

O FUNCIONALISMO JURÍDICO E A CRISE DO DIREITO EM CASTANHEIRA NEVES

Resumo

Entre os inúmeros teóricos do direito, Antônio Castanheira Neves tem dedicado seus estudos a temas relacionados à compreensão do sentido do direito e sua degradação. Em especial profundidade dos assuntos que trabalha, surge o seu pensamento a respeito da crise do fenômeno jurídico. Neste artigo terei por objetivo discorrer sobre os seus contributos no tocante a este tema e o entendimento do autor sobre o modelo de pensamento e oferecimento do direito denominado “funcionalismo jurídico”.

Palavras-chave: *Funcionalismo Jurídico; Crise; Castanheira Neves; Teoria; Direito.*

Abstract

Among the numerous legal theorists, Antonio Castanheira Neves has dedicated his studies to issues related to understanding the meaning of the law and its degradation. In particular depth of the issues that works, comes your thinking about the phenomenon of the legal crisis. In this article I will aim discuss their input with regard to this issue and understanding of the author on the model of thinking and offer the law called "legal functionalism ."

Keywords: *Functionalism legal. Crisis. Castanheira Neves. Theory. Law.*

Introdução

Muitos autores trabalham a hipótese de que são muitos os problemas que atingem o direito nos dias atuais e, por esse motivo, referem-no em uma situação de crise. Entender tal fenômeno, isto é, entender o porquê se dá tais problemas, - e ‘entender’ no sentido não apenas de compreender, mas também no de enxergar um caminho de mudança -, com a finalidade de sentir-se preparado para o oferecimento de críticas é tarefa que exige reflexão.

Sob estas considerações, destacam-se as contribuições de Antônio Castanheira Neves¹. O professor de Coimbra, nas suas reflexões a respeito do direito, tem atentado especialmente para o tema a respeito do sentido do jurídico, a sua prática e degradação. Com e por esse autor se vê que a crise do direito nos coloca diante de duas atitudes: (i)

¹ António Castanheira Neves, nascido em Tábua, é Doutor em Direito e professor catedrático da Universidade de Coimbra desde 1978.

nos vemos como que inertes aos problemas que não apenas circundam, mas são intrínsecos ao jurídico ou (ii) pensar o direito em uma atitude crítica, muito embora, - e isto são palavras do próprio autor -, isto represente verdadeiro “exercício de dificuldade.”²

É de todo visto que Castanheira Neves opta pela segunda atitude. Neste caminho, nas leituras de seus trabalhos, observa-se não só a denúncia de crise jurídica, mas também uma verdadeira convocação de responsabilidade para com o direito que se pensa e se produz. No presente artigo abordarei a sua ‘teoria crítico-reflexiva e metanormativa do direito’, isto é, a teoria que expõe o propósito de pensar o direito não apenas nas concepções práticas que o manifestam, mas também nos pensamentos que o pensam, pois que, é importante registrar, para o autor, “só na unidade histórico-cultural entre aquelas e estes o direito vem à sua existência”.³ Para Castanheira Neves, a imediatez da crise jurídica se encontra nos problemas causados pelos modelos que pensam e produzem o direito.⁴

Inicialmente será abordado o que é compreendido como “crise do direito” pelo autor e os modelos que conduziram o direito a esta situação. Logo após, será exposta a ideia de sentido do direito e a sua autonomia. Ao final, o que representa o funcionalismo jurídico.

1. A CRISE DO DIREITO

Seria um tanto simplista quanto que errada a atitude de dizer que a crise do direito se dá apenas por um fator ou por uma causa. Não é outro o motivo de vermos abordado este fenômeno de forma tão variada na literatura jurídica. Tudo a demonstrar que nos parece ser *a-crise-do-direito* um fenômeno bem complexo.

Conquanto não seja a perspectiva que aqui se abordará, parece-nos impossível enxergar o direito alheio aos diversos problemas culturais de nosso tempo. E se falamos em ‘problemas culturais de nosso tempo’ é porque consideramos que a atual conjuntura se mostra muito diversa com relação ao passado. No tocante a isto, o destaque para os

² CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência*. Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 139, nº 3961, Março/Abril, 2010, p. 01.

³ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 28.

⁴ _____. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007.

avanços tecnológicos e as novas perspectivas que por meio dos tais se abrem em todas as áreas e, principalmente, para o direito.

No pensamento de Castanheira Neves há dois planos de dimensões para a consideração da situação atual de crise do direito. Em um plano, os problemas referentes aos fenômenos externos ao jurídico, mas que mesmo referidos em uma externalidade, não deixam de ser profundamente entrelaçados. Noutro plano, que se mostra mais diretamente jurídico, a crise do direito a partir dos distintos modelos de racionalidade oferecedores da juridicidade.⁵

Nesse texto irei realizar algumas considerações que tem a ver com o último plano mencionado. Discorrei sobre a crise do direito a partir da superação de um modelo que até os dias de hoje fornece forte influência na prática jurídica.

