

JURISPRUDENCIALISMO E *IDIOMAS VIZINHOS*

DIÁLOGOS COM CASTANHEIRA NEVES

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

FRANCISCO AMARAL

J. M. AROSO LINHARES

RUI DE FIGUEIREDO MARCOS

(COORDS.)

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

COIMBRA
JURÍDICA

IMPRESA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
COIMBRA UNIVERSITY PRESS

© DEZEMBRO 2020. Imprensa da Universidade de Coimbra.

Coordenadores

António Pinto Monteiro

Francisco Amaral

J. M. Aroso Linhares

Rui de Figueiredo Marcos

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

Edição

Imprensa da Universidade de Coimbra

Email: imprensa@uc.pt

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

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

Coordenação editorial

Maria João Padez de Castro

Design: Carlos Costa

Infografia: Raquel Aido

Execução gráfica: KDP - Kindle Direct Publishing

ISBN: 978-989-26-1993-4

eISBN: 978-989-26-1994-1

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

**Obra publicada
com a Coordenação
Científica**

INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

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

JURISPRUDENCIALISMO E *IDIOMAS VIZINHOS*
DIÁLOGOS COM CASTANHEIRA NEVES

Imprensa da Universidade de Coimbra
Coimbra University Press

(Página deixada propositadamente em branco)

JURISPRUDENCIALISMO E *IDIOMAS* VIZINHOS

DIÁLOGOS COM CASTANHEIRA NEVES

ANTÓNIO PINTO MONTEIRO

FRANCISCO AMARAL

J. M. AROSO LINHARES

RUI DE FIGUEIREDO MARCOS

(COORDS.)

(Página deixada propositadamente em branco)

Sumário

NOTA PRÉVIA	11
--------------------------	-----------

PRIMEIRA PARTE

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

1. O Encontro de Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica (Rio de Janeiro, 30 e 31 de outubro de 2018)	15
<i>Francisco Amaral</i>	
2. A luz branca, os «prismas» e a conversação responsável (na abertura do Encontro do Rio)	19
<i>José Manuel Aroso Linhares</i>	
3. Um retrato do Doutor António Castanheira Neves	21
<i>Rui de Figueiredo Marcos</i>	
4. Os fatores de superação do positivismo jurídico no ensino do Professor Castanheira Neves	33
<i>António Pinto Monteiro</i>	

5. Notas sobre a importância da compreensão jurisprudencialista do Direito	41
<i>Anelise Becker</i>	
6. O modelo metodológico-jurídico do jurisprudencialismo de António Castanheira Neves como proposta de superação de funcionalismos: o exemplo do neoconstitucionalismo.....	73
<i>Ivan Cláudio Pereira Borges</i>	
7. Os direitos humanos na perspectiva do jurisprudencialismo: o fundamento e o sentido do Direito.....	107
<i>Ian Pimentel Gameiro</i>	
8. «Constituição» em perspectiva histórico-cultural e os limites e o sentido do poder constituinte. Leitura jurisprudencialista da lição fundadora de Emmanuel Joseph Sieyès.....	141
<i>Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho</i>	

SEGUNDA PARTE

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

1. Tempos de crise do Direito: intercorrências e perspectivas do jurisprudencialismo	169
<i>Ivan Guérios Curi</i>	
2. Jurisprudencialismo e judicialismo: algumas breves objeções ao «ativismo judicial»	193
<i>Fábio Cardoso Machado</i>	
3. A aplicação da teoria «crítica» jurisprudencialista proposta por Castanheira Neves como referencial teórico-metodológico para a definição sistêmica de uma «processualidade ampla».....	205
<i>Sílvia Alves Carvalho</i>	
4. A proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves e as suas implicações para (re)pensar a educação jurídica no Brasil.....	233
<i>Ana Carolina de Faria Silvestre</i>	
5. Juízo probatório e analogia.....	253
<i>Marcelo Paiva dos Santos</i>	

TERCEIRA PARTE

A CONCEÇÃO JURISPRUDENCIALISTA EM CONTRAPONTO/CONFRONTO

COM «IDIOMAS» VIZINHOS

1. O jurisprudencialismo revisitado 287
Luiz Fernando Coelho
2. As veredas do narrativo e do normativo: diálogos em
terceira margem entre Ricoeur e Castanheira Neves..... 317
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega/Pedro Henrique Guimarães Corrêa
3. O jurisprudencialismo e o movimento de reabilitação da
filosofia prática de Aristóteles no século XX: diálogos com a
tópico-retórica, a hermenêutica e as teorias da argumentação..... 339
Antônio Sá da Silva
4. A decisão jurisdicional enquanto juízo transpositivo de
assimilação hermenêutica pela justiciabilidade..... 371
Maurício Martins Reis
5. A crítica jurisprudencialista ao projeto interpretativista:
elementos para um debate sobre a compreensão prática
da realização do Direito 405
Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
6. Autonomia do Direito e normatividade axiológica na
Teoria do Direito de Castanheira Neves..... 435
Saulo Monteiro Martinho de Matos
7. A resposta jurisprudencialista e as questões de fronteira
impostas pelos «idiomas vizinhos» do convencionalismo e
do procedimentalismo..... 451
José Manuel Aroso Linhares

APÊNDICE

A fenomenologia jurídica do Professor Aquiles Côrtes Guimarães 481

Maria Lúcia Gyrão

NOTAS CURRICULARES..... 489

(Página deixada propositadamente em branco)

Nota prévia

O livro que agora se publica com coordenação do Instituto Jurídico¹ teve o seu ponto de partida num luminoso encontro no Rio de Janeiro (*O problema da autonomia do Direito: a resposta jurisprudencialista e as suas projeções metodológicas — Encontro de Filosofia, Teoria e Metodologia Jurídicas em Homenagem ao Senhor Doutor António Castanheira Neves*, Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 30 e 31 de outubro de 2018) e preserva deliberadamente alguns dos seus *sinais*, bem como a memória do seu contexto único. É certo que a estrutura expositiva (em três partes) agora assumida, privilegiando, sobretudo, afinidades temáticas (*Retrato(s).../...resposta a contextos de realidade.../...contraponto-confronto com idiomas afins*), se afasta significativamente da sequência *em painéis* proposta nesse encontro. E é particularmente certo que os ensaios agora propostos se distinguem (pela extensão e fôlego reflexivo) das breves comunicações apresentadas nessa circunstância. Assim liberta de um propósito reconstitutivo

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

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

Os Coordenadores

3. O jurisprudencialismo e o movimento de reabilitação da filosofia prática de Aristóteles no século XX: diálogos com a tópico-retórica, a hermenêutica e a teoria da argumentação

Jurisprudentialism and the 20th Century Rehabilitation of Aristotelian Practical Philosophy: Dialogues with Topic-Rhetoric, Hermeneutics And Argumentation Theory

Antonio Sá da Silva

Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito

<https://orcid.org/0000-0002-2207-927X>

ABSTRACT: This chapter endeavors locating Castanheira Neves' jurisprudentialism in the renovation context of Aristotelian practical philosophy, whilst simultaneously highlighting the unmistakable features that distinguish his (critical) proposal from those offered by topic-rhetoric, by hermeneutics and by argumentation theories.

Keywords: Practical philosophy — Jurisprudencialism — Juridical normativism

1. Introdução

As incertezas jurídicas e políticas nas quais o mundo pós-guerras mergulhou no século passado, de acordo com Castanheira Neves⁶⁵⁴, repercutiram de diferentes modos na Filosofia do Direito: (1) no ressurgimento do Direito Natural, sob bases axiológicas e materialmente concretas; (2) na nova procura do Direito na «natureza das coisas», procura essa ainda que circunscrita à essência da realidade social humana e às estruturas fundamentais de efetivação da justiça; (3) na emergência de um existencialismo jurídico, expresso, quer no testemunho de nossa finitude e temporalidade quer na afirmação do Direito como um projeto humano-existencial. Mas o mais significativo para o autor português, na perspectiva do Direito enquanto tal, foi mesmo o movimento de reabilitação da filosofia prática que teve lugar na segunda metade do século XX: aquele que afirma «uma autoreflexividade crítico-transcendental em que a prática se interroga em autonomia intencionalmente constitutiva sobre o sentido fundamentante de si própria»⁶⁵⁵.

O testemunho de Berti sobre o movimento de reabilitação do pensamento prático de Aristóteles não se reduz apenas ao pensamento jurídico⁶⁵⁶, tornando-se, por isso, importante para compreender, em todo o seu alcance, a diferenciação originalmente feita pelo filósofo grego entre os raciocínios dialético e apodítico. O autor italiano mostra que a racionalidade aristotélica tem sido enganosamente reduzida a este último modelo. Com efeito, enquanto para o Estagirita a apodítica se define pelo caráter científico e pela capacidade de demonstrar o que uma coisa é de fato, bem como elucidar os motivos pelos quais não pode ser de outro modo⁶⁵⁷, a dialética é algo bem distinto, autonomamente desenvolvido por Aristóteles para o campo da *praxis*: seu papel não é o de comprovar uma afirmação, como se dá na apodítica, mas de discutir as opiniões que os membros esclarecidos de uma certa comunidade têm sobre determinada questão⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 40 e segs.

⁶⁵⁵ Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*, 46.

⁶⁵⁶ Enrico BERTI, *Aristóteles no século XX*, trad. de Dion Davi Macedo, São Paulo: Loyola, 1997, 35 e segs.

⁶⁵⁷ Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles*, 2.ª ed., trad. de Dion Davi Macedo, São Paulo: Loyola, 1998, 3 e segs.

⁶⁵⁸ Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles*, 18 e segs.

É certo que Berti se empenha para aproximar o método dialético dos métodos da metafísica e da física⁶⁵⁹, vindo na matemática o paradigma que melhor exemplifica o modelo apodítico. Mas o seu esforço contribui, principalmente, para mostrar como o discurso prático se orienta por um modelo de racionalidade que lhe é bastante próprio. Isto basta, por enquanto, para mostrar que a razão prática também assume um compromisso com a verdade, tal como o próprio Aristóteles claramente observou⁶⁶⁰; porém, essa verdade, quando pensada nos domínios da *praxis*, não é buscada em si mesma, mas, sim, como meio em vista de outro fim⁶⁶¹. De outro modo se pode dizer que o pensamento prático não nega o bem supremo como objeto de nossas ações, não se afasta daquela ordem do Ser (λόγος, *logos*) e daquela felicidade (ευδαιμονία, *eudaimonia*), que apenas uma sabedoria profunda da vida (σοφία, *sophia*) é capaz de oferecer⁶⁶²; mas o *logos* específico da vida ativa também desfruta dessa sabedoria: ela ocupa um lugar específico nas coisas que podem ser diferentes do que são, sendo certo que suas verdades se situam, apenas, no terreno do verossímil⁶⁶³.

