

PARA ALÉM DO POSITIVISMO JURÍDICO: A METODOLOGIA JURISPRUDENCIALISTA DE A. CASTANHEIRA NEVES

Lucas Abreu Barroso¹

RESUMO

No apagar das luzes da modernidade o jurisprudencialismo surge com a pretensão de reconstituir criticamente o sentido do direito. A partir de alguns pressupostos, deixa à evidência sua formulação teórica. Será, nos fundamentos, axiológico-normativo; na intencionalidade, prático-normativo; e, no modo metodológico, judicativo. Tal padrão de juridicidade a conjugar uma certa intencionalidade normativa ali contida com um específico modelo de pensamento jurídico voltado à sua realização. E tendo como consequências a autonomia, os limites e as alternativas ao direito.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Pós-positivismo. Metodologia jurídica. Jurisprudencialismo.

ABSTRACT

At the end of modernity jurisprudentialism arises with the intention to critically reconstruct the sense of law. From some presuppositions, it evidences its theoretical formulation. It will be axiological-normative in the foundations; practical and normative in the intentionality; and methodology-wise, judicative. Such a pattern of juridicity combines a certain normative intentionality contained therein with a specific legal thought model aimed at its realization. And it has as consequences autonomy, the limits and alternatives to law.

Keywords: Post-modernity. Post-positivism. Legal methodology. Jurisprudentialism.

INTRODUÇÃO

O esgotamento dos modelos paradigmáticos da teoria jurídica da modernidade ensejou o desenvolvimento, sempre aberto, de uma multiplicidade de formulações críticas no direito a partir do último quarto do século XX (CÁRCOVA,²⁰⁰⁷, p. 107). De origem heterogênea, provocaram rupturas de diversas naturezas e graus de profundidade (CÁRCOVA,²⁰⁰⁷, p. XIII-XIV).

Tais análises críticas, entretanto, compartilhavam pressupostos semelhantes. E a elas se seguiram os aportes de consagrados pensadores da atualidade e de correntes teóricas

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Professor na Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

concebidas em outros campos do conhecimento (CÁRCOVA²⁰⁰⁷, p. XIV).

Enfim, pairava naquele momento histórico um *mal-estar* provocado por profundos câmbios epistemológicos e políticos (CÁRCOVA²⁰⁰⁷, p. XV). Era preciso recorrer a novos recursos teóricos e dar espaço a posturas “construtivistas” no saber jurídico (CÁRCOVA²⁰⁰⁷, p. XV).

Nessa esteira, surgem as teorias jurídicas pós-positivistas. Nem todas rompendo epistemologicamente com o juspositivismo e suas metamorfoses (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209). Mas, por certo, fruto das consequências da pós-modernidade e da globalização a alcançar a juridicidade, agora ressignificada pela realidade - e por si mesma.

O recorte temático deste estudo intenta dialogar com o *jurisprudencialismo* de A. Castanheira Neves enquanto proposta de uma metodologia alternativa de realização do direito (NEVES, 1993, p. 25), nesses tempos de crise que colocam em dúvida sua autonomia e ameaçam sua própria sobrevivência.

1. SUPERANDO AS OPÇÕES DOMINANTES NA MODERNIDADE

A exaltada “ciência do direito” não alcançou um discurso homogêneo no pensamento jurídico da modernidade (FARIA, 1993, p. 19). Em verdade, ela concretizou a utilização simultânea de distintos paradigmas (FARIA, 1993, p. 19). [Cabe frisar que a ideia de paradigma aqui suscitada guarda a mesma orientação que lhe foi atribuída por Thomas Kuhn (KUHN, 2011, p. 29)].

Dentre os mais destacados deles, o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, não se verificou uma paridade de forças, em virtude do “ideal monolítico de uma ciência do direito hegemônica” (FARIA, 1993, p. 20). Pôde-se mesmo constatar a “apropriação” de um paradigma pelo outro, até o ponto de constituir-se o direito uma “ciência madura”, a recusar a evolução, a criatividade e a crítica (FARIA, 1993, p. 20).