1.1 A filosofia moderno-iluminista e o normativismo

Inicialmente, não nos é oculto que a modernidade, em diversas dimensões, inclusive a jurídica, nos deixou, ao invés de legados, grandes problemas. Nas palavras de Sergio Rouanet, no que se refere à modernidade,

Sua bandeira mais alta, a da razão, está sendo contestada. Sua fé na ciência é denunciada com ingenuidade perigosa, que estimulou a destrutividade humana e criou novas formas de dominação, em promover a felicidade universal.⁶

Em relação ao conhecimento científico, bem como ao direito, a mentalidade moderna-iluminista teve papel de destaque para o modo como o enxergamos e o praticamos. No sentido de objetivamente identificar o conteúdo desse modelo, precisas as palavras de Sergio Paulo Roanet, segundo as quais, “pertencem ao iluminismo as correntes de ideias que combatem o mito e o poder, utilizando argumentos racionais”.⁷

Não há dúvidas de que o problema do conhecimento foi tema central da filosofia moderno-iluminista. No afastamento da fé, a filosofia moderna passou a se preocupar com o problema da racionalidade. O que antes era o culto a Deus, na filosofia moderno-iluminista se revelaria o culto à ciência. Tal modelo, a partir da figura central do modo

⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 04.

⁶ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. 6ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 301.

⁷ ROUANET, Sergio Paulo. *As Razões do Iluminismo*. 6ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 301.

pelo qual o sujeito conhece determinado objeto, passou a ofertar a todas as áreas do conhecimento, métodos para a determinação da verdade.⁸

Nos problemas prático-organizacionais relacionados ao pensamento moderno, tem-se que “o iluminismo foi, entre outras coisas, a matriz do pensamento liberal.”⁹ É com base em ideias iluministas que ocorreram as Revoluções liberais do séc. XVIII. Por estas, se viu a alteração do estatuto político, social, econômico e jurídico ocidental.

Dessa forma, podemos observar que se o Estado Moderno, em sua fase inicial, tinha a marca do absoluto com o poder figurando nas mãos de um só, o Estado Moderno, em reação àquele, vê na limitação do poder pelo próprio poder, o respeito aos reclamos que aquela filosofia impunha. A palavra de Alysson Mascaro esclarece:

A filosofia iluminista é claramente antiabsolutista: reclamando a universalidade de certos direitos, próprios a todos os indivíduos, a filosofia moderna rejeita os privilégios, o status quo, o estamento, as divisões que davam base ao Antigo Regime.¹⁰

No pensamento de Castanheira Neves é possível observar que essa filosofia encontrava problemas em três pontos fundamentais que convém referir. (i) A questão de postular direitos que expressavam a liberdade nas várias formas de manifestação. (ii) A forma como se relacionava a organização de um novo poder que fosse resultado da própria liberdade do indivíduo que se aclamava e (iii) pensar critérios ou regras a serem prescritos para esse novo poder, critérios que estivessem em harmonia com as respostas aos problemas (i) e (ii).

Para (i), Castanheira Neves destaca resposta em torno do desenvolvimento da teoria dos direitos naturais do homem, dizendo ser por meio desta que se manifestou o óbice a respeito das interferências do poder estatal.¹¹ De se registrar a diferença em torno da ideia de direito natural entre os antigos e os modernos, pois se para os antigos os direitos naturais tinham mais a ver com o sentido da própria natureza das coisas, para os modernos, tais direitos emanariam da razão. É na certeza racional, - e por isso se dirá que o pensamento moderno é expressão do racionalismo -, que os direitos naturais encontram o método para a sua determinação. Com isto, “para os modernos, os direitos naturais são

⁸ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁹ ROUANET, Sergio Paulo. *Ibid.*, p. 200.

¹⁰ MASCARO, Alysson Leandro. *Ibid.*, p. 39.

¹¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007.

direitos do indivíduo, portanto dados antes da sociedade civil e do Estado, e não necessariamente dependente destes.”¹²

No tocante aos problemas (ii) e (iii), os problemas se encontravam em sede de alguns questionamentos: “Como estabelecer um poder que fosse ao encontro do pensamento em torno da liberdade natural do homem? Mais, como se justificaria qualquer limitação a essa liberdade?”

E as respostas, segundo Castanheira Neves, residiram na teoria do contratualismo, pois é a ‘vontade geral’, expressa em um contrato social, que impõe a construção do poder a partir da própria liberdade do indivíduo. Segundo o autor, não haveria outro modo para explicar qualquer restrição à liberdade do indivíduo que não a manifestação da vontade de todos.¹³

Ainda, no diagnóstico do professor de Coimbra, não demoraram a aparecer interrogações quanto à validade destas soluções que o pensamento moderno propunha. Não é em outro sentido que se posiciona Nelson Saldanha, referindo que

A correspondência entre direito e racionalidade, fortalecida dentro do mundo moderno pelo racionalismo que é um dos seus itens, entra em crise quando ocorre a crise dos correlatos daquela racionalidade: as premissas liberais, o contratualismo, o jusnaturalismo e próprio racionalismo – basicamente cartesiano – que a tudo isso embasou e nutriu.¹⁴

E sob toda essa intenção e filosofia podemos dizer que também o direito se viu atingido. E não apenas isso, mas a observação de que as influências desse período e as ideias ali forjadas para o direito se veem profundamente ligadas às práticas jurídicas atuais. Na visão de Castanheira Neves, se hoje há uma situação de crise do direito, é muito em virtude de que “a concepção ou paradigma da juridicidade moderno-iluminista”¹⁵ entrou em crise.

Deixaremos de lado tantos outros motivos do ruir do pensamento iluminista para dizer que esta concepção nos trouxe duas dimensões capitais para o entendimento da crise

¹² MASCARO, Alysson. *Ob. Cit.* p. 43.