O interesse demonstrado pela filosofia e metodologia jurídicas com a secularização do pensamento prático, claramente feita por Aristóteles, sobretudo no Livro VI da *Ética a Nicômaco*, constituiu um legado importante do século XX. Dito isto, importa afirmar que este breve trabalho não tem a pretensão de dar conta de todo o alcance, filosófico e metodológico, da promissora investigação formulada por Castanheira Neves. A minha proposta representa, apenas, um esforço para compreender o lugar do jurisprudencialismo no movimento de reaproximação do Direito com a lógica prática de Aristóteles — mesmo assim, dada a impossibilidade de alongar muito a minha intervenção, convocando apenas alguns autores mais referidos atualmente.

Isto significa, por um lado, assinalar as diferentes compreensões dessa secularização da *praxis* (πράξις) em relação à *theoria* (θεορία) no pensamento do Estagirita, mas, por outro, significa fazer algumas anotações sobre a própria autonomização do Direito em relação ao pensamento prático em geral (φρόνησις, *phronesis*). O que tentarei fazer em cinco tempos: o primeiro

⁶⁵⁹ Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles*, 52 e segs., e 75 e segs.

⁶⁶⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, trad. de Maria Araujo y Julian Marias, Madrid: Instituto de Estudos Políticos, 1970, 1139b.

⁶⁶¹ Enrico BERTI, *As razões de Aristóteles*, 116.

⁶⁶² José Manuel Aroso LINHARES, *O direito como mundo prático autónomo: “equivocos” e possibilidades* (Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em *Filosofia do Direito*), Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, 136. Provas de Agregação na Faculdade de Direito.

⁶⁶³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, livro VI, parte 5.

para mostrar alguns dos pressupostos metodológicos do normativismo e que estimularam essa reinvenção no século passado [2]; o segundo, dedicado à tópico-retórica [3]; o terceiro à hermenêutica [4]; o quarto às teorias da argumentação [5], que pretendem acentuar as características básicas de cada proposta, de modo a se saber que racionalidade é invocada; a quinta e última [6], já em sede de conclusão, será dedicada ao contraste do jurisprudencialismo com essas diferentes compreensões da *praxis* humana.

2. Os pressupostos metodológicos do normativismo interrogados pela filosofia no ambiente pós-guerras

O normativismo jurídico, de acordo com Castanheira Neves, «compreende o Direito como um autonomamente objetivo e sistemático “conjunto de normas” — não como um complexo casuístico de decisões concretas, não como uma aberta e judicativo-doutrinal jurisprudência normativamente constitutiva, não como uma determinável e estruturante instituição»⁶⁶⁴. Neste sentido, herdou do pensamento moderno um discurso objetivista, no qual o Direito vai acriticamente considerado, como um objeto ou como uma entidade autossustentada, diante da qual uma atitude meramente contemplativa tem lugar⁶⁶⁵. A deliberação, segundo esta escola, procura ser indiferente aos valores e conteúdos da existência prática⁶⁶⁶, sendo seu paradigma o da simples aplicação, e, não, o de uma concreta e responsável problematização⁶⁶⁷.

Muitos são os pressupostos filosóficos e culturais do normativismo colocados em causa pelo movimento de reabilitação de Aristóteles do qual pretendo tratar. Gostaria aqui de me concentrar ligeiramente em alguns dos que parecem indispensáveis ao propósito deste trabalho:

- (1) O da passagem da *communitas* pré-moderna para a *societas* moderna, permitindo que o Direito e o Estado fossem pensados como *artefatos* ou regulação ótima de interesses individuais (socialmente emanci-

⁶⁶⁴ Castanheira NEVES, *Teoria do direito: lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra: policopiado, 1998, 67.

⁶⁶⁵ Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 59 e segs.

⁶⁶⁶ Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 97 e segs.

⁶⁶⁷ Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 103 e segs.

pados!), bem como permitindo que o juiz fosse concebido como árbitro e operador de uma *aritmética do prazer*. Trata-se, como diria Linhares, de contrastar o projeto jurídico da *societas*, orientado por uma narrativa de instituição *ex nihilo* e de emancipação de interesses individuais e equivalentes de fins, com aquele sustentado pela *communitas*, apoiado pela experiência integradora e pelo contraponto entre bens humanos e objetivos individuais, capaz de reconhecer a existência de valores em si e insuscetíveis de uma comensurabilidade⁶⁶⁸.

(2) O da confluência do espírito positivista oitocentista e do jusnaturalismo moderno no repúdio à tradição e ao despotismo dos reis. Aqui vão aludidas as categorias da inteligibilidade, cientificidade, sistematicidade, universalidade, segurança e autossubsistência do sistema jurídico. Isto equivale a dizer que se é verdade que a crise do *ius commune*, já visível no século XV como disse Marques, acentuaria com o jusnaturalismo racionalista e sua explícita recusa da tradição, a superação do Direito Comum conduziria o pensamento jurídico europeu à ideia de código como «um conjunto de normas simples, claras e autossuficientes, impostas pelo Estado»⁶⁶⁹. Será Montesquieu a dizer que os magistrados deveriam ser considerados doravante «a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras»⁶⁷⁰. E é sob um paradigma científico e axiologicamente hesitante que Kelsen, mais tarde, diria que «a democracia e o liberalismo são apenas dois princípios possíveis de organização social, exatamente como o são a autocracia e o socialismo [...] o conceito de Direito não tem quaisquer conotações morais»⁶⁷¹; poderia, portanto, e segundo o autor, ser concebido, apenas, como uma técnica de organização social.

⁶⁶⁸ José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?», in Nuno Morgadinho Santos COELHO / António Sá da SILVA, *Teoria do Direito: direito interrogado hoje — Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 2012, 132 e seg.

⁶⁶⁹ Mário Reis MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra: Edições do Autor, 2003, 355.

⁶⁷⁰ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, trad. de Roberto Leal Ferreira, São Paulo: Martin Claret, 2010, 175.

⁶⁷¹ Hans KELSEN, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, 4.^a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, 8.

(3) O da perversão da *especificante* racionalidade jurídico-decisória, capaz de resultar na equívoca diferenciação entre *decisão fundamentada no Direito* (o Direito institucionalizado e abstratamente pressuposto) e *decisão por equidade*. É que se a lógica normativista, a operar-se pelo modelo de subsunção, opunha a aplicação do Direito à alternativa de concreta decisão por equidade, como diz Castanheira Neves, a verdade é que esta «sempre pretendeu traduzir um juízo normativo de referência individual-concreta — que atenda às concretas “circunstâncias do caso” —, dirigido e fundamento por uma intencionalidade axiológico-normativa, antes que meramente imperativa ou prescrita, e de sentido adequadamente material, antes que rigidamente formal»⁶⁷². Assim, trata-se de um grande equívoco ignorar que, em qualquer contexto de aplicação do Direito, há em maior ou menor grau uma iniludível dimensão de equidade.

(4) O da rigorosa diferenciação entre «ser» (realidade, factualidade) e «dever-ser» (idealidade sistemática), assim como o da compreensão do juiz como um organizador (desinteressado!) da sua regulação. O positivismo jurídico moderno (assim como a sua tradicional teoria da interpretação), como diz Castanheira Neves, alimentou-se do contraste entre essas duas instâncias. Todavia, como o autor acentua, as categorias *ser* e *dever-ser* se diluem, «pois que é num *dever-ser* assumido autonomamente pelo pensamento jurídico em termos fundamentantes e constituintes que o direito positivo acaba por ter o critério decisivo da sua própria realização»⁶⁷³.

Ora, destes pressupostos, sobressai uma característica do normativismo que foi seriamente posta em causa na segunda metade do século XX: uma concepção teórica e metodológica do Direito que se caracteriza pelo reducionismo cognitivista e pelo acrítico paradigma sujeito/objeto, capaz de confundir «verdade prática» com «verdade teórica»⁶⁷⁴. Da crítica a esse reducionismo parece ter emergido todo o esforço de reaproximação com Aristóteles, representado pelos discursos da tópico-retórica, da hermenêutica

⁶⁷² Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, Coimbra: Policopiado, 1971, 244.

⁶⁷³ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, 81.

⁶⁷⁴ Castanheira NEVES, *Teoria do Direito*, 66 e segs., e 122 e segs.; *idem*, *Metodologia Jurídica*, 164 e segs.; *idem*, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 25 e segs., e 59 e segs.

e da(s) teoria(s) da argumentação (neste último grupo incluindo a nova retórica de Perelman, este que, paralelamente ao que ocorre com por Toulmin, permanece fiel ao pensamento prático tal e qual, cuja discursividade sujeito/sujeito é uma marca indelével).

Mas o jurisprudencialismo, também, realizaria uma crítica específica às ideias estruturantes do normativismo. É que para Castanheira Neves o Direito se reveste de uma intenção normativa, posto que se expressa para nós numa intencionalidade normativo-axiológica a que somos chamados a assumir e a realizar⁶⁷⁵. Porém, não lhe parece mais adequado falar hoje da realização do Direito como simples aplicação de normas pressupostas, ainda que a elas se possa referir; deveríamos compreender que a problemático-concreta realização jurídica envolve momentos normativo-constitutivo, capazes de resultar numa autêntica criação jurídica⁶⁷⁶. A norma, ainda que constituindo o «núcleo duro» do sistema⁶⁷⁷, seria apenas um ponto de partida para o exercício daquele *continuum* entre interpretação, aplicação e integração⁶⁷⁸, o que resta afastada, inclusive, da última *ratio* da constituição defendida por alguns autores⁶⁷⁹.

É nesse esforço de reinvenção do pensamento prático que o jurisprudencialismo, como disse Linhares, pretende libertar a discussão sobre o método «da *demarcação* (estaque) *de territórios* imposta pelo discurso moderno dos Métodos»⁶⁸⁰, isto é, de uma sua concepção como operatória... como *posterus* de uma pretendida ciência jurídica que também se pretende constitutivamente autônoma. De acordo com este autor, procurar pela resposta jurisprudencialista aos problemas que a ele hoje originalmente colocamos é muito mais que reconhecer a superação do confronto entre Direito Natural e Direito Positivo⁶⁸¹: significa, antes de tudo, denunciar o esgotamento da proposta normativista, mas, depois, denunciar qualquer «alternativa» funcionalizadora⁶⁸². Importa refletir, primeiro, sobre aquele momento fundador e seu

⁶⁷⁵ Castanheira NEVES, *Curso de introdução ao estudo do direito*, 16 e segs.

⁶⁷⁶ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 17 e segs., e 25e seg.

⁶⁷⁷ Castanheira NEVES, «O sentido actual da metodologia jurídica», *Boletim da Faculdade de Direito*, (2003) 147.

⁶⁷⁸ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 154; Castanheira NEVES, *Teoria do direito*, 117 e segs.

⁶⁷⁹ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 282. Para um maior desenvolvimento desta questão, ver Castanheira NEVES, «O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro», in António José Avelãs NUNES / Jacinto Nelson de Miranda COUTINHO, ed., *O direito e o futuro/o futuro do direito*, Coimbra: Almedina, 2008, 51-56.

⁶⁸⁰ José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 112 e nota 17.