Isso impôs ao conhecimento jurídico um confinamento e uma alienação em progressiva contradição com a realidade, diante da qual esse tipo de “ciência” reduziu a normatividade ao *senso comum teórico* dos juristas, o que implicara necessariamente no abandono da construção do saber com lastro nas relações sociais, em vista de sua justificação por meio de um discurso padronizado (FARIA, 1993, p. 21).

Daí só haver possibilidade de reafirmação da autonomia do direito no atual contexto cultural e histórico-social no momento em que a alternativa jusnaturalismo e positivismo jurídico não mais permanecer absoluta (NEVES, 2010, p. 62). A ocasião agora parece, pois, favorável a um terceiro gênero, “dado numa autopressuposição axiológico-normativa fundamentante e regulativamente constitutiva” (NEVES, 2010, p. 63).

A opção entre jusnaturalismo e positivismo jurídico já não representa mais que um falso dilema (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 9). É necessário superar em definitivo a “antinomia imobilista” dessas escolhas dominantes na modernidade (SANT'ANNA, 1993, p. 28).

O pensamento jurídico continua em larga medida obstacularizado por essas correntes

reducionistas, porquanto ideologias que não permitem perceber o direito em toda sua complexidade (SANT'ANNA, 1993, p. 27-28).

A uma, pois

contra o jusnaturalismo e a sua procura dos fundamentos constitutivos do direito numa manifestação ou modalidade do Ser ('a natureza'), [...] se compreende, irreversivelmente, que o direito compete à autonomia cultural do homem, que ele, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (resposta por isso só possível, não necessária) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e o condicionamento histórico-sociais de toda a cultura (NEVES, 2010, p. 62).

Depois, porque

contra o positivismo jurídico se terá de negar que o direito seja tão-só o resultado normativo de uma voluntas simplesmente orientada por um finalismo de oportunidade ou mera expressão da contingência política ou dos compromissos estratégico-sociais. Pois a prática humana histórico-cultural e de comunicativa coexistência (quer a prática ética em geral, quer particularmente a prática jurídica), com a sua tão específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, refere sempre nessa intencionalidade e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental ou ao epistême prático de uma certa cultura numa certa época (NEVES, 2010, p. 62-63).

Com efeito, quando indagado sobre ainda poder-se considerar o direito uma *ciência*, Castanheira Neves expôs sua dual discordância:

Esta pergunta quero entendê-la num duplo sentido. Um primeiro sentido toma-a literalmente, perguntando-se se o direito se pode considerar em si próprio uma ciência; um segundo sentido, e que admito ser sobretudo aquele que se visa, referindo a possibilidade epistemológica não já do direito em si, mas especificamente do pensamento jurídico.

A consideração do próprio direito como 'ciência' já teve, é certo, a sua época e será difícil admiti-la actualmente, perante a aprofundada crítica epistemológica dos nossos dias. [...]

O segundo sentido da pergunta, a referir a hipotética possibilidade, se não a exigência, de ser o pensamento jurídico uma 'ciência',

remeto-nos, bem caracteristicamente, para o cientismo do séc. XIX. Foi a partir de aí e uma vez que então a ciência, a cientificidade, seria o critério da própria validade cultural em geral, que também o pensamento jurídico se passou a preocupar em afirmar-se e pretendia ser reconhecido como 'ciência' - a 'ciência do direito'. Os juristas acrescentaram então à sua problemática específica, a do problema do direito e dos problemas jurídicos *qua tale*, um outro problema, o problema epistemológico do seu próprio pensamento jurídico [...] (NEVES, 2013).

A oportunidade de momento é para uma inexorável superação do modelo precedentemente triunfante, conquanto refundadas as circunstâncias culturais, históricas, econômicas e sociais que apoiavam o positivismo jurídico.

Nas preciosas lições de Roberto Freitas Filho:

A realidade para a qual se preparam os atores jurídicos e para a qual teoricamente se produziu o juspositivismo parece não existir. A natureza dos conflitos se alterou, as características do sujeito de direito se modificaram, e, portanto, os conhecimentos do ator jurídico devem ser outros. Questões macroeconômicas, novos direitos, a globalização econômica, a perda de capacidade normativa do Estado-nação, entre outros fatos, provocam o ator jurídico a pensar o Direito de forma diversa daquela de uma realidade socioeconômica de matriz liberal na qual a tradição do pensamento jurídico ocidental foi conformada (FREITAS FILHO, 2013, p. 23-24).

