives the Law as constitutive of a

* Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Professor de Ética e Filosofia do Direito da Faculdade Direito Conselheiro Lafaiete. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito (Teoria do Direito) da UNIPAC (Minas Gerais).

peculiar way of life: the Law makes possible this civilizational form at the time that Law is made possible by that.

This reflection becomes urgent nowadays, because the crisis that threatens the Law (crisis where alternatives to the Law appears as paradigms for the problem of the human coexistence), also puts in risk that (our) civilization.

KEY WORDS: JURISPRUDENCIALISM – CASTANHEIRA NEVES – LAW – WESTERN

INTRODUÇÃO

Mais do que nunca, impõe-se a discussão sobre o significado do Ocidente como cultura ou civilização, seja em razão das incertezas do processo de ampliação da União Européia, seja especialmente em razão da “cruzada anti-terror” levada a cabo pelos Estados Unidos em nome da civilização ocidental.

A presente comunicação pretende contribuir para com este debate focalizando a concepção de direito de A. Castanheira Neves, esclarecendo-o como expressão e fundamento da experiência cultural a que chamamos “Ocidente”. Em contraposição à afirmação acrítica ou ideologicamente disseminada de que o direito é co-extensivo ao humano ("ubi homo, ibi jus"), Castanheira Neves concebe o direito como co-instaurador de um peculiar modo de vida: o direito é possibilitado e ao mesmo é possibilitador desta forma civilizacional.

Entendido como um traço caracterizador de uma certa forma de vida, o direito é esclarecido apenas como uma possibilidade – e não como uma necessidade – a ser assumida. A decisão pelo direito, segundo o Jurisprudencialismo, é a decisão pela instauração do humano como pessoa. Tampouco a pessoa, portanto, da mesma maneira, é

assumida como algo necessário, mas é antes o resultado de um esforço de auto-recuperação, de construção axiológica do indivíduo.

Esta reflexão se torna urgente pela percepção de que a crise que ameaça o direito (crise em que alternativas *ao* direito são aventadas como paradigmas para o problema da convivência humana) põe em risco também esta mesma forma de vida. Se não é necessário, sendo o resultado de um esforço e de uma decisão fundamental do homem, o direito pode deixar de ser assumido e afirmado como a resposta para o problema universal da convivência (já que não é a única resposta). Mas, com o abandono do direito, perde-se um dos traços singularizadores de nossa experiência cultural ocidental. Deixamos, de certa maneira, de ser “ocidentais”. Com isto, ainda – e aí reside a gravidade da decisão diante da qual (sempre) estamos – deixamos também de ser pessoas. A defesa da autonomia do direito é ao mesmo tempo a defesa do atributo axiológico do humano como pessoa como é a chamada pelo resguardo de nossa própria identidade como civilização ocidental.

DESENVOLVIMENTO

1. A dimensão ética (jurídica) da defesa da autonomia do direito

O pensamento jurídico, enquanto ciência do direito (aqui, na perspectiva do Jurisprudencialismo) engaja-se na defesa da autonomia do direito não por um capricho epistemológico, mas pela consciência de que a sua derrocada implica o abandono do mundo fundado na responsabilidade recíproca entre pessoas que se reconhecem como tais. O direito, como *este* modo de ser do homem, é constitutivo de um determinado mundo, e é em defesa deste mundo e deste modo de estar no mundo do homem-que-interroga-pela-validade, que interroga cada situação perguntando por sua “justiça”, que o Jurisprudencialismo se bate.¹ Neste sentido é que se dirigem os críticos que o acusam de

¹ Nesse sentido todo o pensamento jurídico, nos quadrantes do Jurisprudencialismo, é engajado. A nosso ver esse engajamento é ético e é político, mas num sentido diferente do que mereceria a denúncia jurisprudencialista de uma funcionalização do direito pelo