⁶⁸¹ Castanheira NEVES, «Palavras proferidas a propósito da conferência de Arthur Kaufmann», *Boletim da Faculdade de Direito* 78 (2000) 179-182.

⁶⁸² Para uma ligeira confrontação entre a proposta jurisprudencialista do autor português com o normativismo e as diferentes modalidades de funcionalismo, ver, na sua integralidade, Castanheira

processo emancipatório do Direito em relação às outras concepções da *praxis*; todavia, compreenderemos isto melhor depois de percorrermos, mesmo que brevemente, outras três concepções de pensamento prático, igualmente legitimadas a reivindicar um lugar nesse quadro de racionalidades aristotélicas.

3. A tópica-retórica, a dialética sistema-problema e o excessivo relevo das situações retóricas e do caso jurídico

O esboço de uma revisão metodológica do pensamento jurídico, pós-Segunda Guerra Mundial, vamos ter já no início dos anos cinquenta, com a tópica jurídica de Viehweg que ademais requer de nós uma certa argumentação: «A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica»⁶⁸³, diz o autor alemão. Trata-se de uma reinvenção bastante original do pensamento prático aristotélico, o que é possível perceber do raciocínio dialético que esta racionalidade propõe, com particular interesse pelos problemas. Como Castanheira Neves ensina, sua atenção está voltada para as referências prático-culturais, para os critérios ou lugares comuns (τόποι, *topoi*) frequentados pelas pessoas razoáveis ou pelos «membros esclarecidos» de uma comunidade de discussão, onde certos problemas são suscitados, sempre com a intenção de um *consensus*-decisão⁶⁸⁴.

Com efeito, o autor de *Tópica e Jurisprudência* sustenta que o *problema* jurídico precede ao *sistema*, sendo impossível que as proposições jurídicas se reduzam a esse sistema⁶⁸⁵. Isto reveste de *auctoritas* os *topoi*, ao passo que os juristas, face ao seu poder criativo, são afetados de uma grande responsabilidade moral. Esta concepção da *praxis não ignora que a regra*

NEVES, *Teoria do direito*, 161-198; para uma compreensão geral do jurisprudencialismo, com a promessa exitosa de situá-lo em face da atual pretensão de unidade intencional do pensamento prático, livre do primado de um qualquer discurso teórico, mas livre igualmente das tradições galilaica e aristotélica, com as quais o pensamento jurídico ocidental é marcado, ver, também na sua globalidade, José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 109-174.

⁶⁸³ Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*, trad. de Kelly Susane Alflen da Silva, 5.ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, 16 [Introdução, III].

⁶⁸⁴ Sobre o objetivo da tópica, sua relação com a filosofia e a retórica, assim como para a noção de *topoi*, ver Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 23 e segs., e 33 e segs, 39 e segs. [§2, I.2-I.3; §3, I, II]; sobre o perfil dos argumentadores, ver a mesma obra, 26 [§2, 1.3, última parte].

⁶⁸⁵ Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 53 e seg. [§4, II, V].

*jurídica é indispensável de algum modo, mas apenas acentua que o sistema não é inteiramente lógico, dependendo, assim, do recurso à interpretação para que a fragilidade de um cânone normativo seja efetivamente controlada*⁶⁸⁶. O equilíbrio dos critérios ou dos materiais jurídicos somente pode ser garantido pela argumentação⁶⁸⁷, sendo certo para o autor que desde a autonomização do discurso prático, feita pela jurisprudência romana, o pensamento jurídico já é concebido como um pensamento «problemático»⁶⁸⁸.

Com efeito, quando Aristóteles pensou a tópica, pretendia encontrar um método adequado à razão prática, isto é, aquela que pudesse se orientar por um discurso; o objetivo desse método seria viabilizar conclusões sem o risco da contradição, advinda de proposições opináveis⁶⁸⁹; tendo que ver, portanto, com a arte da disputa entre proposições aparentemente verdadeiras, discutidas por oradores respeitáveis. Como Viehweg lembra, o pensamento tópico interessa dentre outras coisas pela elaboração de um catálogo de *topoi*, pontos de vista aceitáveis, sobre os quais os oradores se debruçam na discussão de um problema⁶⁹⁰. O partir de um *problema*, todavia, requer «um sistema que sirva de supedâneo no consentimento de uma solução»⁶⁹¹.

Desta particularidade do pensamento tópico, no projeto global de reformulação do pensamento jurídico no pós-guerras, surge a iniludível diferenciação com o jurisprudencialismo de Castanheira Neves. Com efeito, se é certo para Viehweg, por exemplo, que as exigências de justiça são importantes para o Direito, o relevo que o autor dá ao seu pensamento tópico para se distanciar das pretensões deducionistas, é para a escolha das premissas que orientam a discussão⁶⁹². A insistência no problema leva, às vezes, ao seu hipertrofiamento, com o risco de comprometimento do sistema⁶⁹³. A tópica e a argumentação, como disse Linhares, têm uma importância indiscutível no nosso tempo, visto que sua racionalidade sujeito-sujeito leva o raciocínio prático a um lugar mais interessante que o simples enaltecimento da singularidade, na medida em que

⁶⁸⁶ Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 86 e segs. [§7, III].

⁶⁸⁷ Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 44 e segs. [§3, VI-VII].

⁶⁸⁸ A este propósito, ver Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 47 e segs. [§4, especialmente III], no que se refere ao *ius civile*, e para a tópica no *mos italicus*, ver 63 e segs. [§5]; a discussão sobre a «relação» entre a tópica e o método em Leibniz, ver 77 e segs. [§6].

⁶⁸⁹ ARISTÓTELES, «Tópicos», in ARISTÓTELES, *Órganon*, 2.ª ed., trad. de Edson Bini, Bauru, 2010, 1, 1, 1.

⁶⁹⁰ Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 26 [§2, I.3].

⁶⁹¹ Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 35 [§3, I].

⁶⁹² Theodor VIEHWEG, *Tópica e jurisprudência*, 97 e segs. [§8, II-III].

⁶⁹³ Para um estudo do lugar que a tópica ocupa nesse universo de discussão do pensamento prático, ver Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 72 e segs.; José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 147 e segs.

procura uma certa unidade na projeção do singular no geral⁶⁹⁴. Mas a racionalidade aqui presente é procedimental antes de tudo, tal como denunciado por Castanheira Neves, na medida em que contrasta o pensamento tópico com a racionalidade jurídica. É que, de acordo com o autor, a tópica, tal como a argumentação jurídica, requer um *a posteriori consensus* persuasivo, sendo os critérios de decisão e os argumentos em concreto equivalentes entre si⁶⁹⁵. Deste modo é que a discussão, de natureza apenas racional e argumentativamente conclusiva, torna-se aqui a única instância de controle da decisão, algo que o jurisprudencialismo de fato não está de acordo. Mas reservemos esse contraponto para o espaço conclusivo.

4. A nova hermenêutica, a inexistência de um método jurídico-metodológico e a natureza normativa do direito

A proposta hermenêutica, na verdade uma expressão autêntica da reinvenção de Aristóteles no século passado, pelo menos em Gadamer se ocupa da *phronesis* como quem está diante do próprio pensamento prático do filósofo grego. Esta controvérsia inicial é que orienta a objeção de Berti contra o autor alemão, por causa de um suposto reducionismo da prudência. De fato, aquele filósofo italiano sugere que o autor de *Verdade e Método* teria reduzido a filosofia prática (se não mesmo a própria filosofia aristotélica) ao conceito de *phronesis*⁶⁹⁶. Mas o que parece fundamental acentuar por ora é que Gadamer, no que se refere ao caso jurídico especificamente, dá particular importância à indeterminação dos materiais jurídicos, sugerindo na ocasião uma atitude de abertura e complementaridade dos mesmos⁶⁹⁷.

A leitura de Gadamer sobre a *phronesis* pressupõe que radicados dentro de uma tradição, não podemos buscar uma razão prática absoluta como o Iluminismo pretendia⁶⁹⁸. Sua atenção para a influência dessa tradição específica, na deliberação do agente, sugere um modo de racionalidade compreensiva

⁶⁹⁴ José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 147.

⁶⁹⁵ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 73 e seg.

⁶⁹⁶ Enrico BERTI, *Aristóteles no séc. XX*, 1997, 55; *idem*, *As razões de Aristóteles*, 348 e 360.

⁶⁹⁷ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método: fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca: Sígueme, 1977, 414.

⁶⁹⁸ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 345.

que remontaria a Aristóteles. A moralidade humana (ἦθος, *ethos*) distinguiria da Natureza (φύσις, *physis*) pela mutabilidade de suas regras, além do fato de que o bem para nós se revela, apenas, no contexto onde situamos⁶⁹⁹. O saber geral que não se realiza perde todo o sentido de ser, residindo aqui a controvérsia que lhe foi aberta por Berti, pois, supostamente, minimiza a importância do conhecimento intelectual. Como reforça Dunne, a ciência (ἐπιστήμη, *episteme*) e a conseqüente vida contemplativa estão ligadas ao ócio, mas uma tal autossuficiência deve ser compreendida na conformidade da racionalidade aristotélica: constituindo um modo específico de vida, permite que nos encontremos na harmonia do cosmo (κόσμος, *kosmos*)⁷⁰⁰.

O que o pensamento prático gadameriano sugere é que devemos abandonar a pretensão de atingir fins moralmente bons, convocando simplesmente uma teoria sobre esses bens, o que demanda um saber que abarque, simultaneamente, o conhecimento dos fins e dos meios para atingi-los⁷⁰¹. E este saber é aquele do qual dispõe a pessoa de ação, o *phronimos*, que pensado ao nível do Direito, suporta as exigências de domínio não somente das regras universais previamente formuladas, mas também as circunstâncias que lhe foram constitutivamente determinantes. Mas, todavia, será que Gadamer tem razão ao concluir que uma abordagem aristotélica não cultiva a legalidade ou a pesquisa da intenção do legislador, mas, apenas, a situação e a responsabilidade dos destinatários daquelas cânonas normativas⁷⁰²?

Com efeito, parece explícito que Aristóteles compreenda a legalidade — legalidade como explicitação-determinação de uma ordem pressuposta nos valores, tradições, costumes e instituições partilhadas no universo da *polis*⁷⁰³ — como o árbitro da justiça⁷⁰⁴, e se prevê a reparação da lei no caso concreto⁷⁰⁵, ele o faz em razão de uma excelência legislativa e não de um relativismo da tradição. De qualquer modo, esse finalismo ontológico tem profundas diferenças com a tradição moderna⁷⁰⁶, além de que insistir na compreensão é razoável pelo menos porque se trata de um projeto cujo sentido

⁶⁹⁹ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 384.

⁷⁰⁰ Joseph DUNNE, *Back to the rough ground: practical judgment and the lure of technique*, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1997, 238 e segs.

⁷⁰¹ Joseph DUNNE, *Back to the rough ground*, 394.

⁷⁰² Joseph DUNNE, *Back to the rough ground*, 407.

⁷⁰³ Castanheira NEVES, *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1983, 511.

⁷⁰⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1129b.

