



Alegnayra Campos Ranieri de Albuquerque

# ABRINDO A CAIXA DE PANDORA: OS DESAFIOS JURÍDICOS DE UMA RESPOSTA ÉTICA AO PROBLEMA DA PLURALIDADE E DA DIFERENÇA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em  
Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas.

Coimbra/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Alegnayra Campos Ranieri de Albuquerque

**ABRINDO A CAIXA DE PANDORA: OS DESAFIOS JURÍDICOS DE UMA  
RESPOSTA ÉTICA AO PROBLEMA DA PLURALIDADE E DA DIFERENÇA**

OPENING PANDORA'S BOX: THE LEGAL CHALLENGES OF AN ETHICAL  
RESPONSE TO THE PROBLEM OF PLURALITY AND DIFFERENCE

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização  
em Ciências Jurídico Filosóficas

Orientador: José Manuel Aroso Linhares

Coimbra, 2018

*A Viagem da Paixão*

*Tenho os caprichos inerentes à natureza da  
mulher  
abro a caixa de pandora que eu quiser  
e lanço mão de todo mal e todo bem  
avanço a passos largos  
alcanço o ponto extremo e vou além  
onde se estende a palpitação das células  
e se prolongam feixes de neurônios  
onde se nasce, morre ou se enlouquece  
íntima de deuses e demônios.  
Onde habitam as feras, os espíritos das florestas  
onde se determina a primavera  
e se marcam as nossas testas.  
Onde se aprende a sabedoria do fogo  
e todas as forças de atração  
e se descobre o ponto que orienta  
esse mapa de navegação.  
Estrela solitária, asteróide desgarrado  
luz que aponta o caminho  
da viagem da paixão.*

*Bruna Lombardi*

## AGRADECIMENTOS

Neste caminhar-processo foram muitas as ilustres presenças que contribuíram para que a energia criativa e a força intelectual em mim despertassem as ideias e sentimentos inerentes à construção de uma dissertação de mestrado. Como não destacar a forte presença das mulheres que circulam a minha vida, em especial minha mãe, Leedsônia, que me inspirou sempre a buscar conhecer, ir além, a valorizar o conhecimento. E ainda, como mulher a enxergar nossa situação-condição feminina e aquilo que nos diferencia como ser-Outro em tantas situações práticas vividas no real. Mas, mais ainda, a buscar uma força capaz de superar-se, ultrapassando as barreiras dessa diferenciação. E ainda, o apoio e força de meu pai, Flávio, a ser fortaleza a me impulsionar a ter coragem de seguir, buscando aquilo que me realiza enquanto ser. Em igual modo, meu querido irmão, Iunakel, por ser uma doce presença com sua amizade. Homens que também ensinam que além das diferenças, é possível e preciso reconhecer a necessidade de juntos nos integrarmos, na humanidade do nosso ser. Em especial, agradeço meu orientador Aroso Linhares por ser um grande mestre a me inspirar em ideias e conhecimento, um exemplo de profissional e pessoa, detentor de um vasto conhecimento, sempre com proposições profundas, mas sem nunca se esquecer do ser-humano-pessoa que é, a tratar-nos com a mais respeitável educação e alteridade. E ainda, aos inúmeros amigos e colegas, sempre a acreditar, sempre a bem dizer e a bem desejar, os quais me amparei em motivação, me fazendo continuar a buscar, a caminhar, neste processo contínuo - que ainda se segue e que ainda muito caminhará - na construção constante do ser-conhecimento que somos. Ao mundo do transcender, daquilo que não podemos ver ou compreender e sim sentir, muito obrigada por me permitir vivenciar a razão e emoção deste processo, e neste além poder afirmar ao universo, ao tempo, às pessoas, à espiritualidade e a Deus: GRATIDÃO!

## **ABRINDO A CAIXA DE PANDORA: OS DESAFIOS JURÍDICOS DE UMA RESPOSTA ÉTICA AO PROBLEMA DA PLURALIDADE E DA DIFERENÇA**

**RESUMO:** Diante das crescentes transformações histórico-culturais ocidentais do processo de valorização da igualdade e da diferença e da decorrente pluralidade de identidades e interseccionalidades que deste surgem, o problema da pluralidade e da diferença interpela o Direito e o correlato problema da integração destas pluralidades e diferenças. Assim, no universo do jurídico, na busca por respostas e novos sentidos atribuídos ao Direito, perante a circularidade movimentada entre sentido e práxis, vislumbra-se uma inter-relação entre a condição-dimensão ética do Direito, da concepção Jurisprudencialista de Castanheira Neves, e a proposta ética de respeito às diferenças, da Filosofia do Limite de Drucilla Cornell. Uma resposta ética que caminha para uma ressignificação da relação Eu-Outro, bem como para formação comunitária do *Nós*, mediante o reconhecimento dos sujeitos como pessoas, em sua dignidade humana. Uma resposta que não perde seu condão de juridicidade, delimitando os desafios jurídicos que o Direito terá que enfrentar para que não se confunda com outras respostas, dentre estes a universalidade, moralidade, instrumentalização e autonomia. Para, por fim, o Direito, numa transcendentalidade prático-cultural, projetar o sentido e a validade que lhe são próprios - marcados por uma condição-dimensão ética que considera a ética de respeito à diferença e o reconhecimento do ser-pessoa - em seus fundamentos expressos em princípios jurídicos, conforme as circunstâncias histórico-culturais vivenciadas por cada comunidade.