conservadorismo²: o direito como projeto civilizacional, como expressão de um projeto/modo de ser europeu (já hoje ocidental ou global).³ A crítica, no entanto, apreende mal. A defesa jurisprudencialista da autonomia do direito é sim a defesa de um certo modo de ser do homem, e, portanto, de um determinado mundo (isto é uma consequência necessária da admissão da co-pertença entre o homem e o mundo, na historicidade radical), mas isto não implica o compromisso com qualquer específica ordem jurídica ou modelo constitucional, com quaisquer regimes políticos ou econômicos, muitos deles compossíveis com o modo de ser do direito – mas implica sim o reconhecimento de que há um limite cuja transgressão implica a superação do direito mesmo, e é de fato a superação deste mundo em que é o direito – já que este mundo é assim por força também de ser com ele o direito. Que mundo é este, por qual se bate tão intransigentemente o Jurisprudencialismo? É o mundo em que o homem é pessoa, a partir do qual decorrem implicações normativas como “exigência de fundamento para todas as pretensões que na intersubjetividade da coexistência eu dirija aos outros e os outros dirijam a mim”.⁴

político: o “político” aqui como o fazedor do mundo, como o constituidor de uma ordem axiológica (neste sentido em que todo o ético – e todo pensar – se pode dizer “político”).

² Entre todos, vide HESPANHA, António M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*.

³ O direito como projeto civilizacional também não guarda qualquer traço jusnaturalista, mas é a afirmação ética de um modo de ser possível do homem plenamente lúcido de sua disponibilidade (contingência e finitude). Por isto mesmo que o direito é projeto, é tarefa a realizar.

⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. *Teoria do Direito*, p. 77. Um mundo, portanto, em que no agir do homem implica-se “o sentido fundamentante, argumentativamente invocável pró ou contra, que transcende os pontos de vista individuais de uma qualquer relação intersubjetiva (pontos de vista como são, por exemplo, os interesses (...)) e os transcende pela referência a assunção de uma unidade ou de um comum integrante («um critério divisível por todos os membros do mesmo universo do discurso»), em que, por um lado, os membros da relação se reconhecem iguais e em que, por outro lado, obtêm uma determinação correlativa que não é o resultado da mera vontade, poder ou prepotência de quaisquer desses membros, mas justificável pelas suas posições relativas nessa unidade ou comum integrante. Um sentido normativo, numa palavra, que se imponha como uma justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um e que como tal, vincule simultânea e igualmente aos membros da relação”. CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem*, p. 78. É a exigência do fundamento que “vai implicada no postulado do sujeito ético”, a implicar liberdade e igualdade. CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem*, p. 79.

A pessoa, como aquisição axiológica⁵, constitui o mundo como um modo de ser do homem-com-o-direito. *Este* mundo, em que é a exigência de fundamentação no reconhecimento recíproco entre pessoas com igualdade e liberdade, em que portanto é o homem como pessoa (com liberdade e igualdade), defende o Jurisprudencialismo em sua sempre renovada advertência para a ameaça de superação do direito como direito, no seu entrenchamento em favor da autonomia do direito.

Nos próximos passos, tentamos reconstruir a fenomenologia da construção da pessoa como categoria central da idéia de direito, na perspectiva do Jurisprudencialismo.

2. A autonomia e o problema da emergência do direito como direito

O problema do direito ou do não-direito, que é a pergunta pelo porquê do direito, é o problema radical da experiência jurídica, acompanhando toda reflexão sobre o direito, mesmo que invisível ou esquecida de si. É a pergunta fundamental no sentido em que também Heidegger a pôs, como a mais originária, extensa e profunda pergunta da filosofia: “por que é o ser e não antes o nada?”, a que dedica sua *Introdução à metafísica*.⁶

Por diferentes maneiras esta questão tem sido apropriada pelos juristas, tornando-se a pergunta fundante da filosofia e da ciência do direito (por que o direito e não antes o não direito?),⁷ conduzindo A. Castanheira Neves à elaboração de sua teoria sobre a emergência

⁵ AROSO LINHARES, José Manuel. *Jurisprudencialismo*. Sumário das Aulas, p. 1 (grifos no original): “a perspectiva **axiológica** a impor um salto para outro nível de ‘ser’ mediatizado pela relação de reconhecimento (enquanto compromisso **axiológico**). O problema do fundamento último assumido num processo-esforço de auto-transcendência ou de transcendentalidade prático-cultural: que mobiliza a experimentação hermenêutica da **finitude** (e a sua *capacidade* de compreender regulativamente o contexto e a **transfinitude**) na mesma medida em que assume uma compreensão da historicidade que se pode dizer **constitutiva** ao nível do ‘**ontológico**’”.

⁶ HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*.