¹³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007,

¹⁴ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 156.

¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 09.

atual: a estatização e politização do direito para a ideia de oferecimento de seu sentido por meio do legalismo e o modelo de pensamento jurídico, o normativismo.¹⁶

No que se refere ao legalismo, as aclamações a respeito da liberdade (natural) do homem e a solução para o problema da organização de um poder que restringisse tal liberdade foram encontradas no contratualismo e na elevação de uma vontade geral que justificasse tal restrição. Ainda, a teoria da separação dos poderes submetia todos, inclusive o Estado, ao império da lei. Nesses termos, “o problema político obtinha uma solução jurídica, do mesmo passo que o jurídico assumia diretamente o político.”¹⁷ Não apenas isto, mas a lei, observado tão somente o procedimento formal de sua elaboração, fazia também identificar o direito. Dessa forma, “o direito proviria exclusivamente da lei e com a lei se identificaria.”¹⁸

Com o pensamento moderno se conheceria então um *government of a law not of men* (governo de leis e não de homens). Mas, mesmo essa intenção que apenas aparentemente se mostrava solidária -, e aqui tenha-se presente as vozes doutrinárias que apontam todo o ideário moderno-burguês que fez (e faz) ver a exclusão de muitos -, teve na lei, ou melhor, em suas características os problemas pelos quais a doutrina iluminista se viu superada. Dentre tais características, podemos referir como principais, as ideias da universalidade e validade racional, fortemente criticadas pelas consequências que tiveram.

Se a liberdade do homem era aclamada como direito natural, a revelar a questão central da própria reação iluminista, nenhum arbítrio justificaria sua restrição. Neste motivo, a lei não poderia ser expressão de um só com o perigo de se retornar ao anterior estágio pré-moderno. A lei então, instrumento de limitação do indivíduo, embasada na teoria contratualista, seria tida como expressão da ‘vontade geral’, pois seria esta vontade, - vontade de indivíduos iguais e que na sua autonomia de uma mesma forma contratam -, que justificaria a limitação daquele direito ora aclamado. A ‘vontade’ que manifestava a lei era ‘geral’ e com isso a lei se dispunha em uma universalidade de trato daqueles que ‘realizavam’ o acordo. Também nesta razão, a lei tornaria a identificar o direito, com o problema de que, na verdade, em contraponto à universalidade referida, a realidade nos

¹⁶ _____. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007.

¹⁷ _____. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 09;

¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 08.

mostrou que a lei não representava a vontade de todos e, sim, a de alguns. Conforme as palavras de Castanheira Neves:

Ora, o que temos hoje, bem ao contrário da exigida expressão desta universalidade, nesses dois sentidos e enquanto a primeira nota de juridicidade, são leis como prescrições de particulares e mesmo partidárias forças políticas e de governo e também com objetivos políticos particulares.¹⁹

E continua o autor:

Sem a essencial universalidade regressamos a Hobbes e as leis não passam de actos do poder, do poder estadual soberano, se quisermos- o mesmo é dizer que nada essencialmente as distingue de quaisquer outros actos políticos.²⁰

Identidade entre lei e direito que também se afirmava por conta de outra característica da lei que também se viu ruir: a validade racional. No tocante a esta, a validade jurídica via-se posta pelo modelo de pensamento que se harmonizava àquele ideário, – o normativismo –, excluída de qualquer validade material. Como observa Castanheira Neves, “o direito das leis seria um *auto-subsistente* sistema dogmático e na racionalidade desse sistema garantiria inclusive a sua autonomia jurídica.”²¹ O que era certamente pensar o direito tão somente como um campo de aplicação de leis, alheio de todo à realidade social.

1.2 O Normativismo

O *normativismo* guarda intimidade com o funcionalismo jurídico que à frente se abordará. No pensamento do professor de Coimbra, a concepção moderna não se haveria de reconhecer problemática tão somente em face do sentido do direito que se oferecia pelo legalismo não andava só, pois este também era acompanhado de um modelo de pensamento jurídico imbuído de ofertar, em conformidade àquele sentido, a racionalidade jurídica.

Entre os diversos modos de compreensão e produção do direito, para Castanheira Neves, o pensamento jurídico não considera (ou não considerou) o direito pensado e a realidade vivida de uma mesma maneira. Observações que se fazem claras quando

¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. 83. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 16.

²⁰ *Ibid.*, Idem.

²¹ *Ibid.*, p. 17.

observado que “cada perspectiva de compreensão da juridicidade terá como correlato da sua intencionalidade prática uma visão específica dessa realidade”.²² Segundo o autor, o normativismo, próprio da concepção moderna do direito, foi então o modelo de pensamento jurídico que se harmonizou à ideia da politização do direito.

No que se relaciona ao sentido que o normativismo intenciona o direito, tenhamos o pensamento de que o normativismo é “uma das modalidades do objectivismo jurídico”.²³ Este, bem próprio das teorias que pretendiam elevar o direito ao conteúdo científico de outras áreas do conhecimento, se identificava por referir o direito como um objeto, a ver também possível obter do jurídico um conceito que revelasse o seu significado. No objectivismo jurídico a centralidade das questões relativas ao direito estaria em perguntar-se ‘o que é o direito?’, oferecendo mediante esta interrogação um tal conceito que o identificasse plenamente. Segundo Castanheira Neves, podemos destacar três fatores que influenciaram esta maneira objetivista de intencionar o direito.