**PALAVRAS CHAVES:** PLURALIDADE; DIFERENÇAS; INTEGRAÇÃO; JURISPRUDENCIALISMO; DIMENSÃO ÉTICA DO DIREITO; CASTANHEIRA NEVES; FILOSOFIA DO LIMITE; RELAÇÃO ÉTICA; DRUCILLA CORNELL; JURIDICIDADE.

## **OPENING PANDORA'S BOX: THE LEGAL CHALLENGES OF AN ETHICAL RESPONSE TO THE PROBLEM OF PLURALITY AND DIFFERENCE**

**ABSTRACT:** In the face of the growing Western historical-cultural transformations of the process of valuing equality and difference and the resulting plurality of identities and intersectionalities that arise from it, the problem of plurality and difference challenges the Law and the related problem of the integration of these pluralities and differences. Thus, in the juridical universe, in the search for answers and new meanings attributed to the Law, with the circularity moved between sense and praxis, face an inter-relation between the ethical condition of the Law, of the Jurisprudentialist conception of Castanheira Neves, and an ethical proposal of respect for differences, from Drucilla Cornell's Philosophy of the Limit. An ethical response that leads to a re-signification of the I-Other relationship, as well as to the community formation of the *Us*, through the recognition of the subjects as people, in their human dignity. An answer that does not lose its legality, delimiting the legal challenges that the Law will have to face in order to be confused with other answers, among them the universality, morality, instrumentalization and autonomy. Finally, in a practical-cultural transcendentalism, the Right aims to project its own sense and validity - marked by a condition-ethical dimension that considers the ethics of respect of difference and recognition of the person - in legal grounds expressed in legal principles, according to the historical-cultural circumstances experienced by each community.

**KEYWORDS:** PLURALITY; DIFFERENCES; INTEGRATION; JURISPRUDENTIALISM; ETHICAL DIMENSION OF LAW; CASTANHEIRA NEVES; PHILOSOPHY OF THE LIMIT; ETHICAL RELATIONSHIP; DRUCILLA CORNELL; LEGALITY.

## ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	7
2. O PROBLEMA (JURÍDICO) DA PLURALIDADE E DA DIFERENÇA .....	11
2.1. O problema da pluralidade e da diferença – um problema jurídico.....	17
2.2. O problema da integração (entre as diferenças e pluralidades) .....	23
3. A CONDIÇÃO-DIMENSÃO ÉTICA DO DIREITO NO JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES .....	30
3.1. A concepção principiológica de Castanheira Neves .....	34
3.2. O sentido e o problema do Direito .....	36
3.3. A condição-dimensão ética do Direito .....	39
3.4. A validade do Direito e o Direito como validade .....	43
4. O RESPEITO À DIFERENÇA E A PROPOSTA ÉTICA DA FILOSOFIA DO LIMITE DE DRUCILLA CORNELL .....	45
4.1. A crítica interpretativa e a proposta de desconstrução da <i>Filosofia do Limite</i> ....	47
4.2. Os princípios como guia e a metáfora do Farol .....	52
4.3. A proposta ética da <i>Filosofia do Limite</i> .....	55
5. A RESPOSTA ÉTICA AO PROBLEMA JURÍDICO DA PLURALIDADE E DA DIFERENÇA .....	62
5.1. Reflexões críticas a respeito dos novos sentidos do Direito .....	67
5.2. A resposta ética ao problema da pluralidade e da diferença .....	73
6. OS DESAFIOS JURÍDICOS DE UMA RESPOSTA ÉTICA .....	81
6.1. O desafio da universalidade .....	83
6.2. O desafio da moralidade.....	90
6.3. O desafio da instrumentalização .....	96
6.4. O desafio da autonomia.....	102
7. CONCLUSÃO.....	106
BIBLIOGRAFIA .....	112

## 1. INTRODUÇÃO

Na antiguidade grega Pandora representa o surgimento da primeira mulher terrena. No mito da Caixa de Pandora<sup>1</sup> os vários males do mundo são explicados pela atuação feminina. Nele Zeus arquiteta um plano contra a ousadia de Prometeu, que entregou aos Homens a capacidade de controlar o fogo. Zeus, então, cria uma mulher, a primeira mulher, repleta de dotes, e a oferece a Prometeu como esposa. No entanto, receoso que Pandora fosse parte de algum plano revanchista arquitetado por Zeus, Prometeu a recusa. Zeus, deste modo, entrega Pandora a Epimeteu, irmão de Prometeu, que a toma como esposa, mesmo sob os avisos do irmão que o instruiu a nunca aceitar nenhum presente de Zeus. Ao aceitar Pandora como sua esposa Epimeteu também ganha, com ela, uma caixa, a chamada Caixa de Pandora, que continha os males físicos e espirituais que poderiam acometer o mundo. Embora desconhecesse seu conteúdo, Epimeteu foi alertado de que aquela caixa não poderia ser aberta em nenhuma hipótese, devendo mantê-la em segurança, em um lugar isolado. Assim o fez Epimeteu. Porém, Pandora, movida por sua curiosidade, após seduzir o seu marido, consegue ter acesso a Caixa do Desconhecido<sup>2</sup> e a abre, libertando dela os diversos males que atormentariam o Homem no mundo. Percebendo o erro que cometera Pandora, imediatamente, fecha a caixa, conseguindo preservar o único dom depositado nela: a Esperança.