⁷ Assim, por exemplo, *vide* COSI, Giovanni. *Diritto e realizzazione*. Un’introduzione alla fenomenologia del *logos* giuridico. Há uma interessante bibliografia contemporânea em esforço onto-fenomenológico. Ainda entre os italianos, *vide*, também e especialmente, COTTA, Sérgio. *Il Diritto nell’Esistenza*. Linee di ontofenomenologia giuridica.

das condições constitutivas do direito, com a descrição genético-fenomenológica⁸ do direito a apontar as condições eidéticas de sua possibilidade e o seu sentido preciso enquanto uma resposta apenas possível, e não necessária, ao problema (esse sim, universal) do direito.

Não se trata do direito aqui com sentido “do direito que no mundo das entidades objetivas (objetivo-histórico-culturais) aí está inegável”, pois não se trata de, ao responder àquela questão fundamental, de saber “o que ele é ou tem sido nessa sua objetivação histórico-cultural”, mas de o determinar e interrogar “na origem fundamentante de onde será ou não será, no cumprimento ou não de uma intenção humana válida, e origem essa que é assim a própria prática humana problematicamente consciente de si”.⁹ A investigação desenvolve-se num plano ontológico e não meramente ôntico, para convocar a distinção heideggeriana que refundou a filosofia no século XX.

As condições de ser o direito são três: a condição mundanal, a condição antropológico-existencial e a condição ética. Nos próximos parágrafos, dedicamo-nos a explicitá-las, expondo o pensamento de A. Castanheira Neves naqueles pontos mais diretamente úteis aos objetivos que nos guiam aqui.

3. A condição mundanal da emergência do direito

A condição mundanal da emergência do direito esclarece-se com o ser-no-mundo do homem, no sentido em que descreve Heidegger (o ser-no-mundo como constituição fundamental do *Dasein*¹⁰), e na direção mais ampla em que a considera a fenomenologia

⁸ Sobre as dimensões ou direções da fenomenologia (como fenomenologia estática e fenomenologia genética), *vide* ALVES, Pedro. *Subjetividade e tempo na fenomenologia de Husserl*, p. 388-396, e PAISANA, João. *Fenomenologia e hermenêutica*. A relação entre as filosofias de Husserl e Heidegger, p. 243-249. *Vide* ainda HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas* (especialmente a quinta Meditação).

⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito, p. 839.

¹⁰ Cf. HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*, p. 90 e ss.

em geral¹¹, para quem mundo não é simplesmente um ambiente que envolve o homem mas é a condição ontológica do ser do homem, homem que exatamente é *no mundo*, e *para quem* é o mundo. Homem que no mundo é *com* os outros homens: a comunhão do mundo, “condição de elementar truísmo”, impõe o problema da convivência na unidade em cujo seio o homem desde sempre se encontra e sempre se compreende – o mundo em que o homem é – com elementos naturais, técnicos e prático-culturais em “recíproca condicionalidade” e “correlatividade”.¹² A comunhão na habitação do mundo que é “sobretudo condição básica da realização dessa existência como existência humana”, é encontro dos homens na comunhão do mundo uns através dos outros e com os outros, mediação recíproca que é negativa (a comunhão do mundo com o outro que é obstáculo à fruição dos bens) e é positiva (a comunhão como conjugação de esforços).

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

¹¹ Vide também HUSSERL, Edmund. *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenología transcendental*. Passo ao largo do cotejamento das noções de mundo em Husserl e em Heidegger, um dos pontos fulcrais do apartamento entre as suas filosofias. Além de tudo não há um só conceito de mundo na obra de Husserl (vide MORUJÃO, Alexandre F. *Mundo e Intencionalidade – Ensaio sobre o conceito de mundo na fenomenologia de Husserl*).

¹² “Que o homem constitui numa intenção simbólica para a manifestação de si na interacção comunicante. Elementos formativos que, já pela sua recíproca condicionalidade, já pela sua correlatividade à unicidade de um ‘agente’ que simultaneamente os leva referidos, se conjugam na totalização contínua que todos em convergência constituem e que é verdadeiramente *o mundo* que os homens habitam e comungam”. CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*, p. 842 – texto que passo a seguir de perto nos próximos passos.