Portanto, importa agora perguntar sobre a transposição do sentido do direito de ontem para o dos dias presentes: o positivismo jurídico pode seguir cumprindo o papel que desempenhou na modernidade? “El positivismo jurídico ha agotado ya, nos parece, su ciclo histórico”, afirmam Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2007, p. 25). Mas isso não significa, como salientam, que todo o legado da tradição positivista deva ser reprovado (2007, p. 25).

O positivismo nem é mesmo a teoria adequada para sustentar a realidade jurídica no *Estado constitucional*. O direito como *prática social complexa* precisa decidir casos, justificar decisões, produzir normas. Algo muito distante de um simples conjunto de princípios e de regras (ATIENZA; MANERO, 2007, p. 25-26). Uma teoria jurídica cujo centro de atenção não esteja nos casos usuais ou na determinação do direito, senão que nos casos difíceis e na indeterminação deste, com interesse muito maior nos conflitos não resolvidos do que nas soluções engendradas no passado (CALSAMIGLIA, 1998, p. 211).

2. O JURISPRUDENCIALISMO E A RECONSTITUIÇÃO CRÍTICA DO SENTIDO DO DIREITO

O tempo também corre contra a história. As sucessivas civilizações conheceram a tragédia do fim ou o perigo do colapso. Foram convocados, sempre, esforços de superação: de *sentido* - antes de quaisquer outros. Vive-se o fechamento de mais um ciclo, o da

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 1809-1873.

Modernidade... “Jamais fomos modernos”? (LATOURETTE, 2011, *passim*). [Experimentou-a o povo brasileiro?] Prosseguir é preciso, em um modo constituinte novo. Momento de renovar as esperanças no futuro (NEVES, 2012, p. 10).

O jurisprudencialismo, enquanto proposta de reconstituição crítica do sentido do direito, reclama por alguns pressupostos:

O **filosófico-antropológico**: Voltado a um entendimento específico do tipo humano nele envolvido, que não pode ser outro senão o *homo personatus*, que se “compreende como humano centro de imputação ética e de dignidade axiológica na interlocutora e responsabilizante convivência prático-comunitária” (NEVES, 2010, p. 60-61). O homem-pessoa que tem por essencial uma constitutiva dimensão ética, “numa autonomia de transcendência axiológica e normativamente vinculante” (NEVES, 2010, p. 61).

A **praxis humano-social**: Aquela prática relacionada a uma “validade axiológico-normativa e crítica [...]. Praxis humano-social não de sentido apenas racional [...], mas de uma irreduzível dimensão axiológica” (NEVES, 2010, p. 61).

O **meio humano de existência**: A *comunidade*, como histórica e irreduzível realidade do homem, que não há de ser confundida com a *sociedade*, de organização associativo-individualística, mas como universo de convivência em suas dimensões existenciais, possibilitantes e histórico-sócio-culturais, em que se desenvolve a vida humana (NEVES, 2010, p. 61-62).

Com efeito, a apresentação desses pressupostos permite enunciar as características da teoria jurídica de A. Castanheira Neves: “axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade e *judicativa* no modus metodológico” (NEVES, 2010, p. 62).

Este novo padrão de juridicidade exigirá a conjugação: (a) de “uma certa intencionalidade normativa a compreender na juridicidade” (NEVES, 2010, p. 62) e (b) de “um específico modelo de pensamento jurídico chamado à sua realização” (NEVES, 2010, p. 62).

No plano da intencionalidade, pela integração dialética entre uma *perspectiva*, um *sentido* (direcionado a uma intenção de *validade*) e uma determinante *normatividade*.

Perspectiva: Faz substituir a compreensão da juridicidade orientada pela *perspectiva da sociedade* (de índole *macroscópica*, regulatoriamente *macroscópica*) pela *perspectiva do homem* (de índole *microscópica*, judicativamente *microscópica*) (NEVES, 2010, p. 62). Assim, o objetivo do direito estará “na solução de validade normativa dos problemas da prática humana concreta” (NEVES, 2010, p. 62-63). E seu núcleo “não estará na lei, mas no *juízo* prático-normativo” (NEVES, 2010, p. 63).