Pandora foi uma mulher, a primeira mulher, criada como objeto e parte de um plano que serviu para negociação e acordo entre masculinos e seus desejos de vingança. Ela não foi ouvida, não se expressou, apenas foi entregue aos homens e ao seu destino para ser objeto, como parte de um jogo de poder. Mas o que fez Pandora com a condição a que foi imposta? Aquilo que cabia a qualquer ser humano: buscar o conhecimento, buscar saber e entender, ultrapassando a condição de objeto para se tornar sujeito do seu próprio destino. Abrir a Caixa do Desconhecido seria o único papel que caberia a Pandora. E afinal, o que seria do mundo sem a curiosidade de Pandora? Como seria a ordem das

---

<sup>1</sup> O mito da Caixa de Pandora admite várias versões, sendo a versão apresentada um compilado da leitura de diversos textos que narram o mito, dentre os quais se destaca: O Livro de Ouro da Mitologia: Histórias de Deuses e Heróis. Thomas Bulfinch, 2002, p.19-25.

<sup>2</sup> Neste caso uma denominação própria, em que denomino a Caixa de Pandora como a Caixa do Desconhecido.



coisas se Pandora nunca tivesse aberto a Caixa do Desconhecido, libertando os males do mundo e junto a eles a Esperança?

O mito de Pandora, um mito do mundo antigo que permeia e simboliza tão bem o imaginário sobre o ser mulher, faz de Pandora a representação do feminino, um feminino condenado por tentar conhecer, ir além, e que mesmo que movida por uma curiosidade transformadora, é responsável por ameaçar o Homem e todo o seu universo construído. Pandora representa o despertar, o abrir-se ao mundo, o brotar da curiosidade e da esperança, mesmo que para isso se tenha que trazer os males à humanidade, *desconstruindo*<sup>3</sup> o que se entendia por Homem, rompendo a ordem das coisas<sup>4</sup>.

Pandora, o ser-Outro<sup>5</sup>, o Outro-mulher, um ser diferente do Eu, um Eu masculino, um ser que tinha como referente o Homem em um mundo de homens, criado e simbolizado por estes. Ela experimenta o que é ser mulher e, assim, conhece o que é ser o Outro, o que é ser o diferente, o diferente do Eu e, se vendo neste papel, caminha para desconstruir essa ordem que a anulava enquanto ser, clamando por ser reconhecida.

Um movimento que faz vir à tona o que há além da simbolização do Eu para também se preocupar com a simbolização do Outro, como o diferente que exige também ser respeitado, transformando as inter-relações e o universo que as cercam, mesmo que para isso tivesse que trazer os males do mundo, mas que nem por isso deixou de trazer consigo a esperança, a iluminar o mundo que seria construído a partir de toda a desordem decorrente.

Talvez Pandora não soubesse quando abriu a Caixa do Desconhecido, mas no encontro entre o Eu e o Outro, e somente neste processo, pôde deparar-se com os males do Homem e também da Humanidade. Foi somente iniciando o caminho que a caminhante cumpriu sua jornada. Um caminho de resimbolização do universo que a cercava, de

---

<sup>3</sup> Aqui a ideia de desconstrução alude à proposta de Jacques Derrida, em especial a de Força de Lei, em que o autor aborda a desconstrução como processo de constante resignificação, e, em especial, aborda a desconstrução do Direito como processo que consiste, verdadeiramente, na Justiça. In: Força de Lei: O fundamento místico da autoridade; Jacques Derrida, 2003. A autora Drucilla Cornell, também inspirada na proposta de Derrida, elabora sua própria proposta desconstrutivista, que também inspira o uso do termo. In: The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992.

<sup>4</sup> Uma ruptura que há muito é trabalhada pelos gregos, conforme Castanheira Neves: (...) *mas também nos deuses transgredidos, na ruptura e no apelo que transcende, na espontaneidade irracional e no impulso vital, na surpresa do acontecimento ou no “acaso” em que se manifesta (...)*. Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.07.

<sup>5</sup> O uso dos termos Eu e Outro segue inspirado nas proposições de Drucilla Cornell e em sua proposta ética, em The Philosophy of The Limit, que trabalha as relações Eu-Outro e as simetrias e assimetrias decorrentes dessa relação. The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992.

atribuição de novos sentidos, com uma mudança de perspectiva sobre a humanidade e sobre os encontros humanos no mundo.