⁷⁰⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, livro V, parte 10.

⁷⁰⁶ Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares de teoria do direito: sumários e textos*, Coimbra: policopiado, 1998, 79.

final está comprometido com pré-compreensões e expectativas do intérprete, revisados permanentemente e sujeitos a erros que devem ser corrigidos no confronto com outros projetos⁷⁰⁷. O Iluminismo e o Romantismo, de acordo com Gadamer, teriam falhado neste ponto, na medida em que proclamaram a ruptura com a tradição⁷⁰⁸. A noção de pré-juízo e que nada tem que ver com falsos juízos, mas com a possibilidade de valoração positiva ou negativa de alguma coisa⁷⁰⁹, denunciaria os equívocos da modernidade: a de rejeitar qualquer forma de conhecimento não fundamentado, nomeadamente a indisciplina metodológica e a autoridade de certas pessoas, enquanto propôs a superação do mito (μύθος, *mythos*) pela razão (λόγος, *logos*) e reacendeu a disputa entre poesia e filosofia, esquecendo ao fim de tudo de um modo próprio de ser humano: o de orientar-se por pré-juízos legítimos⁷¹⁰.

Uma teoria dos pré-juízos, diz Gadamer, de fato é necessária e podemos resolver isto partindo da própria crítica do Romantismo ao Iluminismo, já que para além da razão, aquela escola reconhece algum direito na tradição, embora equivocadamente entenda esta como o contrário da liberdade racional⁷¹¹; inexistiria, ao fim de tudo, uma oposição radical entre tradição e razão, mesmo porque em seu sentido autêntico, não se entende esta como defesa intransigente do que se defende: admite, ao contrário, a necessidade de cultivo e reafirmação. O homem se definiria como alguém filiado a uma tradição, à qual não devemos renunciar, mesmo porque qualquer conhecimento só se daria no diálogo permanente entre passado, presente e futuro: ainda que nos dirijamos à coisa mesma, sujeitamo-nos ainda ao modo como ela nos aparece, sem qualquer garantia de progresso⁷¹².

A racionalidade compreensiva, tal como Gadamer propõe, envolve uma possibilidade de renúncias aos nossos próprios hábitos linguísticos, de abertura, de esforço para ver os materiais jurídicos a partir do tempo e do olhar de quem os instituiu⁷¹³. Mas o sentido que expressam seria também determinado pela situação do intérprete, sendo certo que este supera seu autor e que inexistente interpretação reprodutiva, mas, sim, interpretação produtiva no

⁷⁰⁷ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 333 e segs.

⁷⁰⁸ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 342 e segs.

⁷⁰⁹ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 337.

⁷¹⁰ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 338 e segs.

⁷¹¹ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 348 e segs.

⁷¹² Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 350 e segs.

⁷¹³ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 334 e segs.

sentido de compreender diferente, não de compreender melhor⁷¹⁴. A distância entre a obra e sua interpretação acaba por ser fundamental, fazendo que os pré-juízos particulares desapareçam e surjam outros que nos guiem melhor na compreensão, daí que uma consciência hermenêutica implicaria, também, uma consciência histórica, afastado que seja o fantasma da «investigação progressiva». Por outras palavras, a história efetiva não encontrará aquela transparência que Hegel pensou, diz o autor de *Wahrheit und Methode*, estando para nós indisponível um tal saber absoluto. Assim, consciência histórica e saber hermenêutico seriam, apenas, um saber referido a uma certa tradição⁷¹⁵.

Diante do que vai dito, a noção de horizonte seria a melhor representação para percebermos a finitude de todo método: «Horizonte es el *ámbito* de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto.»⁷¹⁶ Devemos reconhecer a estreiteza dos nossos próprios horizontes, ver além deles e acreditar na possibilidade de superá-los. A elaboração de uma situação hermenêutica seria a obtenção do horizonte correto para as questões que são caras a uma certa tradição. Seria preciso fundir nossos horizontes... o que não significa fugir para mundos estranhos ao nosso, mas que ambos se juntem para formar um grande horizonte que se move por si mesmo e aprofunda nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. O horizonte, tal como o enxergamos, estaria em processo permanente de formação, sendo certo que a compreensão é feita nesse processo onde o velho e o novo crescem juntos, na direção da plenitude da vida, sem que nenhum deles chegue a se destacar por si mesmo.

Disto emerge o problema nuclear da hermenêutica e que nesta apreciação dos movimentos de renovação da *praxis não é possível silenciar: como disse* Gadamer, «es que la tradición como tal tiene sin embargo que entenderse cada vez de una manera diferente»⁷¹⁷, de modo que compreender é um caso especial de aplicação de algo geral a uma situação concreta e determinada. O autor acredita ser a hermenêutica a recuperação da moral aristotélica, que não colocando para si um problema hermenêutico, secularizou o discurso ético, libertando-o do discurso metafísico, além de ocupar-se do estudo do papel que a razão exerce na formação do juízo moral⁷¹⁸. O saber sobre o bem em geral agora só faria sentido se projetado na situação do agente onde a

⁷¹⁴ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 366 e segs.

⁷¹⁵ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 370 e segs.

⁷¹⁶ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 372.

⁷¹⁷ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 383.

⁷¹⁸ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 383 e segs.

pesquisa sobre o bem para o homem em concreto deveria se realizar, isto diferentemente do que pensava Platão, embora o Estagirita permanecesse fiel a ele na medida que relaciona o comportamento moral com o saber, O relevo agora já seria da *phronesis* e não da *episteme*, como se via em Sócrates, e a deliberação moral se confundiria com a própria consciência moral (intelectualismo socrático)⁷¹⁹. Mas também esse relevo não seria posto na habilidade produtiva (τέχνη, *techne*), pensando sempre a deliberação moral como algo distinto da compreensão. Para Gadamer, a própria noção do ordenamento jurídico tem seu *prius* na situação hermenêutica, exigindo-se que o juiz mergulhe na contingência histórica em que os cânones jurídicos foram estabelecidos, muito mais que o simples conhecimento dos mesmos⁷²⁰.

Mas, dito isto, é preciso concluir, neste particular esforço de renovação prática, que o jurisprudencialismo ocupa outro lugar. Como o próprio Castanheira Neves nos diz, o discurso hermenêutico se dirige «à compreensão ou interpretação de sentidos culturais no âmbito de um determinado, histórico e integrante contexto significante»⁷²¹. Seu problema será, então, o da reta compreensão, do conhecimento do sentido de uma significação cultural numa concreta situação de compreensão e da especificação da *applicatio* ou da concretização hermenêutica. Como disse Linhares, pelo menos naquele modo como Gadamer a define, como uma filosofia, a hermenêutica buscou representar na linguagem o mundo prático humano e encontrar nela a instituição dos significados prático-comunitários⁷²². É possível reforçar, portanto, e com o próprio Castanheira Neves, que a racionalidade hermenêutica é um modo de compreensão específica da linguagem em termos pós-metafísico, pós-objetivista e pós-estruturalista⁷²³.

⁷¹⁹ Para uma crítica ao reducionismo das virtudes aristotélicas à *phronesis* em Gadamer, ver Enrico BERTI, «Gadamer and the reception of Aristotle's intellectual virtues», *Revista Portuguesa de Filosofia*, Braga 56, 3-4 (jul.-dez. 2000) 345-360; para uma crítica ao reducionismo da aplicação à compreensão, ver Castanheira NEVES, «Excurso: Dworkin e a interpretação jurídica — ou a interpretação jurídica, a hermenêutica e a narrativa», in Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica — I*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 435 e segs.

⁷²⁰ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 402 e segs.

⁷²¹ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 75 e seg. Ainda sobre o sentido do pensamento hermenêutico na esfera do pensamento prático, em contraponto com a intenção moderna de identificar o bem com os interesses individuais e de procurar uma universalidade racional, ver José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma «recepção»*, Lisboa: Fragmentos, 1990, 167 e segs., além do que muito eloquentemente se encontra na mesma obra, 200 e segs.

⁷²² José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 145 e segs.

⁷²³ Castanheira NEVES, «Excurso», 390 e segs.

A hermenêutica, de acordo com Lamego, enquanto se afasta daquela metafísica da subjetividade que se desenvolveu na modernidade, daquela aposta numa essência humana abstrata, bem como se afasta da concepção de verdade como certeza e adequação [...], insere o sujeito numa certa tradição, abandona a radical separação entre ser e dever-ser e aposta numa concepção de verdade como revelação ou «desocultação»⁷²⁴; seu modelo se baseia nessa diferença essencial entre «explicar» e «compreender» a realidade referida⁷²⁵, pois não se contenta mais com o conhecimento de algo dado de antemão, o que lhe faz perseguir um saber constitutivamente ligado à situação particular, um aditamento de sentido a uma realidade observada.⁷²⁶ O círculo hermenêutico, enfatiza Gadamer, não é um círculo vicioso, mas um modelo de conhecimento original, no qual esteja assegurado o rigor de partir da própria coisa.⁷²⁷

A proposta hermenêutica de Gadamer, por mais que devamos reconhecer suas contribuições para a reabilitação da filosofia prática, parece não responder aos desafios do pensamento prático atual. Não parece de imediato resolver sua ambiguidade de negar e convocar uma metodologia⁷²⁸: seu papel, de acordo com o próprio autor alemão, não é sequer o de instituir um método de compreensão das coisas, mas, apenas, de iluminar as condições sob as quais se conhece algo; sobre tais condições, afirma que nem todas estão sujeitas a um controle de procedimentos, sendo certo que os pré-juízos do intérprete não lhes são disponíveis, não tendo nem mesmo em princípio condição de distinguir os que são produtivos de outros que perturbam o entendimento⁷²⁹. E não sei se será diferente quanto a outros autores expressivos desse campo.

Uma proposta consistente de filosofia prática, no caminho da hermenêutica, também nos é dado por Esser, para o qual a justiça e os critérios de justeza não nos são dados de prévio pelo ordenamento, mas pela decisão do caso, de modo que isto suscita um alto grau de responsabilidade da função jurisdicional, inclusive pela correção e integração, sem o que o sistema jurídico se divorciaria de sua pretensão de justiça⁷³⁰. Somente uma perspectiva hermenêutica nos poderia

⁷²⁴ José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 109 e segs. Sobre a emergência da «filosofia da consciência», a ocupar o lugar que a metafísica das estruturas ontológicas do Ser tinha nos pensamentos antigo e medieval, ver a mesma obra, 124 e segs.

⁷²⁵ José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 147 e segs.

⁷²⁶ José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 157.

⁷²⁷ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 332.

⁷²⁸ Castanheira NEVES, «Excurso», 422 e segs.

⁷²⁹ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y método*, 365 e segs.