Versando sobre a condição mundanal da emergência do direito, A. Castanheira Neves refere muito rapidamente à diferença entre direito e moral, que esta dimensão permite já vislumbrar. A moral “poderá ser apenas *ad alterum* e de sentido puramente imperativo (isto é, com a exclusiva categoria do ‘dever’) que se exprime como ‘mandamento’”, ao passo em que “o direito não poderá deixar de se manifestar numa bilateralidade atributiva¹³ (isto é, com as correlativas categorias de ‘direito’ e ‘dever’, de responsabilidade e ‘obrigação’). Se “a ética postula a relação puramente de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa com abstracção do mundo”, o direito, diversamente, “postula a relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa pela mediação (fruidora, repartidora ou funcional) do mundo”.¹⁴

Esta passagem merece uma exegese particularmente detida, especialmente para que não traia a referência à “abstracção do mundo” implicada na moral: o Jurisprudencialismo não pode conceber o homem sem mundo e assim tão-pouco a vida e o agir ético sem mundo; o homem é sempre flagrado em sua (como sendo a sua) abertura ao mundo. Sem mundo não há sentido, pois todo significado apenas emerge no mundo e tampouco a intersubjetividade, que é condição ontológica da ética assim como do direito, não se dá senão sob a condição mundana. A referência distintiva entre direito e moral – declarada decisiva pelo Autor – deve ser interpretada no sentido aristotélico da definição de justiça estrita como dizendo respeito à relação entre os homens *mediada pelas coisas*.¹⁵ Em sentido estrito, a justiça comparece como hábito de dar a cada um o que é seu, e a injustiça como uma espécie de ganância (um querer mais do que cabe a si). Será justo dar a cada um o seu,

¹³ Sobre a bilateralidade atributiva como nota distintiva do direito, *vide* REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, p. 685 e ss.

¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito, p. 843 e ss.

¹⁵ Aristóteles formulara (no livro V da *Ética a Nicômaco*) assim a distinção entre a justiça e as demais virtudes éticas: “Em vista do quê se distinguem, então, a excelência e a própria justiça? É evidente a partir do que foi agora dito: que elas são, enquanto disposições de um mesmo género, idênticas, mas diferentes no modo de se manifestarem. A justiça manifesta-se como disposição relativamente a outrem; a excelência manifesta-se, como uma certa disposição, de forma absoluta”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de António C. Caeiro, p. 110.

seja na justiça distributiva (em que se trata de “honra ou riqueza bem como de tudo quanto pode ser distribuído em partes pelos membros de uma comunidade”) seja na justiça correctiva (a qual (...) “aplica-se nas transacções entre indivíduos”¹⁶; em todo caso será a justiça um resguardar a igualdade com respeito à distribuição de algo (“é necessário, por conseguinte, que a justiça seja um meio e uma igualdade por relação com qualquer coisa, bem como relativamente a algumas pessoas”¹⁷), razão pela qual a equação (comparação) envolverá sempre quatro termos: duas pessoas e duas coisas, coisas a distribuir entre pessoas proporcionalmente. Ao passo em que, nas demais excelências – isto é, na moral no sentido contemporâneo – já não é essencial essa mediação das coisas, mas a relação homem a homem, simplesmente, sem mais. Sem mediação das coisas mas não sem mundo, pois a condição mundanal é de toda forma requerida, seja no direito, seja na moral, apenas especificando-se o direito (no texto de A. Castanheira Neves sob comentário) por dizer ele respeito ao modo da comum fruição do mundo, da sua repartição – isto é, ao modo como o humano acede às coisas (sejam bens da riqueza sejam honras), ou sobre como se porta (deve-se portar) frente aos outros com respeito às coisas. Tanto o direito como a moral dizem da constituição do mundo – participam dela – como a requerem: são mundo.

4. A condição antropológica da emergência do direito

Já a condição antropológico-existencial vai atender à condição do homem como homem e o seu significado para a possibilidade do vir a ser do direito. Muito esclarece o sentido do direito a indicação do homem como animal inespecializado, inacabado e aberto ao mundo, “notas essencialmente caracterizadoras do homem e [que] lhe determinam a sua essencial indeterminação ou a sua transfinitude”. Ao contrário dos demais animais, o

¹⁶ Sejam “transacções voluntárias ou involuntárias. Assim, voluntárias são transacções como a venda, a compra, empréstimo a juro, a penhora, o aluguer, o depósito, a renda (chamam-se voluntárias porque o princípio que preside a tais transacções é livre). De entre as transacções involuntárias, umas são praticadas às escondidas (...) outras são também violentas (...)”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro, p. 112.