Uma mudança de simbolização que se reflete no universo do Direito, de modo que no exercício do encontro se transformem *por meio de uma reflexão desconstrutiva que interpela o Direito, sem pretender dirigir-lhe exclusivamente, ou isola-lo como alvo*<sup>6</sup>. Para que assim, o jurídico possa tomar consciência do Outro, reconhecendo a diferença que este revela e deste encontro confrontar-se com o problema da pluralidade e da diferença, um problema que carrega em si a necessidade de se respeitar as diferenças e as pluralidades decorrentes, sem com isso fragmenta-las ou individualiza-las a ponto de transforma-las em verdadeiros propulsores de desigualdades ou isolamento do corpo comunitário, suscitando também o correlato problema de integração.

Assim, um questionamento do encontro Eu-Outro em que decorre o problema da diferença entre estes, se refletindo também nas diversas diferenças reconhecidas, e então numa pluralidade de identidades e diferenças, no próprio problema da pluralidade. O que se reflete numa mudança também em termos de reflexões filosóficas, numa re-associação da Ética que decorre dessa relação. Um despertar ético que por meio de novos sentidos também carrega consigo uma nova visão de mundo, que mesmo que convivendo com seus males transforma as relações entre o Eu e o Outro, por meio de uma eticidade das relações e também na partilha comunitária, de forma a questionar também a integração, o Nós.

Problema que clama que o Direito dialogue com a Ética, uma *ética de respeito à diferença*<sup>7</sup>, de respeito ao Outro e a diferença que este Outro representa, uma visão ética especialmente desenvolvida na *Filosofia do Limite* de Drucilla Cornell. Um encontro que ainda movimenta a *dimensão ética do Direito*<sup>8</sup>, trabalhada pela concepção *Jurisprudencialista* de Castanheira Neves, pois deste encontro o Direito é chamado a atribuir novos sentidos, e também a transforma-se nessa *dimensão ético-constitutiva*, em que o significante do ser-pessoa se faz numa exigência de *dignidade humana*.

---

<sup>6</sup> Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi. Aroso Linhares, 2008, p.579.

<sup>7</sup> A ética de respeito à diferença é tema central da teoria de Drucilla Cornell, que em *The Philosophy of the Limit* faz sua própria formulação ética. A *Filosofia do Limite* busca promulgar uma relação ética em que o Outro é reconhecido como um *alter-ego* transcendental, que faz com que o Eu se reconheça no mundo. *The Philosophy of the Limit*. Drucilla Cornell, 1992, p.84-85.

<sup>8</sup> Castanheira Neves define três condições de emergência do Direito enquanto Direito, dentre as quais a dimensão-condição ética. Para um aprofundamento do tema: *Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito*. In: *Digesta Vol.III*. Neves, Castanheira, 2010.

Um Direito que se associa a Ética, mas que com ela não se confunde, pois têm sua dinâmica própria, alimentada por uma *continuidade transformadora* entre as *dimensões estruturais do sistema jurídico* e dos *problemas jurídicos* suscitados pela realidade<sup>9</sup>. Dinâmica movimentada por esta realidade, pela *práxis*, numa transformação que se movimenta neste percurso histórico de determinada cultura, e que nem por isso deixa de constituir o Direito como *autônomo*<sup>10</sup>.

Uma autonomia que não presume um Direito isolado, enclausurado, sem dialogar com o mundo e a realidade que o cerca, mas sim com um sentido que lhe é próprio, pois guarda em seu âmago aquilo que tem como verdadeiramente jurídico, o *sentido do Direito*<sup>11</sup> e os valores e fundamentos refletidos em *princípios jurídicos*<sup>12</sup>. Direito que em contato com as diversas respostas do mundo da vida, do *mundo prático*<sup>13</sup>, dialoga com estas diversas respostas, *filtrando* para dentro de si aquilo que o alimenta, que o nutre e o que o caracteriza.

Diálogo que neste caminhar tem como norte os princípios jurídicos, *faróis guia*<sup>14</sup> a iluminar o caminhante para resposta aos *problemas jurídicos* que o movimenta. Problemas e respostas jurídicas, que tanto na *dimensão do sentido* quanto no *mundo da práxis* se fazem em meio a um *sentido cultural-civilizacional do Direito*, em que os

---

<sup>9</sup> Concepção de Direito que tem por base o Jurisprudencialismo de Castanheira Neves, que entende que o Direito se realiza em sua estrutura em duas dimensões capitais: o sistema e o problema. Uma particular dialética dinamiza e integra essas dimensões estruturais, numa órbita de circularidade. In: Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade; Castanheira Neves, 2009, p.18.

<sup>10</sup> O Jurisprudencialismo de Castanheira Neves presume um Direito autônomo, não condicionado a fatores que desvirtuariam o jurídico atrelando-o à significados políticos, éticos, ideológicos, morais, etc., mas sim a concepções eminentemente jurídicas que por meio de uma filtragem pelo sistema jurídico garantiriam uma resposta jurídica aos problemas apresentados, garantindo a autonomia do Direito. Sobre a autonomia do Direito em Castanheira Neves ver: Direito hoje e com que sentido?: O problema actual da autonomia do Direito. Castanheira Neves. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010.