Sentido: Questiona o constitutivo da emergência do direito como direito, “do que ao direito com o sentido de direito o constitui” (NEVES, 2010, p. 63). Para tanto, devem ser evocadas suas condições possibilitantes e as dimensões constitutivas da sua validade normativa, isso no momento de uma “compreensiva determinação da validade do direito [momento intencional e estritamente normativo] enquanto o axiológico-normativamente fundamentante”, pois uma segunda e intransigível procura vem da “problemático-concreta realização dessa regulativa validade [momento metodológico de uma também

específica problemática e racionalidade], continuamente a reconstituir na sua normatividade por essa mesma problemática realização” (NEVES, 2010, p. 65). As condições possibilitantes, com destaque para a *condição ética* do direito [a *pessoa*², “o referente e o titular da humana prática jurídica”], mas também relevantes a *condição mundanal* e a *comunidade* (NEVES, 2010, p. 65-66)³ Quanto ao direito como validade, este traduz uma vinculação ao sujeito ético, a *pessoa*, “com a sua autonomia-liberdade e a sua integração-responsabilidade” (NEVES, 2010, p. 67). Entretanto, como validade *normativa* (NEVES, 2010, p. 67)⁴ não simplesmente como norma, lei ou regra; mas *fundamento*, “de intencionalidade e expressão axiológico-normativa a invocar como exigência normativa na prática humano-social e em todos os juízos decisórios suscitados por essa prática” (NEVES, 2010, p. 67). E sem deixar pendente o problema do *fundamento* desta validade normativa do direito, arremata: “[...] fundamento histórico-culturalmente de constituição humana, mas que não obstante ao homem indisponivelmente vincula” (NEVES, 2010, p. 70).

Normatividade: Atribui conteúdo à validade do direito. Tal normatividade de validade (normatividade jurídica fundamentante) não abarca a normatividade que emana das *fontes do direito* (normatividade jurídica positiva), sendo certo que esta deverá estar sempre em consonância com aquela, “que haverá de concretamente determinar-se e realizar-se sem a violar e assimilando-a - assim se cumprirá o sentido do direito e respeitará a normatividade da sua validade” (NEVES, 2010, p. 70).

No plano do pensamento jurídico, por assumir um viés *axiológico-prudencial* e um especial modo *judicativo-decisório* (NEVES, 2010, p. 71). O modelo enunciado volta-se para uma peculiar compreensão do “problema metodológico-jurídico” (*o problema do problemático-concreto juízo jurídico*), ao mesmo tempo em que está referido a um apropriado “tipo de racionalidade” (*prático-jurisprudencial*) e que justifica o “caso jurídico” (*o concreto problema jurídico na sua específica autonomia problemática*), “como o ‘*prius metodológico*’ (que não apenas ponto de partida e objecto decisório) quer na intenção judicativa, quer na identificação e delimitação da juridicidade” (NEVES, 2010, p. 71). No seguimento, intenta viabilizar um debate próprio entre *sistema* e *problema*, tendo no *juízo* “a sua mediação normativa”⁵.

O pensamento jurisprudencialista impõe como resultado de seu esquema teórico três corolários: a) a *autonomia do direito*; b) os *limites do direito*; c) as *alternativas ao direito*. As primeiras no universo prático humano. A última na realidade humano-histórico-social.

Autonomia do direito: Ao atingir o sentido do direito, imediatamente há de se deparar com a sua autonomia: “autonomia já relativamente aos próprios ‘direitos do homem’, já perante o político e também ao puramente ético e ainda no contexto de um qualquer holismo prático-social” (NEVES, 2010, p. 72 e ss.).

² “[...] a pessoa, enquanto sujeito ético, é ela em si mesma *sujeito de direito, sujeito de direitos e sujeito do próprio direito*, [...] pelo que o direito é-o de pessoas e para as pessoas”. NEVES, 2010, p. 66.

³ Cf. COELHO, 2006, *passim*.