¹⁷ ARISTÓTELES. *Idem, ibidem*.

homem não se encontra já totalmente adaptado ao meio, cumprindo-lhe “acabar-se”, construindo o “seu próprio mundo humano pela acção e a cultura”.¹⁸

O distanciamento relativamente à situação, que vai coligado com a descoberta do inacabamento do homem enquanto espécie, é o que lhe possibilita a crítica que é capaz de dirigir às circunstâncias e às situações em que se encontra, e ao mundo mesmo; tal distanciamento é o tomar consciência de sua liberdade e responsabilidade no seu consumir a si mesmo como homem; é o lugar do humano enquanto tal, como “ser que transcende e se transcende”, que “se reconhece um aberto realizando e constituindo – assume-se em geral como *possibilidade*: o seu ser é *poder-ser* (Heidegger)”.¹⁹

Esse distanciamento que A. Castanheira Neves aponta como condição antropológica da possibilidade do direito, e que vislumbramos como a raiz da possibilidade também da política, da ética e da própria filosofia (enquanto olhar dirigido ao todo, e portanto para além da situação e circunstância em que o homem a cada momento se encontra²⁰), permite o reconhecimento humano da sua autonomia, face aos objetos e face aos outros, e a sua autodescoberta como ser lingüístico²¹, instaurando enfim a possibilidade da crítica e portanto possibilitando a pergunta pelo fundamento do agir e a afirmação da exigência do valor; enfim “a existencial condição humana volve-se (...) na condição axiológico-

¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito, p. 846. O texto continua: “o homem é assim um ser prático (Gehlen) e a cultura uma sua ‘segunda natureza’ (...) Já a ‘abertura ao mundo’ significa a desvinculação do homem perante o seu mundo circundante, em ruptura daquela continuidade ou assimilação própria da conduta animal com o meio e numa específica transcensão. (...) E nesta abertura ao mundo, em que o homem se assume afinal como tarefa de si próprio, temos a base antropológica para a compreensão geral da existência humana”.

¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem, ibidem*.

²⁰ Para comunidade no advento (grego) entre a política e a filosofia, e o (como o) distanciamento da circunstância, vide PATOČKA, Jan. *Platon et l’Europe* – Seminaire privé du semestre d’été 1973, p. 9-21.

²¹ A. Castanheira Neves, com Gehlen: “todo uso autêntico de símbolos baseia-se sobre a condição da dissociabilidade do comportamento relativamente ao contexto de cada situação concreta, já que pertence à essência do símbolo o fazer referência a *algo não dado* e que não se pode deduzir do contexto”. CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito, p. 847-8.

normativa do próprio homem. (...) o valor e o dever-ser não estão desvinculados do ser (...) mas antes como tarefa de ser pela mediação do ser do homem”.²²

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

A verificação da condição mundanal e da condição antropológica, culminando na descrição de “uma intersubjetividade institucionalizada – uma ordem”, não conduz porém à necessidade do direito, exatamente porque o direito não se encontra em qualquer ordem: não é qualquer institucionalização tampouco uma forma do direito.

A ordem é um modo necessário do ser do homem (o homem, como ser de linguagem coexistente com os outros no mundo, do qual tem um sentido de totalidade para além da situação em que sempre está, a partir do que pode criticar a situação em procura do fundamento do agir que assim se torna objeto de uma exigência – esse homem necessariamente vive em e instaura uma ordem). O homem não é senão sob-em-com uma ordem, que institui (é) ela mesma o mundo, natureza-cultura por qual o homem consuma a si embora seu inacabamento. Pela ordem, como cultura, o homem é (torna-se), consumando-se a partir do poder-ser de que sempre parte e em que sempre se encontra. Se o homem é poder-ser, na sua radical indeterminação ontológica, também ao mesmo tempo sempre tem-de-ser, no sentido de não lhe ser lícito deixar de decidir-se enquanto projeto – é condenado a exercer sua liberdade, enquanto é.