⁷³⁰ Josef ESSER, *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto: fondamentali di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. de Salvatore Patti e Giuseppe Zacaria, Camerino: Scuola di Perfezionamento in Diritto Civile dell'Università di Camerino, 1983, 11 e segs.,

levar tão longe. Mas qual hermenêutica? Aquela que nos permita partir de uma pré-compreensão da juridicidade, isto é, de um plano comum aos destinatários da norma e composto de máximas de racionalidade aceita por eles, capazes de irem além do círculo histórico em que se inscrevem⁷³¹. Como disse Castanheira Neves, uma «hermenêutica crítica» que supera a antiga hermenêutica, pensada simplesmente como uma arte interpretativa, tudo para propor algo mais que uma interpretação textual, para perguntar pela possibilidade da interpretação... mas para interrogar criticamente o objeto de sua interpretação e colocar o problema da racionalidade específica do processo realizativo do Direito⁷³², diferindo, assim, de uma hermenêutica literária ou histórica e considerando relevante uma interpretação jurídica, enquanto a mesma problematiza o sentido dessa interpretação, a partir do caso que se quer decidir. A aplicação, nesse caso, dependeria da compreensão, e esta da representação da aplicação, no que o «círculo hermenêutico» relaciona a posição do problema e as respostas possíveis como compreensão das normas.

Com efeito, o problema suscitado por Esser parece coincidir com o mesmo problema do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, posto provavelmente antes daquele e sem qualquer alusão à hermenêutica enquanto convoca «um juízo autónomo da juridicidade sobre o caso decidendo»⁷³³: seu problema é um problema normativo, não hermenêutico, convocando uma solução normativa que sugere uma atitude metodológica, para além do simples compreender ou do problema hermenêutico puro e simples; tudo isto, obviamente, reforça a tese do autor português de que a intencionalidade jurídica também se difere de uma racionalidade hermenêutica. Mas, o que mais importa considerar, por ora, é o fato de que a proposta que no momento está em questão reconhece a insuficiência da lei, dos precedentes, entre outros, para responder pelas expectativas de justiça⁷³⁴.

Estamos em face de uma racionalidade específica. De acordo com Lamego, o fato de Esser sinalizar para um controle de justeza — a deliberação jurídica não é uma decisão *jure stricto* puramente, mas a formação de uma convicção de justeza sobre uma decisão tomada previamente e com base em valorações sequer necessariamente previstas no sistema, mas que pela decisão são a ele

assim como 113 e seg.

⁷³¹ Josef ESSER, *Precomprensione*, 114, 130 e segs.

⁷³² Castanheira NEVES, «*Excurso*», 2003, 429 e segs.

⁷³³ Castanheira NEVES, «*Excurso*», 431. Ver, a propósito da correlação, a bibliografia ali relacionada.

⁷³⁴ Josef ESSER, *Precomprensione*, 114 e seg.

ajustadas⁷³⁵ —, o fato de convocar uma argumentação que confira aceitabilidade à decisão, o fato de não convocar integralmente a *phronesis*, mas apenas partir do caso e da comparação de casos, o fato do sistema não possuir qualquer significado anterior ao caso decidendo, o forte relevo que é dado à *auctoritas* dos precedentes, entre outros, faz com que a filosofia convocada pelo autor alemão seja considerada, antes de tudo, uma «filosofia de juristas»⁷³⁶. Seria inconcebível, de acordo com o próprio Esser, que a obrigatoriedade da lei decorresse simplesmente da *auctoritas* legislativa, que fosse imanente do sistema legal, daí que as instituições jurídicas estejam permeadas de reflexões postas pela dogmática jurídica e pelos precedentes judiciais⁷³⁷; a mobilização dos princípios, necessários para corrigir o sistema jurídico e conferir legitimidade à decisão, é tarefa suficientemente grande para se falar de «un auténtico derecho de juristas, *ius commune quod sola prudentium interpretatione existit*»⁷³⁸.

Sabe-se que autor alemão não vê em Luhmann e nas teorias dos sistemas — a postularem uma aplicação puramente dogmática da lei com o suposto auxílio da sociologia analítica que nos libertasse de interferências da tradição, a pressupor uma decisão jurídica orientada por um alto grau de abstração na formação dos conceitos jurídicos e de sua dogmática — nenhuma possibilidade de oferecer uma resposta à racionalidade do Direito, já que ali vai dispensada até mesmo uma adequada fundamentação das decisões em face daquelas valorações que têm lugar na tomada da decisão⁷³⁹. Uma sociedade plural exige mais que uma teoria dogmática da racionalidade e da compreensão do Direito⁷⁴⁰, convocando, assim, uma consciência do Direito capaz de fazer frente à atualização do ordenamento a partir do processo decisório⁷⁴¹. Uma proposta como esta rejeita qualquer pretensão de encontrar um modelo prévio de decisão, que não refira ao caso, que dispense o juiz de refletir sobre sua própria decisão e sobre as referências políticas e ideológicas que suas decisões possuem⁷⁴².

A racionalidade hermenêutica proposta por Esser tem em conta que a própria determinação dos princípios que orientam nossas deliberações não

⁷³⁵ Sobre esta questão específica, ver Josef ESSER, *Precomprensione*, 114 e seg., e 127 e seg.

⁷³⁶ José LAMEGO, *Hermenêutica e jurisprudência*, 212 e segs.

⁷³⁷ Josef ESSER, *Precomprensione*, 32 e segs..

⁷³⁸ Josef ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1961, 311.

⁷³⁹ Para esta questão, ver conjuntamente, Josef ESSER, *Precomprensione*, 112 e segs., e 211 e seg.

⁷⁴⁰ Josef ESSER, *Precomprensione*, 5.

⁷⁴¹ Josef ESSER, *Precomprensione*, 29 e seg., e 127 e segs.

⁷⁴² Josef ESSER, *Precomprensione*, 200.

define claramente uma linha divisória entre princípios éticos de princípios jurídicos, entre *lex* e *ethos*, entre teoria e problema a ser resolvido... mesmo porque esses princípios estão expostos a uma inegável mutação histórica⁷⁴³. Não existe, por outro lado, decisão jurídica que seja tomada simplesmente, convocando elementos lógico-formais, de modo que seria sempre fruto da correspondência entre o caso que se decide e a experiência jurídica no seu todo⁷⁴⁴. A própria fixação da relevância do caso e a seleção da norma aplicável, que não é homogênea, solicita os mais diferentes saberes e valorações, extraídos da vivência social do juiz⁷⁴⁵. O problema decisório, deste modo, não constitui num juízo silogístico de aplicação, numa atitude declarativa, de modo que seus critérios não são *critérios* de verdade, mas, sim, de justiça⁷⁴⁶.

De outro modo, uma das tentativas atuais mais exemplificativas de pensar o problema prático numa perspectiva hermenêutica, segundo Castanheira Neves⁷⁴⁷, é a de Kaufmann, este que na tentativa de encontrar uma nova fundamentação do Direito, reconhece a superação da dicotomia Direito Natural *x* Direito Positivo, da distinção kantiana entre ser e dever-ser, do deducionismo lógico-normativo, etc., para concentrar-se na seguinte questão: *sob que condições um ato legislativo ou uma decisão judicial devem ser considerados como justos? O que nele próprio se constituirá numa problematização hermenêutica, enquanto nos interroga sobre em que termos o Direito pode ser hermenêuticamente compreendido a partir de uma autêntica linguagem histórica. A única coisa que diferenciaria o Direito Natural e o positivismo jurídico clássicos, segundo o autor, seria o fato de que naquele as normas eram hierarquicamente postas e neste são humanamente estabelecidas, já que para ambos o processo de realização do Direito é a-histórico, o caso e as normas permanecem como sempre estiverem*⁷⁴⁸. A perspectiva hermenêutica nos ajudaria a sair dessa situação, já que a mesma investiga as possibilidades de compreensão, sendo assim mais que um método — sem, no entanto, deixar de ter uma dimensão metodológica — para ter uma dimensão filosófico-transcendental, e já também, porque

⁷⁴³ Josef ESSER, *Principio y norma*, 52 e segs.

⁷⁴⁴ Josef ESSER, *Precomprensione*, 34 e segs.

⁷⁴⁵ Josef ESSER, *Precomprensione*, 4.

⁷⁴⁶ Josef ESSER, *Precomprensione*, 8 e segs.; sobre o desenvolvimento desta descrição do processo de fixação dos critérios e da relevância do caso, afastada qualquer modalidade lógico-formal e reconhecida interferência valorativa, ver a mesma obra, 24 e segs., e 35 e segs.

⁷⁴⁷ Castanheira NEVES, «Excurso», 416 e segs.

⁷⁴⁸ Arthur KAUFMANN, «Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações: fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa», trad. de Fernando José Pinto Bronze, *Boletim da Faculdade de Direito LXXVIII* (2002) 186.

dotada de caráter universal, não absoluto, embora, mas como uma das muitas possibilidades de compreensão do mundo⁷⁴⁹.

Isto sugere que o modelo hermenêutico recusa qualquer forma de oposição entre razão e tradição, tal como queriam os racionalistas formais, de modo que Kaufmann parece dar por superado o paradigma sujeito/objeto, rompendo declarada e assumidamente com o modelo objetivista moderno do conhecimento⁷⁵⁰. Todo conhecimento seria compreensivo, dado no horizonte em que o sujeito se situa, nada tendo que ver com simples representação passiva de um objeto na consciência do intérprete. Isto tudo, embora, sem regresso ao subjetivismo ou qualquer pretensão existencial de manter-se preso à circunstância, assumindo a tradição como base comum e aberta do mundo em que nos encontramos⁷⁵¹. A compreensão seria assim também uma autocompreensão do sujeito interpretante, na relação que estabelece com os materiais interpretados. O que leva o autor a dizer que toda investigação jurídica é necessariamente uma adaptação ou assimilação da situação da vida do interpretante e da norma, revelando seu caráter analógico e recusando qualquer possibilidade silogística que se lhe quisesse contrapor⁷⁵².

Mas, dito isto sobre os três autores exemplares, o que parece distanciar o problema hermenêutico do problema jurídico, este posto por Castanheira Neves, é que uma simples compreensão da realidade não legitima o que se compreende e muito menos nos leva até o Direito⁷⁵³. Estabelecer o limite entre o Direito e o não Direito, definir as condições sob as quais uma sociedade se torna bem ordenada, atribuir responsabilidades a cada um e o que lhe cabe dentro dessa comunidade, entre outras, estas são questões que dependem de uma primeira questão e que é a da validade jurídica. Mas reservemos, no entanto, essas notas também para o espaço conclusivo deste estudo e que pretende, em breves palavras, estabelecer a particularidade da abordagem jurisprudencialista e que a diferencia das demais.

⁷⁴⁹ Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito*, trad. de António Ulisses Cortês, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, 67 e segs. Sobre a dimensão hermenêutica do método jurídico e seu caráter analógico, que não é de modo algum deixar de reconhecer a relevância das argumentações clássicas, ver a mesma obra, 127 e segs., assim como Arthur KAUFMANN, *Analogia y naturaleza de la cosa: hacia una teoría de la comprensión jurídica*, trad. de Enrique Barros Bourie, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976, 81 e segs.