O primeiro encontra-se nas raízes de nossa própria cultura histórica, marcadamente greco-aristotélica, de nos evidenciar que pensar seria apenas conhecer, conforme o esquema sujeito-objeto, em busca sempre de uma verdade. O segundo está no fato de que a própria ciência moderna absorvia aquele modo de lidar com o conhecimento, pois “continuava a identificar o pensamento culturalmente válido com o conhecimento, ainda que agora o conhecimento científico.” Destaque-se que o conhecimento científico se distinguiria tão somente pela “explicação metodicamente” sistemática, mas que continuava a levar um “objeto positivamente pré-suposto”.²⁴ E o terceiro, um fato político, visto que após o legalismo, o direito identificado à lei já se manifestaria como “um objeto positivo postulado pela legalidade.”²⁵

É de se observar que Castanheira Neves não se prende a apenas estes fatores. Também reconhece que o embrião do normativismo jurídico possui fatores peculiares, onde algumas ideias, provenientes do *romanismo medieval* e do direito comum, constituíram seus elementos básicos. Em alusão a estas, o autor propõe observar o modo como os juristas romanos enxergavam os livros de direito e a importância que davam aos tais, onde não haveria qualquer lacuna no direito que se oferecia por aqueles livros, como

²² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 105.

²³ *Ibid.*, p. 32.

²⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 35.

²⁵ *Ibid.*, Idem.

se ali se encerrasse a totalidade jurídica. Se para a teologia, a Bíblia era a referência de autoridade, o *corpus iuris civilis* assumia igual sentido só que para o direito.²⁶ E se os livros romanos de direito ofereciam normas jurídicas totalizantes do próprio direito, já seriam estas os fundamentos das decisões concretas, pelo que, tais “decisões deveriam resultar da aplicação dedutiva desses fundamentos normativos gerais.”²⁷

Sem adentrarmos nas complexidades do normativismo, vamos ter precisa a ideia de que “o normativismo é aquela perspectiva que compreende o direito como autonomamente objetivo e sistemático ‘conjunto de normas’”.²⁸ Por ele, as normas jurídicas se oferecem como um sistema a ser pensado, rigorosamente pensado em termos lógico-rationais, pois já são elas que oferecem o *prius* jurídico. O direito, pelo normativismo, era pensado como um “sistema autónomo perante a realidade histórico-social da sua eventual realização”²⁹. E, destaque-se, autonomia perante a realidade que se impunha pela rigorosidade sistemática-lógico-razional da categoria que este modelo lançava mão: a norma jurídica.³⁰

Mas para a realização disto, segundo Castanheira Neves, era necessário um método que ofertasse a desejada identidade entre o “pressuposto aplicando e o resultado da aplicação”³¹ E aqui vamos encontrar a razão para a utilização pelo normativismo do método dedutivo-lógico e seus silogismos no emitir de um juízo jurídico como a expressão de um juízo conforme ao direito.³²

²⁶Guilherme Massaú atenta para a perda deste sentido sacro no decorrer do tempo, mas refere que “no primeiro momento, o Corpus Iuris Civilis, com os glosadores, recebeu um sentido religioso com o matiz de texto sagrado.” MASSAÚ, G. C. *Metodologia Jurídica: Do início da ciência do direito ao Iluminismo português*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 38.

²⁸ **Ibid.**, Idem. 37.

²⁹ **Ibid.** Idem, p. 57.

³⁰ A norma jurídica, vista como o originarium da juridicidade, pensada sistematicamente, oferecia todo o direito e a sua realização não mais seria que uma aplicação. O paradigma de aplicação revelava que o próprio momento da realização do direito, o caso concreto, não seria mais que a aplicação daquelas normas jurídicas totalizadoras do direito. Ou seja, se ocultava o momento também criador do direito, - como após se reconheceu com o direito jurisprudencial -, e que no decidir de um caso concreto, a decisão jurídica seria aquela que apenas repetisse o que estivesse posto pela norma jurídica.

³¹ _____. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 57.

³² Não é preciso muito para constatar que o normativismo com a proposta de enxergar o direito alheio à realidade social, absorvido por uma racionalidade teórica, utilizando métodos dedutivos, se visse em superação. No pensamento jurídico sedimentou-se que o caso concreto e suas complexidades apresentam um momento não só aplicador de normas, mas criador do próprio direito. Em exemplo a esta consideração, podemos ver, na atualidade, o caso brasileiro, onde o art. 102, §2º, da Constituição Federal, nos diz que determinadas “decisões” do Órgão Supremo judiciário, “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante”. Não seria isto reconhecer o caráter constitutivo de juridicidade no momento de realização do direito?