O homem sempre realiza uma ordem, pois não pode deixar de ser de algum modo. A dialética entre o homem e a comunidade, sobre a qual A. Castanheira Neves discorre e que é uma peça fundamental de sua argumentação, encontra uma possível releitura fenomenológica enquanto o co-pertencimento entre homem e ordem: o homem não é senão na ordem, e na medida em que é, torna-se o que é pela ordem em que se encontra; ao

²² CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem, ibidem*.

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

5. A condição ética da emergência do direito

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

Segundo o Jurisprudencialismo, está o homem no direito quando realiza a condição ética da emergência do direito como direito, quando o homem não é apenas sujeito (sujeito tal como se descobrira antropológicamente como resultado de seu distanciamento do mundo e da situação, distanciamento que é uma objetivação, e objetivação que o revela como sujeito), mas enquanto se funda como pessoa. A pessoa é com o reconhecimento do outro como sujeito (também como eu sou) e não como simples objeto. Aqui A. Castanheira Neves acompanha de perto o tema kantiano do homem como fim em si mesmo, portador de um valor intrínseco e indisponível a servir como mero meio a instrumentalizar-se em favor de qualquer objetivo.

Estando claro que “o sujeito que assim nos impôs como pressuposto da normatividade não é um qualquer sujeito – é o sujeito pessoal, e como tal, o sujeito ético. E esse afirma-se nas duas notas essenciais”²³ da liberdade e da pessoa. A liberdade, em sentido radical, é concebida como o *originarium* que o homem é: “a existência do homem é

²³ CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem*, p. 862.

um *initium*, e início que continua e essencialmente se retoma na existência: cada homem é *novo* (um homem novo) e *novador* (um ser de novidade)”.²⁴

Já o tornar-se pessoa implica “passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética”. A dignidade que a pessoa ostenta (e não preço: a pessoa não tem preço) não é categoria ontológica, mas axiológica, e depende de um reconhecer e de um querer. “Há, pois, aqui um salto do ontológico-antropológico para o axiológico – e, possível ele embora à transcensão espiritual do homem, é preciso querer dá-lo”.²⁵ O dado capital da pessoa não encontra o seu fundamento em qualquer “natureza”, é “uma ideia meta-lógica e metanatural (Trigeaud)”. A condição ética – assim, o ser pessoa – depende do reconhecimento recíproco, reconhecimento que é “assim um diálogo ético – um diálogo de pessoas. E nele se manifesta, de novo se diga, a transcensão humana, não apenas como racionalidade, mas como espiritualidade (ético-axiológica)”.²⁶

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ele habita a exigência do fundamento, “expressão de uma *ratio* em que se afirma uma validade – é *argumentum* de validade. E a validade é a manifestação de um sentido

²⁴ CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem*, p. 863, que acrescenta: “Afirmou-o analogamente também S. Agostinho (*Initium ergo ut esset creatus est homo, ante quem nullus fuit*) (...) Na originalidade de cada homem – outra palavra afinal para a liberdade – vai, aliás, a possibilidade da biografia”. Discutimos o problema da singularidade do homem e seu significado ético, no contexto do romantismo e do idealismo alemão, com implicações para o direito, em minha dissertação de mestrado: COELHO, Nuno M. M. S. *Direito como arte*. Direito e política a partir do pensamento hermenêutico de Schleiermacher.

²⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito* – ou as condições da emergência do direito como direito, p. 865.

²⁶ CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem*, p. 866.

normativo (de um valor ou de um princípio) transindividual”.²⁷ O direito, verdadeira ou autenticamente como tal, só se dá “com a *instituição de uma validade* e não como instrumento social de institucionalização e de organização, regulativo apenas de uma qualquer estratégia de satisfação de interesses ou de necessidades”.²⁸

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

À luz desta reconstrução dos fundamentos da afirmação de nossa forma de vida como uma forma de vida sob o direito, torna-se possível compreender o quanto está em jogo nas ameaças de abandono do direito como singularizador de nossa experiência cultural ocidental.