⁴ Neves, neste sentido, explicita que “um sentido normativo (nos valores e princípios que a substantivem) que transcende as posições e as pretensões de uma qualquer relação intersubjectiva e os transcende pela referência e a assunção de uma fundamentante normatividade de sentido integrante e assim vinculante para todos os membros de uma comunidade prática”, donde seus membros se reconhecerem com igual dignidade e imputável determinação nessa unidade de sentido (NEVES, 2010, p. 67).

⁵ Na linhas posteriores, o autor passa a explicitar o significado de cada um desses elementos estruturais (sistema, problema e juízo) segundo seu particular entendimento teórico (NEVES, 2010, p. 71).

Limites do direito: À identificação da autonomia do direito segue-se o desafio de reconhecer seus limites. Isso porque, “os limites do direito vão implicados no seu próprio sentido, pois por esse sentido se delimita a sua problemática específica, na intencionalidade e na possibilidade das suas soluções” (NEVES, 2010, p. 76-78). Tornar o direito um todo disponível é desconhecer sua vocação e sacrificar sua missão histórica.

Alternativas ao direito: A pleitear por “ordens sociais” que não constituam “ordens de direito”, seja pela *alternativa do poder* (ordens de necessidade), seja pela *alternativa científico-tecnológica* (ordens de possibilidade), seja pela *alternativa política* (ordens de finalidade). Contudo, o direito é a única escolha que se concretiza verdadeiramente como a *alternativa humana* (NEVES, 2010, p. 78-79).

3. ALGUMAS PALAVRAS FINAIS

O jurisprudencialismo consolida-se como uma das formulações jusfilosóficas de maior destaque dentre as propostas teórico-metodológicas de cunho pós-positivista. Ao mesmo tempo em que sua problematização oferece um consistente suporte ao “pensar o direito numa perspectiva pós-essencialista” (COELHO, 2006).

Ademais, considera o direito como pensamento voltado ao decidir concreto, ambientado na historicidade - presente e projetada para o futuro (COELHO, 2006). Por isso, apenas o jurisprudencialismo, no encontro “com as coisas mesmas”, com o direito mesmo, consegue atingir tal historicidade radical do direito. Daí seu decisivo contributo para uma refundação fenomenológica da filosofia do direito (COELHO, 2006).

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Dejemos atrás el positivismo jurídico.** Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, México D.F., n. 27, p. 7-28, oct. 2007.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **DOXA** - Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 21-I, p. 209-220, 1998.

CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas postpositivistas.** Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Direito como pensamento em A. Castanheira Neves:** o jurisprudencialismo e o princípio da historicidade radical do direito. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI, XV, 2006, Recife. Anais ... Florianópolis: José Arthur Boiteaux, 2006.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Fundamentos da teoria do direito:** A. Castanheira Neves e o direito como plataforma civilizacional. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XV, 2006, Manaus. Anais ... Florianópolis: José Arthur Boiteaux, 2006.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 1 (2015). Constitucionalização dos direitos humanos fundamentais. ISSN 1809-1873.

FARIA, José Eduardo C. de Oliveira. **Positivismo x jusnaturalismo**: um falso dilema. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). *Introdução crítica ao direito*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. (Série O direito achado na rua, v. 1), p. 19-22.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**: a exaustão de um paradigma. 2. ed. Brasília: [s.n.], 2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LATOUR, Bruno. **Jamais fomos modernos**: ensaio de antropologia simétrica. Tradução Carlos Irineu da Costa. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

NEVES, António Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. In: NEVES, António Castanheira. (Org.). *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 3, p. 43-72.

NEVES, António Castanheira. Entrevista: concedida a Paulo Queiroz. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/entrevista-concedida-pelo-prof-dr-antonio-castanheira-neves/>>. Acesso em: 08 set. 2013.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. (Studia Iuridica, 1).

NEVES, António Castanheira. **o jurisprudencialismo**: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In: COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, António Sá da (Org.). *Teoria do direito: direito interrogado hoje - o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao doutor António Castanheira Neves*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. p. 9-79.

SANT'ANNA, Alayde. Por uma teoria jurídica da libertação. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **Introdução crítica ao direito**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1993. (Série O direito achado na rua, v. 1), p. 27-28.