Em apertada síntese, pode-se apontar o que mais se tornou problema para o pensamento normativista, na ótica do teórico de Coimbra: a confusão entre a realização concreta do direito e a aplicação de normas anteriormente impostas. A respeito da criação do direito por meio do juízo normativo no caso concreto, possível dizer que esta compreensão é hoje lugar comum “e sem a qual não seria pensável o também universalmente direito jurisprudencial, enquanto elemento integrante do sistema do direito vigente e mesmo do próprio positivo corpus iuris.”³³

2. A IDEIA DE DIREITO: O SENTIDO E AUTONOMIA DO JURÍDICO EM CASTANHEIRA NEVES

Diante do quadro de crise que se instalou no direito através do modelo moderno-iluminista, nos vemos no esforço de refletirmos quanto ao verdadeiro sentido do direito com a sua intenção de validade. Esta dimensão se revela “decisiva para a constitutiva compreensão do direito como direito”³⁴ e, nesta direção, também torna-se possibilitadora de o diferenciar na realidade cultural humana.

Frente ao que se pensou o direito, não seriam poucos os obstáculos para compreendê-lo em sua autonomia.³⁵ Contudo, na busca de apreender da ideia da juridicidade o sentido real e autonomia do direito, nos é proposto então o interrogarmos. Seria a partir da interrogação do direito por meio de uma pergunta fundamental, - “por que o direito?” -, que acharíamos o sentido do jurídico, enquanto “dimensão da prática do homem que por ele pergunta”, pois é nesta pergunta, segundo Castanheira Neves, que teremos o direito como “uma resposta possível para um problema necessário”³⁶ e não um direito que preexiste ao homem como algo dado pela natureza.

Pautados nisto, enxergam-se determinadas condições sem as quais o direito não será direito e que por isto se porão como o seu problema universal, pois não apenas o

³³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. STVDIA IYRIDICA I. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2013, p. 17.

³⁴ _____. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 50.

³⁵ Para isto, apenas pensemos na compreensão do direito como *objeto* já discorrida, própria do positivismo de outrora, que intentava elevar o direito a mesma cientificidade de outras áreas do conhecimento, de modo a colocar o direito como um problema teórico a ser respondido por uma determinação conceitual e que, desta forma, tornou não somente o direito alheio à realidade social, mas também tão somente expressão de um poder político.

³⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra. S.D. p. 839.

condicionam, mas também oferecem o seu verdadeiro sentido, sendo delas que agora nos ocuparemos.

Ao falar em ‘condições constitutivas emergenciais do direito’, Castanheira Neves expõe que estas não são outras do que aquelas que permitem a existência do homem no mundo enquanto sujeito ético, isto é, condições que permitem a existência do homem como pessoa, sujeito de direitos e responsabilidades perante o outro.

Inicialmente, poderemos observá-las na elementar habitação de um só mundo por uma pluralidade de homens, onde este único mundo é o meio em que a existência humana se dá e se constrói. Segundo as palavras do autor,

(...) a dizer-nos que a primeira condição da exigência e constituição do direito, enquanto vínculo normativo intersubjectivo e inter-relacional, se manifesta pela pluralidade humana na unicidade do mundo, o mundo é um e os homens nele são muitos, mundo que comungamos e partilhamos através de relações de um certo tipo situacional-comunicativo e justamente pela mediação do mundo (em referência a ele e nos modos por ele possibilitados), que são as relações sociais.³⁷

A filósofa Hannah Arendt já discorrera também sobre o assunto em sua obra “A Condição Humana”, quando, referindo o desejo de libertação do homem da terra, destacava que “a terra é a própria quintessência da condição humana e, ao que sabemos, sua natureza pode ser singular no universo, a única capaz de oferecer aos seres humanos um habitat no qual eles podem mover-se e respirar sem esforço nem artifício.”³⁸

É esta comunhão de um único mundo que acaba por tornar imponente o contato e as relações entre os homens em vista do desfrutar de um mesmo espaço e suas possibilidades. Sendo assim, o homem se abre a estas possibilidades que a comunhão do mundo oferece como tarefa de si próprio. Nesta assunção que se identifica a base antropológica existencial humana, sendo esta a condição imprescindível para oferecimento de uma ordem, visto que não é possível ao homem o existir sozinho. A partir deste raciocínio, o *ser-com-outros*, a vida em comunidade, é também “estrutura essencial da existência humana.”³⁹

³⁷ _____. *O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro*. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 51.

³⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 10.

³⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra. S.D. p. 848.

Nas reflexões do professor de Coimbra, reconheça-se até aqui duas condições necessárias para o direito. Porém, tanto a singularidade do mundo e a pluralidade de homens como também as consequentes relações comunitárias institucionalizadoras de uma ordem não bastam para o surgimento do direito no sentido de ‘ordem de validade’ e suas opções axiológicas. A partir disso é que podemos observar que “nem todas as ordens sociais são, só por isso, ordens de direito”⁴⁰

Nesse pensar, o (verdadeiro) direito surgirá numa ordem que assuma a índole ética “a convocar as pessoas enquanto o referente e o titular da humana prática jurídica.”⁴¹. Ressalte-se que neste pensamento o direito não será ética, mas terá uma *dimensão* ética, ao passo que já não ao poder-ser, revelador de uma ordem de possibilidades, mas ao dever-ser e à normatividade o direito remeterá, sendo possível vê-lo manifestar-se em seu sentido real quando o homem não apenas se reconhece como um sujeito de direitos, mas também reconhece-se perante o outro como um titular de deveres. Isto é, ser que não somente exige, mas também pode ser exigido em uma relação social. Nas palavras do autor,