<sup>11</sup> A busca pelo sentido de Direito, e pela subsistência do Direito enquanto Direito, é um dos pontos centrais da teoria Jurisprudencialista de Castanheira Neves, que atrela também a busca deste sentido do Direito ao problema do Direito hoje. Como referência: Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009.

<sup>12</sup> Concepção baseada no Jurisprudencialismo de Castanheira Neves que entende os princípios jurídicos como constituintes de sentidos fundamentais do Direito, não sendo nem meros ideais, nem puramente positivados pelo sistema jurídico, mas verdadeiros fundamentos normativos e momentos constitutivos do Direito. Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais. Castanheira Neves, 1993, p.156.

<sup>13</sup> *Como se a recompreensão do mundo prático do direito à luz do existencial «possibilidade» (vendo no direito o projectar de um mundo possível, em permanente movimento) nos permitisse enfim conjugar (na sua unidade de sentido) algumas das linhas de compreensão (...). O Direito como Mundo Prático Autônomo: ‘Equívocos’ e Possibilidades.* Aroso Linhares, 2013, p. 169.

<sup>14</sup> Esta concepção de princípios baseia-se na adotada por Drucilla Cornell, em *The Philosophy of the Limit*, que entende os princípios como faróis guia a iluminar as decisões jurídicas, sem com isso determinar a resposta correta ou exata a ser seguida na decisão do caso jurídico em concreto. *The Philosophy of the Limit.* Drucilla Cornell, 1992, p.106.

sentidos, a validade e os fundamentos refletidos nos princípios jurídicos são culturalmente e historicamente localizados, no corpo de cada comunidade.

A comunidade como espaço em que se dá o encontro Eu-Outro, o encontro entre os diferentes, bem como a necessidade de integração no Nós, clamando assim pela recuperação do sentido ético deste encontro. Um encontro ético que não pode, em seu nome, descaracterizar o Direito enquanto tal, fazendo, deste modo, surgir alguns desafios jurídicos que o Direito terá que enfrentar ao buscar uma resposta ética ao problema da pluralidade e da diferença. Desafios que o Direito enfrentará trazendo para si aquilo que considerará eminentemente jurídico, para filtrar aquilo que carregará em seu interior, de forma que neste caminhar se defina os limites deste encontro, os desafios jurídicos a se enfrentar, estabelecendo aquilo que dessa experiência persistirá no continuar da caminhada constitutiva da resposta Direito.

## 2. O PROBLEMA (JURÍDICO) DA PLURALIDADE E DA DIFERENÇA

A igualdade é a reivindicação mais comum levantada pelos movimentos representantes de grupos oprimidos, ou minoritários. Apesar de ter sua *raiz no liberalismo*, que afirmou a igualdade como preceito fundamental do Iluminismo e da Revolução Francesa, as diversas lutas sociais que se seguiram, como as *abolicionistas, antirracistas, socialistas, democráticas*, também se valeram das *exigências de equidade* e da *denúncia das assimetrias* e limitações que a própria ordem liberal criou<sup>15</sup>. O movimento feminista também se fez tendo a igualdade como tema fundamental de sua luta, e *desde as suas primeiras manifestações* reivindica *liberdades para as mulheres iguais às desfrutadas pelos homens*, baseando-se na *igualdade de direitos* e na humanidade partilhada entre estes<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Conforme Luis Miguel e Flávia Biroli *Abolicionistas, antirracistas, socialistas e democratas expandiram as exigências da equidade, dirigindo o foco para diferentes tipos de assimetrias e questionando a limitação da ordem liberal em realizar seu programa*. In: *Feminismo e política: uma introdução*. 1ª ed. Luis Felipe Miguel; Flávia Biroli, 2014, p.63.

<sup>16</sup> (...) *desde as primeiras manifestações de inconformidade com a dominação masculina, as mulheres reivindicam acesso a liberdades iguais àquelas de que os homens desfrutam (...), embasada na afirmação da igualdade fundamental entre homens e mulheres*. Ibidem, p.63.

Assim, as primeiras manifestações do feminismo, como movimento político e intelectual, se deram no contexto da Revolução Francesa, em que as mulheres participaram ativamente na luta pela igualdade, fraternidade e solidariedade, de forma que estes ideais também se estendessem a elas. Uma das primeiras autoras a escrever um documento que traduzisse estes anseios foi Olympe de Gouges, que elaborou em 1791 a *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã*, uma reformulação para o feminino dos direitos reconhecidos pela *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789, como oposição aos privilégios masculinos e às relações de dominação homem-mulher. Embora não tenha sido a intenção primordial à época o movimento feminista acabou por ser considerado *o filho indesejado da Revolução Francesa*<sup>17</sup>.

É, no entanto, somente no fim do século XIX e início do Século XX que o feminismo ganha força como movimento político e social. Na primeira onda do feminismo, por meio de uma *luta política ativa*, as chamadas sufragistas pleiteavam o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres e, principalmente, a participação política das mulheres por meio do voto. Além disso, lutavam pelo direito a educação, de forma a inseri-las também na esfera pública, de forma tal que o sufrágismo se caracterizou como *a face pública das reivindicações feministas*<sup>18</sup>.