⁷⁵⁰ Para uma discussão crítica do alcance dessa superação do esquema sujeito-objeto em Kaufmann, inclusive para defendê-lo dos que acham que o mesmo se mantém fiel ao antigo modelo e insensível ao pluralismo atual, ver José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 147 e seg., assim como as notas 132 e 133.

⁷⁵¹ Arthur KAUFMANN, *Filosofia do direito*, 68 e segs.

⁷⁵² Arthur KAUFMANN, *Analogia y naturaleza de la cosa*, 83 e segs.

⁷⁵³ Castanheira NEVES, «Excurso», 411 e segs., 420 e segs., e 435 e segs.

5. A(s) teoria(s) da argumentação e o vazio material do consenso racional

A argumentação jurídica, não obstante o pluralismo de vozes que a sustenta, de acordo com Castanheira Neves é um pensamento prático que acentua as condições e os tipos de argumentação possíveis, convergindo entre si na procura de um consenso sobre os critérios (*topoi*) indispensáveis para que certos problemas possam ser resolvidos⁷⁵⁴. Convergência essa que, se levada em conta a necessidade de rejeitar a equivalência e de impor uma hierarquização de respostas ao caso juridicamente relevante, tal como Linhares explica, leva-nos à «exigência de submeter as (ditas) razões sistémico-jurídicas ao contraponto *normas/princípios*»⁷⁵⁵; convergência, também, que se extraída do confronto de justificações interna e externa — de uma justificação que seja dada sem discussão pelo ordenamento jurídico no primeiro caso ou que tenha de ser submetida à prova de suas premissas no caso da segunda — para a solução proposta⁷⁵⁶, pelo menos acentuará: (1) o discurso jurídico como um discurso prático especial; (2) o tratamento deste como uma terceira via que nos liberta dos decisionismos e ultrarracionalismos; (3) o reconhecimento de uma especificidade argumentativa que se vincula a uma estrutura silogística e assegura um padrão de universalidade da resposta oferecida⁷⁵⁷.

Com efeito, a teoria da argumentação de Toulmin, diferenciando-se de autores que pretendem recuperar as tradições da tópica e da retórica⁷⁵⁸, ocupa-se da argumentação em geral, pensa a lógica autonomamente e denuncia a impossibilidade de uma lógica formal que responda à demanda da maior parte dos argumentos⁷⁵⁹. *A lógica seria muito mais que uma ciência: seria também uma arte, no caso aquela que descobre leis ou regras de argumentação solidamente embasada, por vezes, operacionalmente distanciada das pretensões*

⁷⁵⁴ Para outros desenvolvimentos nesta parte, ver Castanheira NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, 115 e segs.

⁷⁵⁵ José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?* Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 66.

⁷⁵⁶ José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 67 e segs.

⁷⁵⁷ José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 109 e seg.

⁷⁵⁸ Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, 103 e segs., e 123 e segs.

⁷⁵⁹ Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, trad. de Reinaldo Guarany e Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Martins Fontes, 2006, 3 e segs., 154 e segs., e 169 e segs.

do cálculo⁷⁶⁰ e comumente aberta a uma pluralidade de caminhos, isto dentro de sua textura argumentativa⁷⁶¹. Mas também a argumentação jurídica, formulada por Perelman, oferece-nos uma proposta exemplar de reinvenção da filosofia prática, na medida em que assume a necessidade de romper com a tradição cartesiana do discurso. Paralelamente ao que se percebe de Toulmin, diferencia-se de outras concepções, como as de Alexy e MacCormick, visto que sua racionalidade é do tipo sujeito/sujeito e não sujeito/objeto, como parece ocorrer com estes dois últimos autores, nos quais subsistem alguns pressupostos normativistas e deducionistas.

Com efeito, o autor da nova retórica nos mostra a incompatibilidade entre as noções de deliberação e de «necessidade», assim como afastando a pretensão de «evidência» no ambiente da filosofia prática⁷⁶². Identificar o raciocínio jurídico como um raciocínio formal seria um equívoco profundo da modernidade jurídica, não somente porque não é evidente que assim seja, mas também, porque esvazia seu sentido filosófico e empobrece sobremaneira a deliberação⁷⁶³. A racionalidade prática não seria questão de conhecimento ou de demonstração, mas de decisão justificada, de diferentes modos e recursos⁷⁶⁴. A decisão, que o raciocínio jurídico visa, é tomada sempre dentro de uma margem de escolhas, convocando elementos de fato e de direito⁷⁶⁵ e sem dar-nos em princípio certeza de nada, mesmo porque o sistema de Direito não seria composto apenas de regras incontestáveis⁷⁶⁶. Disto decorre que existiria propriamente um raciocínio jurídico, mas o mesmo se caracterizaria por ser dialético e persuasivo⁷⁶⁷, permitido por um modelo de racionalidade que é argumentativo e que procura pelas justificativas de realizar certas escolhas⁷⁶⁸.

O julgador seria muito mais que um autômato, atuando com discernimento e responsabilidade, convocando normas, princípios, precedentes, etc., algo que uma boa teoria da argumentação, elaborada a partir de uma noção de

⁷⁶⁰ Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, 8 e segs.

⁷⁶¹ Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, 135 e segs.

⁷⁶² Chaïm PERELMAN / Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de argumentação*, trad. de João Duarte, Lisboa: Piaget, 2006, 9 e segs.; para o desenvolvimento dessa crítica dos autores, ver a mesma obra, 21 e segs.

⁷⁶³ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, trad. de Maria Ermantina A. P. Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2005, 469 e segs.

⁷⁶⁴ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 476 e segs., e 492 e segs.

⁷⁶⁵ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 487 e segs.

⁷⁶⁶ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 490 e segs.

⁷⁶⁷ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 498 e segs.

⁷⁶⁸ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 504 e segs.

auditório, estaria em condições de ajudar a fazer⁷⁶⁹. O sistema jurídico seria frágil e, às vezes, o julgador teria que achar por si mesmo a decisão, diz o autor⁷⁷⁰. Pelo lado de Alexy, a teoria da argumentação suscita outras questões. De fato, o autor alemão acredita que a argumentação pode ser um processo de discussão científico-jurídica com o propósito de responder à correção dos enunciados normativos, mais especificamente falando, «O discurso jurídico é um caso especial de discurso prático geral»⁷⁷¹ — e o é na medida em que se refere especificamente ao Direito vigente e porque não exige, apenas, que o enunciado normativo seja racional, mas que também seja racionalmente fundamentado dentro desse ordenamento vigente⁷⁷² —, levando aí implicadas as fragilidades do discurso prático geral e que devem ser corrigidos⁷⁷³. A noção de proposição normativa que toma para si, os juízos de valor ou de dever, descarta qualquer significação não empírica como quer o intuicionismo, assim como descarta que uma tal significação possa reduzir-se às relações empíricas, como quer o naturalismo⁷⁷⁴. A argumentação racional, em face da insuficiência da lei escrita ou da pretensão lógico-dedutiva, seria de todo necessária⁷⁷⁵, podendo ser empreendida por meio de uma metaética que nos conduza à definição do significado de enunciados, proposições e orações normativas⁷⁷⁶. Sua teoria se reporta a outras teorias argumentativas.

O autor reconhece a validade da diferenciação feita por Habermas entre a noção de verdade como representação, como enunciação de um estado de coisas, da noção de verdade como consenso, como acordo potencial, com todos os que podem entrar em diálogo conosco, sobre a atribuição de um predicado a um objeto⁷⁷⁷; toma também como importante a habermasiana definição de situação ideal de fala: aquela atingida quando a comunicação não é perturbada, seja por constrangimentos externos, seja por coações internas da própria estrutura de comunicação, descomprometendo-se com sua realizabilidade⁷⁷⁸; procurando estabelecer condições de uma comunicação linguística, persegue,

⁷⁶⁹ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 513 e segs.

⁷⁷⁰ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 520 e segs.

⁷⁷¹ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2008, 45.

⁷⁷² Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 210 e segs., e 217.

⁷⁷³ Para o desenvolvimento desta discussão, ver Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 274 e segs, onde o autor a retoma e a aprofunda.

⁷⁷⁴ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 181 e segs.

⁷⁷⁵ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 53 e segs.

⁷⁷⁶ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 57 e segs.

⁷⁷⁷ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 118 e segs.

⁷⁷⁸ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 134 e segs.

tal como Habermas e Apel, uma noção de validade das regras, mas recusa o designativo «pragmática transcendental» deste e adere àquele utilizado pelo primeiro, qual seja, «pragmática universal», por achá-lo menos equívoco⁷⁷⁹; afasta-se, porém, de Habermas, porque este não consideraria o processo um autêntico discurso, mas, apenas, uma estratégia.⁷⁸⁰

De fato, a teoria de Alexy rejeita taxativamente as abordagens psicológicas do discurso ético e aposta firmemente numa discussão moral orientada por regras, reportando-se às pragmáticas da linguagem, seja quanto à teoria «atos de fala», de Austin, seja quanto aos «jogos de linguagem», de Wittgenstein⁷⁸¹; mas também diferencia a noção de ação, própria dos jogos de linguagem e onde as pretensões de validade são tacitamente aceites, da noção de discurso, onde questões sobre a validade das proposições são postas, sem se ocupar necessariamente com a experiência linguística que tem lugar na ação.

De outro modo, em MacCormick encontramos coisas parecidas. O autor considera que a honestidade e a razoabilidade das pessoas não impedem que elas discordem sobre coisas que consideram boas ou adequadas, de modo que suas escolhas não são feitas por meio de premissas irrefutáveis, sendo certo que os afetos interferem de algum modo no modelamento do caráter das pessoas⁷⁸². Mas existem convenções argumentativas entre os juristas acerca de como devemos conduzir o debate sobre os litígios⁷⁸³, de modo que mesmo não havendo certeza nas decisões, isto não significa que não se possam motivar nossas escolhas. Pelo que aqui se pode ver, haveria pelo menos uma consciência histórica de que há um jeito certo de agir, que aderimos a certos princípios independentemente dos motivos de adesão, e a argumentação consistiria na tentativa de estabelecer padrões decisórios⁷⁸⁴. A alegada clareza da norma, tanto para o normativismo quanto para alguns de seus críticos, não seria nada evidente, fazendo com que a argumentação-justificação seja o caminho mais adequado para encontrar a decisão certa, podendo a mesma gerir sistemas jurídicos racionais, mas não determinados⁷⁸⁵. Seria possível, para ele, mesmo

⁷⁷⁹ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 188 e segs.

⁷⁸⁰ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 216.

⁷⁸¹ Robert ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica*, 68 e segs.

⁷⁸² Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, trad. de Waldéa Barcellos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, 6 e segs.

⁷⁸³ Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 14 e segs.

⁷⁸⁴ Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 1, e 8 e segs.

⁷⁸⁵ Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 325 e segs., e 352 e segs.

discordando de Dworkin, levar a sério o Direito e encontrar seus princípios basilares⁷⁸⁶, tendo em conta a responsabilidade que é inerente dessa busca⁷⁸⁷.