No que importa insistir – para acabada explicitação. Os outros não me reconhecem só porque sou, como quer que ontologicamente seja (seja embora sujeito e livre), pois de novo se terá de afirmar que isso não impedirá a esse meu ‘ser’ um domínio que me degrade a mero objeto – só ao reconhecerem-me como pessoa, os outros imputam a esse meu ser um valor. Quem pode não imputar ou que não têm de imputar necessariamente – a escravidão foi e é uma realidade humana. Por isso se haverá de dizer, com Mahiofer, que ‘o ser homem não se transforma por si mesmo imediatamente em exigência de dever-ser, mas só mediamente, através do reconhecer e do querer do próprio homem.’⁴²

Ainda, não será esquecido quando Miguel Reale diz que “o direito é a concretização de elementos axiológicos”⁴³ para termos bem presente que o direito, à intenção de validade, não poderá recusar, sob pena de aí não ser direito. Isto para tomarmos nota, de forma mais reforçada, a respeito do pensamento de Castanheira Neves sobre a própria identidade do jurídico que

⁴⁰ *Ibid*, p. 861.

⁴¹ _____. *O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência*. Revista de Legislação e de Jurisprudência nº 3961. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 210.

⁴² CASTANHEIRA NEVES, António. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra. S.D. p. 864.

⁴³ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 3ª Edição Revista e Aumentada. Vol. I. Saraiva, São Paulo, 1962, p. 169.

(...) o direito só o temos verdadeira e autenticamente como tal, com a instituição de uma validade e não como mero instrumento social de institucionalização e de organização, regulativo apenas de uma qualquer estratégia de satisfação de interesses ou necessidades.⁴⁴

São essas, pois, de forma muito resumida, as três condições que se apresentam como condições possibilitadoras do sentido do direito no pensamento de Castanheira Neves. Em vista delas já é possível se colocar perante algumas questões que a própria crise do direito, - problematizadora de um direito que é pensado e reduzido à lei -, revelará: a impossibilidade de se reconhecer essa natureza axiológica do sentido do direito pelo modelo de pensamento que desta forma se proponha.

3. O FUNCIONALISMO JURÍDICO: PRIMEIROS SENTIDOS DE SUA COMPREENSÃO

Na ótica de Castanheira Neves, o funcionalismo jurídico revela uma nova intenção de se propor o direito. Se “o normativismo fechava a normatividade jurídica numa sua postulada autonomia”⁴⁵ já o funcionalismo jurídico, numa manifesta materialização da juridicidade, porá o direito diante das exigências sociais. Se a realidade para o normativismo era tão somente um campo de aplicação de normas, para o funcionalismo jurídico esta é tomada em sua materialidade, sendo posta como sua exclusiva função. Por esta razão se dirá que “o funcionalismo jurídico responde em geral à pergunta básica, sobre a concepção do direito (o que é o direito?), convertendo-a numa outra, que é: o direito para que serve?”⁴⁶

Em sua Teoria do Direito, Castanheira Neves achega-se ao funcionalismo jurídico que está nos dias presentes, na sua visão, tão intensamente a atingir o direito, referindo que este modelo não é mais que expressão de determinada atitude da cultura europeia, a qual, rompendo o paradigma cultural clássico, propôs pensar o homem não de maneira apenas contemplativa, onde o próprio homem era pensado como uma entidade que seria em si, e que a partir disso, bastaria identificá-lo a partir de uma determinação conceitual em termos de se perguntar, ‘o que é o homem?’. Mas, pensá-lo, e esse é o pensar que

⁴⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. In: Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra. S.D. p. 864.

⁴⁵ _____. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 70.

⁴⁶ *Ibid*, p. 85.

influenciou a lógica funcionalista, como um ser tomado de uma *energeia*, ou seja, “um ser de energia dinâmica e evolutiva que se desenvolvia com novidade, irreversibilidade e com historicidade.”⁴⁷

Com isto, em toda a ordem cultural, incluindo-se aí o direito, já não mais se falaria em substâncias, e sim, em finalidades, não mais importando, com base nessa atitude, a essência do direito (a sua substância) e sim, o seu fim ou os seus fins. No pensamento abordado, torna-se importante esclarecer que o direito não será tratado funcionalisticamente quando se lhe reconhecem funções, mas que assim é tratado quando passa a ser comprometido a desempenhar funções que não são suas.

Mas mesmo na intenção de apontar o que *seria a-função-do-direito*, segundo Castanheira Neves, para o direito seria mais apropriado se falar em tarefa do que se falar em função. Não apenas pelo fato de que o direito tem mesmo uma tarefa determinada a realizar na existência humana, mas também pelo fato de que o conceito de ‘função’ possui um significado de índole instrumental e para o autor, “todo o instrumental é potencialmente manipulável”.⁴⁸

O que decisivamente se compreende no funcionalismo jurídico é que sua racionalidade, a serviço de uma racionalidade instrumental, privilegia os fins em detrimento dos valores e os efeitos face aos fundamentos. Tem-se o direito, a partir dele, não somente como uma ordem-estrutura social, mas com a assumida função de direção de comportamentos dos indivíduos para determinados objetivos preestabelecidos. Com isto, tem-se que o direito entendido como um instrumento vê negado o seu sentido de validade, visto que em um esquema meio/fim, segundo o qual, o meio, inobstante deva ter “decerto qualidades, não importa ou vale por si”.⁴⁹