Os avanços na conquista pela *igualdade formal*<sup>19</sup> prosseguiram, e ainda sob influência do igualitarismo iluminista, foi reconhecida a igualdade jurídica entre homens e mulheres por muitos países do ocidente nas primeiras décadas do século XX e a nível internacional, em 1948, pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Um processo que fez com que a igualdade reivindicada fosse entendida como a *busca por uma universalidade neutra* e simetricamente atribuída aos humanos<sup>20</sup>. Um processo que ainda se fez no reconhecimento do princípio da igualdade, uma igualdade jurídica que devido as

---

<sup>17</sup> A expressão é de Luis Miguel e Flávia Biroli que afirmam (...) *o feminismo como movimento político e intelectual surge na virada do século XVIII para o século XIX e pode ser considerado um filho indesejado da Revolução Francesa*. In: *Feminismo e política: uma introdução*. 1ª ed. Luis Felipe Miguel; Flávia Biroli, 2014, p.19-20.

<sup>18</sup> (...) *da metade do século XIX até as primeiras décadas do século XX, o sufrágismo foi a face pública das reivindicações feministas*. Ibidem, p.93

<sup>19</sup> Entende-se por igualdade formal a ideia que as pessoas têm o direito de serem tratadas de forma igual em situações semelhantes, refletindo uma ideia de simetria nas relações, sob uma perspectiva individualista. In: *Mulheres, Trabalho e Cuidado: A construção da Igualdade na Intersecção dos Mundos Privado e Público na UE*. Maria Cristina dos Santos Pereira, 2013, p.33.

<sup>20</sup> (...) *a igualdade reivindicada vai ser entendida como a busca pela inserção numa universalidade que não é neutra – já preenchida com as características do masculino*. In: *Feminismo e política: uma introdução*. 1ª ed. Luis Felipe Miguel; Flávia Biroli, 2014, p.64.

diferentes papéis assumidos tradicionalmente pelas mulheres acaba se refletindo, na verdade, numa desigualdade de fato<sup>21</sup>.

Deste modo, mesmo com o reconhecimento formal, o que se percebeu foi a manutenção das desigualdades entre homens e mulheres, de forma que as mulheres, embora se vissem formalmente reconhecidas como cidadãs, não se viam incluídas da mesma forma que os homens, tendo em vista que a própria *concepção de cidadania* foi construída numa sociedade marcada pela *desigualdade de gênero, raça e classe*<sup>22</sup>. A perpetuação deste modelo de dominação do feminino fez com que a segunda onda do movimento feminista viesse a questionar a *construção social das desigualdades*<sup>23</sup>, lutando pela igualdade não só formal, mas pela *igualdade substantiva*<sup>24</sup>.

Simone de Beauvoir, precursora do pensamento filosófico feminista, em 1949, nas famosas obras *O segundo sexo*, trata da condição feminina e retoma a discussão a respeito da igualdade. Beauvoir questiona a experiência feminina e afirma que a construção daquilo que se entende por ser mulher é diretamente influenciada pelo que a civilização ensina ou determina que seja o feminino. O extrato do início do segundo volume de *O segundo Sexo* traduz este pensamento:

Ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino<sup>25</sup>.

Apesar de, em 1949, Beauvoir já tratar da diferenciação existencial-cultural entre feminino-masculino, o conceito de gênero surgiu apenas nos anos setenta, sendo definido por Susan Moller Okin como *a institucionalização profundamente enraizada da diferença*

---

<sup>21</sup> O princípio da igualdade, como é formalmente expresso na lei, sem diferenciação entre mulheres e homens, envolve frequentemente uma discriminação oculta contra as mulheres. In: Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos. 3ª edição. Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes, 2012, p.193.

<sup>22</sup> Neste contexto, as mulheres querem ser cidadãs, mas a própria ideia de cidadania foi construída tomando como base a posição do homem (e, em particular, do homem branco e proprietário) numa sociedade marcada por desigualdades de gênero, bem como de raça e classe. Ibidem, p.64.

<sup>23</sup> *The postmodern position is that "one is not born – a woman – rather one becomes a woman. Gender is, in other words, viewed as socially constructed artifact.* Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End; Gary Minda, 1995, p.143.

<sup>24</sup> Entende-se por igualdade substantiva a perspectiva que considera também a diferença para promoção de resultados mais justos, numa formulação assimétrica, de forma a corrigir situações de desvantagem e a promover uma igualdade de fato. In: Mulheres, Trabalho e Cuidado: A construção da Igualdade na Intersecção dos Mundos Privado e Público na UE. Maria Cristina dos Santos Pereira, 2013, p.38-39.

<sup>25</sup> O segundo sexo: a experiência vivida. Simone Beauvoir, 1967, p.09.

*sexual que permeia a nossa sociedade*<sup>26</sup>. Essencialmente, o significado de gênero implica no reconhecimento de que, muito além de uma diferenciação biológica a definição homem-mulher, ou masculino-feminino, reflete um modelo social hierarquizado, o *patriarcado*<sup>27</sup>, que inferioriza a mulher. As diferenças biológicas entre os sexos acabam por definir os papéis sociais que traduzem uma cultura e um sistema de convenções sociais que é tido como natural.