Mas uma concepção bastante singular da argumentação nós a temos em Atienza, dado que sua defesa deste modelo de racionalidade não impede que reconheça seus limites, quanto à resposta a determinadas questões práticas. Com efeito, o autor reconhece que para além de uma diferenciação entre «casos fáceis» e «casos difíceis», existem mesmo os «casos trágicos», embora aquele autor não pareça nos ajudar muito em sua diferenciação porque não nos diz claramente como enfrentar essa situação. Há para ele três funções básicas da argumentação⁷⁸⁸: uma função cognoscitiva que nos ajudaria a perceber o caráter dinâmico e interdisciplinar do fenômeno jurídico, estando a própria argumentação aberta ao diálogo com outros campos do saber como a lógica, a filosofia, a linguística, a psicologia cognitiva, entre outros; uma função prática que é a de nos orientar na produção, interpretação e aplicação do Direito, ajudando-nos a compor um método constitutivo da argumentação e de instituição de critérios corretivos dessa argumentação; uma função moral e política que é a de nos ajudar a detectar e a corrigir as ideologias jurídicas inevitavelmente presentes em determinadas formas de argumentação.

De fato, para o autor, a argumentação é da essência da prática jurídica, embora seu domínio teórico não seja indispensável para uma *performance* argumentativa⁷⁸⁹, dada a distinção feita pela filosofia da ciência entre «contexto de descoberta», restrita à explicação de como um conhecimento se desenvolve, e «contexto de justificação», disposto a confrontar tal conhecimento com a realidade para encontrar sua validade, uma teoria da argumentação, assumindo o contexto da justificação, permitiria que refletíssemos melhor sobre nossa prática jurídica. Isto seria algo mais que optar entre discursos descritivo e prescritivo, entre descrever o procedimento decisório dos juízes e a recomendação de como deveriam fazer para conferir razoabilidade às suas decisões: a teoria da argumentação nos permitiria estudar sob «qué condiciones un argumento puede considerarse justificado»⁷⁹⁰. Trata-se para ele de uma investigação que nos leva para além de dizer em que condições uma decisão estará formalmente justificada, determinando as condições materiais

⁷⁸⁶ Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 332 e segs.

⁷⁸⁷ Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 354 e segs.

⁷⁸⁸ Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 249 e segs.

⁷⁸⁹ Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 19 e segs.

⁷⁹⁰ Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 24.

exigíveis para tal. Aqui nos é oferecida uma distinção entre lógica formal e material, reconhecendo, nesta última, as pretensões da tópica e da retórica.

A possibilidade trazida por Atienza de uma justificação material da deliberação jurídica constituiria, na verdade, uma inegável oportunidade de responder ao «determinismo metodológico» dos que acreditam que as decisões jurídicas não carecem de justificação, visto que tomadas por uma autoridade legítima e/ou resultantes da aplicação pura e simples de normas gerais a fatos concretos. Mas serviria, também, para responder ao «decisionismo metodológico» de quem acredita que as decisões não são passíveis de justificação, uma vez que seriam puros atos de vontade⁷⁹¹. Ora, se razão e decisão são coisas distintas, dado que uma subsiste sem a outra, elas são faces da mesma moeda e a razão pode melhorar a decisão⁷⁹². Uma teoria da argumentação cumpriria inclusive, como já dito, uma função moral e política: mostrar até que ponto as ideologias dos autores se escondem por trás de suas justificativas teóricas, como a ideologia moderna de que todo caso tem sempre pelo menos uma decisão correta para ele, ideologia essa expressa em Alexy, MacCormick e Dworkin, sem falar da posição deste último ao defender a existência de uma *única* decisão para cada caso⁷⁹³.

As conclusões disto tudo que curiosamente o autor nos sugere, parece que não dando conta inicialmente da enganosa dicotomia «casos fáceis» e «casos difíceis» como Linhares explicita⁷⁹⁴, é a de que para além de uma bem elaborada teoria da argumentação, deve-se reconhecer as situações em que o julgador se encontrará diante de um dilema... onde «no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral»⁷⁹⁵. Mas se este é um traço importante por reconhecer internamente os limites da argumentação, importa mais neste instante ouvir as limitações que lhe são postas pelo jurisprudencialismo.

Com efeito, o que se percebe do pensamento de Toulmin era já uma concepção da jurisprudência como uma boa argumentação, confessado desde logo o

⁷⁹¹ Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 24 e segs.

⁷⁹² Manuel ATIENZA, *Argumentation in the law*. <<http://www.ivr-enc.info/en/entry.php?what=showEntryToPrint&entryId=14>>, 1 e segs.

⁷⁹³ Para uma outra crítica à pretensão de Dworkin, só que agora assumindo o compromisso de superar o binómio casos fáceis/casos difíceis, ver José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 155 e segs.

⁷⁹⁴ José Manuel Aroso LINHARES, *O binómio casos fáceis/casos difíceis*, 97 e segs., e p. 143 e segs.

⁷⁹⁵ Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 252.

caráter procedimental de sua correção⁷⁹⁶. Isto não parece ser muito diferente do que se vê em Perelman, isto é, que o problema do raciocínio jurídico é um problema de estabelecimento de premissas, dando às normas jurídicas seu alcance exato⁷⁹⁷. De outro modo, *a noção de argumentação, sustentada por MacCormick*, não deixa de acentuar a necessidade de justificação das nossas escolhas, mas no jogo persuasivo do argumento, não está inclusive descartada a possibilidade de insinceridade (deslealdade?) por parte dos debatedores⁷⁹⁸. Assim, é que a insuficiência do procedimentalismo jurídico é claramente denunciada por Castanheira Neves. É que, segundo o autor, a tópica e a argumentação requerem um *a posteriori consensus* persuasivo, sendo os critérios de decisão e os argumentos em concreto equivalentes entre si. Desta forma, a discussão, de natureza apenas racional e argumentativamente conclusiva, é a única instância de controle da decisão⁷⁹⁹.

Sendo assim, e se essas breves notas esclarecem alguma coisa, o que aqui principalmente se quer destacar, no contraponto com o pensamento de Castanheira Neves, é a clareza da dimensão processual que essas propostas têm em comum. Tudo isto fazendo com que o problema deliberativo se converta em um problema de identificação e escolha de critérios a serem levados em conta no momento da deliberação. A argumentação oferecida por Alexy considera mesmo que «Uma norma ou um mandamento singular que satisfaçam os critérios determinados pelas regras do discurso podem ser qualificados de justos»⁸⁰⁰. O que os participantes de uma discussão levam em conta, segundo este autor, são os procedimentos para a elaboração e obtenção de regras jurídico-positivas ou outras regras de discurso, assim como os procedimentos para sua aplicação⁸⁰¹. A ideia fundamental de sua teoria do discurso prático racional centra-se na diferenciação básica entre as «regras do discurso lógico», encontradas nas proposições, e as «regras do discurso racional», a referirem também ao comportamento dos falantes, no que se definem como «regras pragmáticas»⁸⁰². Isto faria com que mesmo não havendo certeza absoluta do resultado, tal situação seria suficiente para

⁷⁹⁶ Stephen E. TOULMIN, *Os usos do argumento*, 9 e segs. Ver também Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, 104 e segs., e 119 e segs.

⁷⁹⁷ Chaïm PERELMAN, *Ética e direito*, 496 e segs.

⁷⁹⁸ Neil MACCORMICK, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, 16 e segs., e especialmente 22.

⁷⁹⁹ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 73 e seg.

⁸⁰⁰ Robert ALEXEY, *Teoria da argumentação jurídica*, 48.

⁸⁰¹ Robert ALEXEY, *Teoria da argumentação jurídica*, 48 e segs.

⁸⁰² Robert ALEXEY, *Teoria da argumentação jurídica*, 183; o detalhamento de sua noção de argumentação jurídico-racional é encontrado na mesma obra, 217 e segs., e 280 e seg.

conferir razoabilidade a uma experiência argumentativa. O jurisprudencialismo é outra coisa como já disse, daí que seja preciso dizer algo a título de síntese e de conclusão, como se segue.

6. Conclusão

E assim devo concluir. Isto para acentuar que se o jurisprudencialismo, na medida em que realiza uma das críticas mais conseguidas ao normativismo e aos funcionalismos jurídicos, realiza uma crítica interna ao Direito, diferenciando-se das diferentes vozes do movimento de reaproximação com o pensamento aristotélico. Como o próprio Castanheira Neves diz, o desafio metodológico do presente nos obriga a distanciar em simultâneos das tradições filosóficas de Galileu e de Aristóteles, visto que se precisamos reencontrar o contexto culturalmente significativa da prática jurídica, esquecido pelo pensamento moderno, nem por isto estamos obrigados a recuperar aquela ordem metafísica e transcendente que orientou o pensamento pré-moderno⁸⁰³.

Com efeito, diz o autor português, assistimos hoje a um verdadeiro enfraquecimento do discurso sujeito-objeto, de modo que se comprometer com a filosofia prática é apostar em um fundamento material do Direito⁸⁰⁴: com aquele fundamentado numa relação sujeito-sujeito, recusando sejam aquelas entidades absolutas e autossubsistentes nas quais o jusnaturalismo clássico apostava — a autodisponibilidade humana hoje tida como própria do pensamento jurídico é incompatível com uma pura descoberta ou busca teórica dos fundamentos materiais da deliberação jurídica —, sejam aqueles compromissos político-sociais nos quais o positivismo normativista se orientava, isto é, aqueles que emergem exclusivamente de uma *voluntas* e se orienta pelo finalismo de oportunidade em face de contingências políticas, sociais ou econômicas.

Neste horizonte é que se situa a racionalidade jurídica tal e qual, respeitado aquele «*initium* luminoso»⁸⁰⁵ dos romanos ou aquela intuição original de um pensamento prático-prudencial que Castanheira Neves tem procurado reconstituir, enquanto aceita os desafios que o próprio momento nos coloca.

⁸⁰³ Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares*, 43 e segs.

⁸⁰⁴ Castanheira NEVES, *Apontamentos complementares*, 46 e segs.

⁸⁰⁵ José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 155.

Dessa especificação decorre um autêntico diferendo, como diz Linhares sobre o contraponto *societas-communitas*⁸⁰⁶, sendo certo que se o jurisprudencialismo tem suas raízes nessa reinvenção da *communitas*, o mesmo convoca outros pressupostos⁸⁰⁷. A promessa que a racionalidade jurídica nos faz, se ouvirmos o próprio Castanheira Neves, é a de uma «reconstituição crítica do sentido hoje do Direito — que será *axiológico-normativa* nos fundamentos, *prático-normativa* na intencionalidade e *judicativa no modus* metodológico”⁸⁰⁸. A prática jurídica exige que atentemos para o seu carácter problemático-concreto e para sua intenção normativo-material⁸⁰⁹.

Com efeito, pensar o Direito tal e qual, implicaria reconhecer o método jurídico como um problema fundamental da Filosofia do Direito⁸¹⁰. Qual método? Aquele que «interroga pelo *originarium* constitutivo do direito, pelo sentido do direito como direito no nosso quadro civilizacional e que no-lo traga à sua cultural possibilidade diferenciadora»⁸¹¹. Uma exigência que coloca em dúvida aquela diferenciação entre ser e dever-ser, da qual o positivismo clássico se alimentou, dado que «é num dever-ser assumido autonomamente pelo pensamento jurídico em termos fundamentantes e constituintes que o direito positivo acaba por ter o critério decisivo da sua própria realização»⁸¹².