As características principais do funcionalismo podem ser explanadas por meio da exposição de três antíteses. (i) O direito se institui em uma ordem de validade, não teremos dúvidas, como já o dissemos. A prática do direito ou aquilo que por ele se realiza se dá pela exigência de fundamento que se expressará em uma validade.⁵⁰ Contudo, para a perspectiva funcionalista, esta validade se vê substituída pelo “pragmatismo funcional

⁴⁷ CASTANHEIRA NEVES. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998. p. 71.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁰ _____. *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito*. Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço, Coimbra. S.D. p. 837-871.

que mobiliza instrumentos, sejam eles quais forem, para uma operacional relação a resultados e efeitos”.⁵¹ A partir disto vemos uma mudança: a fundamentação se vê superada pela instrumentalização e o que é validade torna-se possibilidade; (ii) para o pensamento funcionalista a ordem do direito, definida por valores fundamentais reflete a garantia do *status quo* e, por esta razão, se preferirá não o controle social, mas um controle que permita a planificação e orientação de determinados objetivos. O teórico português diz que sob este modelo, o “retrospectivo” dá lugar ao “prospectivo”, e por isso, no funcionalismo jurídico, adiante da ordem (e ordem de validade) irá a planificação, a planificação estratégica dos fins visados⁵² e; (iii) o alerta quanto a uma antítese que se revela pelas duas anteriormente expostas, pois a validade se vê substituída pela consequencialidade. A racionalidade consequencial afastaria que não só a prática humana, como também o direito, fossem ajuizados por relação a uma validade normativa, sendo então submetido o jurídico pelas consequências ou efeitos da ação e isto seria o parâmetro para o juízo sobre o acerto ou erro da prática jurídica. O acerto de um juízo que se diz jurídico nesta racionalidade instrumental se baseia então nos efeitos que esse juízo terá e não em qualquer validade que se possa cogitar, sendo que, para o funcionalismo jurídico a validade se vê excluída.⁵³

É observado que a concepção funcionalista tem na ideia de função a sua centralidade, segundo aquilo que se oferece por meio do esquema meio/fim. Função seria então a sua categoria essencial. Neste pensar é que um programa finalístico será determinante em vista dos objetivos que se estabelecerão, já que são estes objetivos que o direito não apenas terá de cumprir e será (im)posto, como para sua própria realização, dependerá. Em consideração aos objetivos determinados serão pensados os meios que permitam realizá-los, pois no funcionalismo não se pensa em um programa finalístico só em abstrato. Nesta razão que se verá a relação entre fins e efeitos como uma relação fundamental. Na perspectiva funcionalista não se põe em consideração a atenção à adequação de um meio em referência ao sentido do direito atrás referido, mas a adequação aos fins que se estabelece por essa funcionalização.⁵⁴

E como ‘programa’, com as escolhas pré-determinadas dos objetivos a cumprir, será observado que a marca da eficácia desenvolverá papel importante, sendo por esta

⁵¹ _____. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 86.

⁵² **Ibid.**, p. 87.

⁵³ **Ibid.**, Idem.

⁵⁴ **Ibid.**, Idem.

que se medirá a capacidade de atingir os fins determinados através dos meios mobilizados. Castanheira Neves nos alerta que não se pode esconder que mesmo diante do estabelecimento de um programa performático para a realidade, este será irremediavelmente indeterminado em sua plenitude, pois, embora determine os objetivos que o direito tenha de cumprir, ainda se porá com generalidade às invariáveis possibilidades do futuro. Neste caminho é que o funcionalismo jurídico requererá um plano que determine um determinado tipo de controle dos comportamentos e decisões. Tal plano, o vemos como um plano de racionalização, o expondo em diversos níveis, seja por prescrições “legislativas ou outras, pelas quais o poder funcionalmente mobilizante do direito imponha especificações à programação ou planificação”; regras, “pelas quais o pensamento jurídico, pensado e actuando também funcionalmente, procura uma melhor racionalização finalística dos comportamentos e das decisões”; e “modelos de pensamento/acção ou estruturantes de um pensamento que o é de acção prática”.⁵⁵

Mas, segundo o pensamento do teórico português, não só de um plano de racionalização o funcionalismo jurídico dependerá. A realidade para o funcionalismo não somente não é esquecida, como tomada em sua totalidade para a funcionalização do jurídico. Sob tal aspecto se terá um plano de realização do funcionalismo jurídico, sendo que se deve considerá-lo, sobretudo, como decisão. O funcionalismo jurídico não oculta que a realidade apresenta intensa mudança em seus contextos e circunstâncias, o que causaria óbice ao cumprimento dos objetivos programáticos pré-estabelecidos, mas é já na decisão com a flexibilidade e mesmo uma indeterminação dos critérios, sejam eles prescrições imperativas ou regras doutrinárias – “como que numa analogia com as comuns ‘cláusulas gerais’, que o operador terá a autonomia para se guiar pelo êxito funcional.”⁵⁶ É também destacado pelo autor português que os planos referidos, de racionalização e realização, não ocultam que o funcionalismo jurídico se guiará por um modelo metódico. Por este, se deverá entender o modo como que é aplicada esta lógica funcionalista.

Para explicá-lo, parte-se do que já recorrido a respeito do modelo metódico do normativismo. Entendido como um paradigma de aplicação, no funcionalismo jurídico o modelo se estabelece de forma diferente, um paradigma de decisão. E isto em atenção à “continuação em concreto e termos decisórios de uma transitividade programática”⁵⁷, Isto

⁵⁵ **Ibid.** Idem, p. 93.