A construção social do gênero é trabalhada pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu em *A dominação Masculina*, na qual o autor adota a concepção de que *homens e mulheres não são biologicamente constituídos, mas antes socialmente construídos*<sup>28</sup>. Assim, as mulheres seriam uma construção masculina, uma criação cultural que se dá por meio de uma ótica masculina daquilo que se entende por mulher. Conforme Bourdieu:

A diferença biológica entre os sexos, isto é, entre o corpo masculino e o corpo feminino, e, especificamente, a diferença anatômica entre os órgãos sexuais, pode assim ser vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros, e, principalmente, da divisão social do trabalho<sup>29</sup>.

O gênero pode, assim, ser descrito como *o código fundamental em torno do qual se articulam as interações humanas e se organizam as estruturas culturais (...) as diferenças objetivas são menos relevantes do que o dispositivo cultural que fez dessas diferenças um sistema de nossas convenções sociais tão inteligível que acaba parecendo natural*<sup>30</sup>.

Deste modo, a segunda onda do feminismo corresponde à *explosão dos movimentos sociais de contestação*<sup>31</sup> que buscaram entender estas diferenciações estruturais e culturais entre feminino e masculino, aliando-se a uma *estruturação*

---

<sup>26</sup> Apud. Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos. 3ª edição. Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes, 2012, p.194.

<sup>27</sup> Entende-se por patriarcado o sistema de dominação da mulher pelo homem através de instituições, crenças, e construções de pensamento que assinalam grande valor, privilégio e poder aos homens em detrimento das mulheres. In: Ecofeminist Philosophy, Karen J. Warren, 2000, p.64.

<sup>28</sup> Construção teórica do feminismo. Carlos Serra, In: O que é feminismo?, 2015, p.07.

<sup>29</sup> A dominação masculina. Pierre Bourdieu. 2ª ed. Tradução: Maria Hele Kuhner, 2002, p.10.

<sup>30</sup> The arrangement between the sexes. E. Goffman, 1977. Apud: O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei, Daniel Borrillo, 2010, p.02.

<sup>31</sup> (...) a segunda vaga corresponde à explosão de movimentos sociais de contestação que surgiram no Pós-Guerra, sensivelmente entre os anos 60 e 80 do século XX. Da Origem do Feminismo ao Feminismo Plural, do Mundo a Portugal. Maria Helena Santos. In: Patrícia Gomes et al. O que é feminismo?, 2015, p.64.

*intelectual ligada à ciência e a literatura*, mas também a sociologia, a psicologia, e ao Direito<sup>32</sup>.

A partir do final do século XX correntes importantes do pensamento feminista passam a recursar a *universalidade do tratamento*<sup>33</sup>, diante da constatação prática da permanência das diferenças estruturais e culturais entre os gêneros, assumindo uma *política da diferença*<sup>34</sup>, que se faz na *crítica ao liberalismo* e a igualação por este proposta, por meio de um pensamento de *universalidade*. Uma universalidade, ou neutralidade, que se valendo de valores universais e da humanidade comum entre as pessoas, acabando por *neutralizar a compreensão dos impactos das desigualdades concretas* vivenciadas pelos diferentes, e assim promover a desigualdade e não a igualdade<sup>35</sup>.

Já na terceira onda do feminismo, no fim dos anos oitenta e início dos anos noventa, se passa a questionar o próprio conceito de gênero, bem como defender uma autonomia feminina sobre o controle de seu próprio corpo. Neste sentido desenvolve-se uma *fenomenologia feminista*, na busca por entender a experiência de ser mulher, a experiência de se *estabelecer em um corpo distintamente feminino*, considerando a experiência corporal feminina negligenciada pelo universal da vivência masculina<sup>36</sup>.

Uma discussão que abriu margem, ainda, para o surgimento de diversas segmentações do movimento, e principalmente para uma compreensão crítica sobre esta *experiência corporal*. Assim, com o pensamento precursor de Judith Buller<sup>37</sup>, passa-se a uma defesa da desconstrução da divisão binária entre os gêneros e da heterossexualidade,

---

<sup>32</sup> (...) o movimento feminista recorre às manifestações públicas, mas também à ciência, em particular à literatura feminista. Ibidem, p.64.

<sup>33</sup> The “sameness-difference” debate placed legal feminists within a “double bind” created by “the old dream of symmetry” which historically required woman to prove that they were like men. The double bind was that women could claim legal protection only by comparing their experiences to the universal experiences of men. Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century’s End; Gary Minda, 1995, p.130.

<sup>34</sup> (...) a partir do final do século XX, correntes importantes do pensamento feminista recusarão o universalismo em favor de algo que vai ser chamado de “política da diferença”. Há, na base dessa postura, uma crítica ao liberalismo, que sempre se afirmou como uma filosofia da universalidade. Feminismo e política: uma introdução. Luis Felipe Miguel; Flávia Biroli, 2014, p.64.