A racionalidade jurídica aqui se diferencia do que o normativismo sustentou, já que a indicação prévia do critério de solução, feita pelo sistema, seria apenas um dos momentos do processo de realização do Direito, convocando um momento decisório: a norma seria apenas uma solução abstrata, sujeita às exigências normativas específicas do caso, pois se é possível uma prévia determinação de sentido dessa norma, «esse sentido tem apenas um valor hipotético e irá ser submetido como que a uma experimentação problemático-decisória

⁸⁰⁶ José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 127.

⁸⁰⁷ José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 148 e segs.

⁸⁰⁸ Castanheira NEVES, «O “jurisprudencialismo” — proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito», in Nuno Morgadinho Santos COELHO / António Sá da Silva, ed., *Teoria do direito: direito interrogado hoje – Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*, Salvador: Juspodivm, 62 e seg.

⁸⁰⁹ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 14.

⁸¹⁰ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 9.

⁸¹¹ Castanheira NEVES, «O problema da universalidade do direito — ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas», in Castanheira NEVES, *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 3, 118. «Que sentido? Aquele que culturalmente nos oferece as referências espirituais capazes de nos interpelar a transcendermos a realização humana pura e simples.» Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», in Augusto Silva DIAS *et alli*, ed., *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 11.

⁸¹² Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 81.

em referência à relevância jurídica material do caso concreto»⁸¹³. Desastroso seria aqui uma aposta semântica do pensamento jurídico, dado que contra a inevitável porosidade dos critérios de solução não existe solução: diante de uma ausência de sentido da norma⁸¹⁴, a única coisa que se pode fazer é imputar-lhe um sentido, o que significa erigir o intérprete em criador e não mero leitor do texto⁸¹⁵. Todo Direito é Direito Positivo, mas uma autotranscendentalidade é de todo inevitável⁸¹⁶.

Isto tudo é que faz com que a pesquisa por um método específico do Direito, levado a cabo pelo jurisprudencialismo, recusará qualquer regresso ao jusnaturalismo ou qualquer solução meta-histórica para o caso, assim como qualquer outra que resulte numa aplicação mecânica e fácil das normas de Direito⁸¹⁷. Isto impõe a separação dos problemas jurídicos em relação aos problemas políticos, econômicos, científicos, éticos, entre outros⁸¹⁸. Isto equivale dizer que a exclusão da necessidade ontológica, nos domínios da *praxis*, não nos condena à mera contingência política, ou a outra qualquer, pelo contrário, convoca «um *tertium genus* dado numa transcendental autopressuposição axiológica-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva»⁸¹⁹. A grande perplexidade do pensamento jurídico atual seria a ameaça da erosão de sentido que os reducionismos jurídicos impõem a ele, uma vez que somente um pensamento jurídico autônomo nos imunizaria contra a ameaça do poder e de outras contingências⁸²⁰. Qualquer forma de reducionismo, seja de dimensão científica ou ética, é globalmente recusado

⁸¹³ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 81.

⁸¹⁴ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 114.

⁸¹⁵ Para uma breve exposição do problema atual da interpretação jurídica, ver Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 83 e segs. «De resto, a questão da interpretação hoje seria muito mais que desvendar um algoritmo ou o domínio de uma tecnologia, mas o da própria realização do Direito, de modo que tal realização não seria o que for a interpretação em si, mas deveria de ser o que a realização implique que a interpretação seja.» *Ibidem*, 127.

⁸¹⁶ Castanheira NEVES, *Introdução ao Direito*, 87 e segs.

⁸¹⁷ Para uma análise desta passagem do Direito Natural ao Direito Positivo, bem como da «superacção» de ambos por um novo movimento de reabilitação da filosofia prática, ver Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 23 e segs.; conferir ainda e especialmente Castanheira NEVES, «O sentido actual da metodologia jurídica», 122.

⁸¹⁸ Castanheira NEVES, «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», in Castanheira NEVES, *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, vol. 3, 176.

⁸¹⁹ Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 147.

⁸²⁰ Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 25 e segs.

pelo autor português, o primeiro, porque ignora o problema do sentido do Direito, e o segundo, porque o ultrapassa⁸²¹.

A autonomia do Direito e do método jurídico nos garantiria, de acordo com Castanheira Neves, uma deliberação livre e justa. A inexistência de uma proposta autossignificativa no movimento de restauração do Direito Natural, aliada à plurissignificação e ambiguidade da expressão, teria levado ao fracasso daquela escola, nada mais avançando para além das circunstâncias epocais que determinaram esse movimento, isto é, a reação contra...

O cansaço perante o frio intelectualismo positivista, o reconhecimento crítico dos limites e mesmo o fracasso cultural do cientismo positivista-naturalista relativamente aos problemas mais fundos do homem; o próprio desenvolvimento histórico-social e cultural a pôr novos iniludíveis problemas humanos e sociais; a recuperação, senão a revelação, por vezes desesperada e num horizonte de angústia, de novas agônicas dimensões humanas a manifestarem-se na vida e como a vida da experiência concreta, e a convocarem assim o homem à consciência de uma mais profunda e plena, posto que problemática, humanidade.⁸²²

A racionalidade jurídica, defendida pelo jurisprudencialismo, sustenta-se numa inevitável dialética sistema-problema. Com efeito, apela-se para a experiência da circularidade normativa, da autotranscendentalidade e da continuada realização⁸²³. Mas, ao contrário da tópico-retórica, isto não significa um qualquer casuísmo⁸²⁴: trata-se diferentemente de um «processo de institucionalização internamente *assumido* pelo mundo prático do direito»⁸²⁵. A dimensão da validade do Direito ou a sua dimensão axiológica-normativa, convoca e se coimplica com outras três dimensões que estruturam o sistema jurídico⁸²⁶: uma dimensão dogmática que converte as exigências de validade em abstrata objetivação das soluções ou pré-soluções para os problemas hipoteticamente previstos, em outras palavras, soluciona prudencialmente a concreta indeterminação dos regulativos postos pela validade; uma dimensão

⁸²¹ Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 5.

⁸²² Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 40 e segs.

⁸²³ Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 18 e segs. Deste modo, «a irredutível abertura do sistema impõe ainda que a realização do direito interrogue continuamente e se faça intérprete, no seu juízo normativo concreto, do *consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da “consciência jurídica geral”, com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça — e daí também quer a indispensável e responsável mediação do “intérprete”, quer o momento filosófico-jurídico de toda a realização do direito.» *Idem*, *Metodologia Jurídica*, 80.

⁸²⁴ Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 147 e segs.

⁸²⁵ José Manuel Aroso LINHARES, «Jurisprudencialismo», 156.

⁸²⁶ Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 18 e segs.

problemático-dialética que expressa aquele *novum* problemático e irreduzível à previsibilidade dos esquemas dogmáticos, em face do que é a concretude e a originalidade da experiência jurídica; uma dimensão praxística que se traduz na realização crítico-judicativo-decisória do regulativo na prática histórico-social concreta.

Ocorre, ainda, que a validade não se completa, apenas, quando se expressa numa estrutura, sendo certo que vai exigir, também, que essa estruturação se organize pela racionalidade de um sistema, específico, por sinal...⁸²⁷. Um sistema assumidamente complexo, disposto a integrar, pela própria dinâmica da realização, os diferentes estratos normativos desse sistema e a definirem o conteúdo do Direito. Quais estratos? O primeiro que são os *princípios* — positivos e transpositivos, onde se incluem as cláusulas gerais mais relevantes, e os suprapositivos —, constituindo o momento de validade fundamentante ou intenção de *transcendens* constituinte que impede que o Direito seja somente *ordinatum/normatum*/objeto, mas, sim, *ordinans*; é por meio de tais princípios que a validade axiológico-normativa se funda e se expressa.

O segundo estrato é composto de *normas*, opções político-estratégicas, cuja vinculação advém da legitimidade e autoridade instituintes, de qualquer modo indispensável, porque o regulativo de validade não dispensa uma determinação, sendo sempre o apelo de uma contingente realidade histórico-social que tem para com a validade uma relação de possibilidade e não de necessidade. As normas são aquela categoria geral da objetivação dogmática por meio das quais os critérios de solução do problema são positivados. A *jurisprudência* é o terceiro estrato, o momento em que posições diferentes, suscitadas pela argumentação, objetiva e estabiliza uma já experimentada realização problemático-concreta do Direito, adquirindo presunção de justiça. Por fim, a *dogmática*, resultado da «elaboração livre» da normatividade, sustentada na própria racionalidade fundamentada e decisiva objetivação do sistema; a elaboração prudencial realiza sua inteligibilidade última, sobretudo pela avocação dos princípios.

Por fim, resta dizer que, para Castanheira Neves, contra os reducionismos normativos ou as indeterminações tópicas, retóricas e interpretativas, o Direito não contempla diretamente nenhuma contingência, ainda que uma

⁸²⁷ Castanheira NEVES, «Pensar o direito num tempo de perplexidade», 20 e segs., e 155 e segs. *Idem*, *Metodologia Jurídica*, 155 e segs. *Idem*, «Fontes do direito», in *idem*, *Digesta — escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, vol. 2, 331 e segs.

contingência positiva⁸²⁸. Com efeito, o Direito Positivo não oferece, por si só, quer os critérios quer os fundamentos normativo-jurídicos exigidos pela sua realização⁸²⁹. Pode-se dizer que nem mesmo o sistema jurídico, com os diversos estratos que possui, seja em si autossuficiente, expondo-se a uma necessária abertura e permanente reconstituição, tomando o caso como *prius* e como autônomo aos saberes anteriores, assim como sujeitando-se a uma crítica que é interna antes de tudo⁸³⁰. A abertura do sistema jurídico seria a nota fundamental de sua própria universalidade? Diz-se que a única universalização possível da experiência jurídica está no seu problema, e nunca nas soluções que a ele são dadas. Tanto assim é que para o jurisprudencialismo o Direito é uma experiência concreta, histórica e problematicamente situada, sugerindo, apenas e de uma vez por todas, respostas distintas para problemas comuns, colocados pela nossa Humanidade comum⁸³¹.

⁸²⁸ Castanheira NEVES, «O problema da universalidade do direito», 110.

⁸²⁹ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 29 e segs., e 176.

⁸³⁰ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica*, 159 e segs.

⁸³¹ «É aí se saberá que o direito é só uma *resposta possível* (civilizacional-culturalmente tão condicionada como frágil) a um humano-social *problema necessário* e a que por isso mesmo não ficam excluídas respostas diversas enquanto eventuais *alternativas* ao direito — embora se deva bem esclarecer o que por essas alternativas humanamente se ganhará ou perderá.» Castanheira NEVES, *A crise actual da filosofia do direito*, 14. Itálicos do autor.