⁵⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]*. Coimbra: Policopiadas, 1998, p. 103.

⁵⁷ **Ibid.**, p. 102.

é, na determinação dos objetivos, no programa estabelecido e nos fins visados, a estratégia. Na realização concreta, no terreno das indetermináveis possibilidades que apresenta o contexto da realidade no futuro, a tática.⁵⁸ São estes os caracteres gerais de todo o funcionalismo jurídico no pensamento de Castanheira Neves, não se esquecendo de que para o autor, podem existir outras diversas modalidades desse modelo que apresentam especificidades quanto a sua racionalização e aplicação.

Conclusão

Menos se buscou aqui oferecer conclusões inovadoras a respeito das perspectivas abordadas do que esclarecê-las. No mundo teórico, a interpretação se revela uma ferramenta mais que importante, pois a interpretação é a ferramenta que viabiliza a troca de conhecimento e, quem sabe, esperançosamente, a mudança da realidade. Todo o percurso teórico foi percorrido à luz das reflexões de Castanheira Neves.

Refletiu-se o funcionalismo jurídico na conjuntura atual que não é outra senão a de crise no direito. No primeiro momento do texto, a crise do direito, sem prejuízo de outras hipóteses eventualmente trabalhadas pela literatura jurídica, foi apresentada como resultado de um determinado modelo (moderno-iluminista) que aparenta estar em desconstrução - problemas que no entender de Castanheira Neves reclamam do pensamento jurídico respostas que os solucionem.

No segundo instante deste escrito, buscou-se trazer ao leitor o encontro com o sentido do direito. As condições que oferecem o sentido do direito já não podem ser pensadas como o direito em si, mas como manifestações mundanas daquilo que traz o direito em seu verdadeiro sentido. Algumas conclusões podem ser destacadas a respeito das reflexões da ideia de direito em Castanheira Neves: a) que o direito vai muito além de uma prática legislativa, estando no seio de uma prática comunitária e; b) por ser prática comunitária, possível e não necessária, enxerga-se que apenas observada determinadas condições, o direito (em seu verdadeiro sentido) aparece.

Ao fim, abordou-se o funcionalismo jurídico. Apresentou-se o funcionalismo jurídico como um fenômeno que se insere dentro de uma filosofia cultural mais ampla que também atinge o direito. *O funcionalismo jurídico como resposta ao problema jurídico-moderno-iluminista*, pois ao final, na explicação de seu modelo metódico, de

⁵⁸ **Ibid.**, Idem

suas antíteses, pôde-se perceber que a finalidade é a de recuperar o sentido da juridicidade através da completa dependência do direito à realidade social.

Possível enxergar que, na perspectiva de Castanheira Neves, um evidente erro que se cometeu em face do direito, pois este é em seu sentido verdadeiro uma ordem de validade e não meramente dependente dos efeitos que produz. O direito tomado como instrumento ou função representa uma mudança do conceito do jurídico, vez que se se falava antes em um direito como uma entidade de sentido autônomo, o direito como *um-fim-em-si-mesmo*, no funcionalismo se falará em uma ordem-programa com objetivos a serem cumpridos, onde o direito aparece apenas um como um *nome* que pode conformar diversos sentidos. Sentidos estes que em nada se adequam àquele sentido verdadeiro do direito. Nesse mesmo pensar é que ao direito também se impõe limites, na razão de que nem todas as respostas que a sociedade quer deverão ser dadas pelo jurídico, sendo então respeitada a sua autonomia.

Por oferecer o direito ao sabor de outras dimensões (política, econômica, por exemplo) o direito perde a sua autonomia e vê degradado o seu sentido. Se entendermos que o funcionalismo jurídico foi uma resposta à crise do modelo moderno do direito, e mais, resposta que, conforme o pensamento de Castanheira Neves se mostrou inadequada no tocante ao sentido do direito, já parece restar uma pergunta: para a crise e os problemas que atingem o direito haveria uma ‘resposta’ correta? Há solução para o jurídico ou ele cada vez mais se degradará?

Referências Bibliográficas

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

BITTAR, Eduardo. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço**, Coimbra. S.D. p. 837-871.

_____. **Metodologia Jurídica**. Problemas Fundamentais. STVDIA IYRIDICA I. Reimpressão. Coimbra: Coimbra, 2013.

_____. O Direito hoje: uma sobrevivência ou uma renovada exigência in **Revista de Legislação e de Jurisprudência** n° 3961. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. O Direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. **Teoria do Direito [lições proferidas no ano lectivo de 1998-1999]**. Coimbra: Policopiadas, 1998.

_____. Uma Reconstituição do Sentido do Direito – Na Sua Autonomia, Nos Seus Limites, Nas Suas Alternativas – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto. 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. Introdução à Filosofia do Direito: dos modernos aos contemporâneos. São Paulo: Atlas, 2002.

MASSAU, G. C. Metodologia Jurídica: Do início da ciência do direito ao Iluminismo português. São Paulo: Atlas, 2012.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 3ª Edição Revista e Aumentada. Vol. I. Saraiva, São Paulo, 1962.

ROUANET, Sergio Paulo. As Razões do Iluminismo. 6ª impressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SALDANHA, Nelson. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.