Da mesma maneira, permite refletir sobre a prática política e jurídica norte-americana. Os EUA marcam o início do terceiro milênio com um discurso de salvaguarda do Ocidente que, no entanto, faz-se acompanhar por ações que negam a idéia sobre a qual radica a civilização ocidental: o direito. A manutenção de milhares de homens presos sem acusação formal, a legitimação de práticas degradantes com vistas à obtenção de informações e confissões por autoridades americanas em diversas partes, dentro e fora do continente americano *etc.* são testemunhos veementes de que os Estados Unidos, ao contrário de poderem ser considerados como os mais legítimos representantes e defensores da civilização ocidental, são a rigor o maior risco e a mais poderosa força que se opõe à sobrevivência de nossa específica forma de vida e cultura ocidental.

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem*, p. 868.

²⁸ CASTANHEIRA NEVES, A. *Idem*, p. 869-70.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Pedro Manuel Santos. *Subjectividade e tempo na fenomenologia de Husserl*.

Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2003

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Tradução de António C. Caeiro, Lisboa: Quetzal Editores, 2004.

AROSO LINHARES, José Manuel. *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade*. (Imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Jurisprudencialismo*. Sumário das Aulas. Ed. do autor [s/d].

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: Almedina, 2003.

_____. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Metodologia Jurídica* (Problemas Fundamentais). Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

_____. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *Questão-de-Fato – Questão-de-Direito – ou o Problema Metodológico da Juridicidade* (Ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

_____. *Teoria do Direito*. Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos). Coimbra: Universidade de Coimbra, [s/d].

COELHO, Nuno M. M. dos Santos. *Direito como arte*. Direito e política a partir do pensamento hermenêutico de Schleiermacher. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2003.

_____. *Fenomenologia do sujeito da interpretação jurídica – hermenêutica do intérprete do direito à luz da ontologia fundamental de Martin Heidegger*. Plano de Trabalho apresentado a Exame de Admissão ao Curso de Pós-Graduação em Direito, em nível de Doutorado, na área de concentração de Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2004.

COSI, Giovanni. Diritto e realizzazione. Un'introduzione alla fenomenologia del *logos* giuridico. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano: Guiffrè, v. 71, n. 2, 1994, p. 225-273.

COTTA, Sergio. Conoscenza e normatività. Una prospettiva metafisica. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, Milano: Giuffrè editore, v. LXXI, n. 4, p. 555-568, out./dez. 1994.

_____. *Il Diritto nell'Esistenza*. Linee di ontofenomenologia giuridica. Milão: Giuffrè, 1985.

DOUZINAS, Costas. WARRINGTON, Ronnie. *Postmodern jurisprudence: the law of text in the texts of law*. Londres: Routledge, 1991.

HEIDEGGER, Martin. *Da experiência do pensar*. Tradução de Maria do Carmo Tavares de Miranda, Porto Alegre: Globo, 1969.

_____. *Introdução à metafísica*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

_____. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Arnaldo Stein, Lisboa: Guimarães Editores, 1973

_____. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante, 9. ed., Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

_____. *Seminários de Zollikon*. Tradução de Gabriela Arnhold, Maria de Fátima de Almeida Prado, Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Men Martins: Publicações Europa-América, 1997.

HUSSERL, Edmund. *La crisis de las ciencias europeas y la fenomenologia transcendental*. Una introducción a la filosofía fenomenológica. Traducción de Jacobo Muñoz, Salvador Mas, Barcelona: Editorial Crítica, 1991.

_____. *Meditações cartesianas*. Introdução à fenomenologia. Tradução de Maria Gorete Lopes e Souza, 2. ed., Porto: Rés-Editora, 2001.

_____. *Sínteses activas*. A partir da lição *Lógica Transcendental* de 1920-1921. Tradução de Carlos Aurélio Morujão, Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005.

JASPERS, Karl. *Iniciação filosófica*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos, 9. ed., Lisboa: Guimarães Editores, 1998.

MORUJÃO, Alexandre F. *Mundo e intencionalidade* – Ensaio sobre o conceito de mundo na fenomenologia de Husserl. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1961.

PAISANA, João. *Fenomenologia e Hermenêutica. A Relação entre as Filosofias de Husserl e Heidegger*. Lisboa: Editorial Presença, 1992.

PATOČKA, Jan. *Platon et l'Europe* – Séminaire privé du semestre d'été 1973. Traduit par Erika Abrams, Lagrasse: Verdier, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, v. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.

_____. A hermenêutica e o acontecer ereignen da Constituição: a tarefa de uma crítica do Direito. **O Direito**, Lisboa, Ano 133, N. 3 (2001), p. 581-614.