<sup>35</sup> Como Dairian Shanti sublinhou no seu artigo “Igualdade e as Estruturas da Discriminação”, “a neutralidade não permite a sensibilidade a desvantagens que possam impedir que algumas pessoas beneficiem de um tratamento igual. (...) uma igualdade genuína entre homens e mulheres só pode ser alcançada se tanto a igualdade formal como a substantiva forem completamente realizadas. Compreender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos. 3ª edição. Vital Moreira e Carla Marcelino Gomes, 2012, p.194.

<sup>36</sup> Luis Miguel e Flávia Biroli, a respeito do feminismo e o corpo, afirmam que uma *fenomenologia feminista tenta entender que a experiência de ser mulher – a consciência produzida pela distinção de gênero – se estabelece sobre um corpo, que é distintamente feminino*. Ibidem, p.67.

<sup>37</sup> Em especial em: Problemas de gênero: feminismo e a subversão da identidade, Judith Butler, 2016.



asseverando uma fluidez entre as diversas identificações sexuais e performatividades que refletiriam uma desconstrução da própria hierarquização dos gêneros e contribuiriam para libertação feminina do polo de opressão, bem como de outros grupos oprimidos, como os Queer e LGBTs.

Esta nova fase levou a consideração de que a igualdade entre os sexos *não exige que as mulheres adotem padrões de comportamento tidos culturalmente como masculinos* para se igualarem efetivamente aos homens, significando a *busca por novos padrões*, tanto no que se refere a *afirmação da positividade do feminino*, enaltecendo a feminilidade, quanto numa *individualização absoluta*, de forma a gerar uma *radicalização das singularidades*, tendente a abolir as associações aos gêneros<sup>38</sup>.

Busca por novos padrões de comportamento geradores, assim, de uma *tensão entre valorização das diferenças e afirmação da igualdade* de gênero, que ainda se fez em meio a um debate entre *feminismo e multiculturalismo*, que questiona a *imposição de valores ocidentais* como se estes fossem universais, afirmando a necessidade de *garantir modos de vida minoritários*<sup>39</sup>. Uma tensão ainda marcada pelo questionamento da *uniformização das mulheres* e da *multiplicidade de experiências femininas*, em que é dada grande importância à *recusa da universalização* mediante a valorização da diferença, *evitando a aceitação acrítica de valores vinculados às relações de dominação*<sup>40</sup>.

Deste modo, diante dos diferentes modos de vida e os diferentes grupos que surgem dentro do próprio movimento feminista, marcado pela *heterogeneidade de composição*<sup>41</sup>, o feminismo passa a assumir as diversas *interseccionalidades*<sup>42</sup> das formas

---

<sup>38</sup> Luis Miguel e Flávia Biroli asseveram que a igualdade entre os sexos não exige que as mulheres adotem o padrão de comportamento que hoje é visto como masculino, podendo, porém, significar a busca por padrões novos, tanto na afirmação da positividade do feminino, como na ideia de dissolução de padrão, numa aposta radical das singularidades individuais. Ibidem, p.68.

<sup>39</sup> *A tensão entre valorização da diferença e afirmação da igualdade de gênero permeia também a relação do feminismo com o multiculturalismo, corrente que questiona a imposição de valores ocidentais como se tivessem curso universal e afirma a necessidade de garantir a vigência de modos de vida minoritários.* Ibidem, p.70.

<sup>40</sup> (...) a recusa à universalização do masculino (ou do ocidental), com valorização da diferença, é importante para evitar a aceitação acrítica de um conjunto de valores que esta, ele próprio, vinculado às relações de dominação. Ibidem, p.73.

<sup>41</sup> *The postmodern insight is that the achievement of gender equality must begin with a reformulation of the sameness-difference analysis of feminist theory by taking into account the multiple consciousness and experience of woman.* Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End; Gary Minda, 1995, p.146.

<sup>42</sup> A interseccionalidade trabalha a partilha de diferentes experiências e questiona as categorias produzidas pela universalização das concepções de gênero, trazendo para a ótica feminista diferentes perfis. In: Mulheres, Trabalho e Cuidado: A construção da Igualdade na Intersecção dos Mundos Privado e Público na UE. Maria Cristina dos Santos Pereira, 2013, p.62.

de opressão, trabalhando sua conexão com outras vertentes como o colonialismo, o movimento negro, LGBT, Queer, ecológico, sindical, etc.<sup>43</sup>.

A partir de então se vive, no contexto histórico-social ocidental, uma crescente e cada vez maior preocupação e multiplicação dos discursos identitários, que abordam as diferenças culturais responsáveis pelas opressões de grupos minoritários. Um cenário em que *o imperativo da igualdade é relativizado e precisa ser combinando com a busca por outros bens sociais*, implicando na *relativização da igualdade como valor*<sup>44</sup>.

Para que então se passe a valorizar paralelamente a diferença, *introduzindo-a como novo valor*, num discurso que busca a compatibilização da igualdade com a diferença e tem como consequência *novos problemas*<sup>45</sup>, dentre estes o problema da pluralidade e da diferença.

## **2.1. O problema da pluralidade e da diferença – um problema jurídico**

Feito um breve apanhado deste processo de divisão e subdivisão de lutas e de busca por afirmações identitárias, em que o movimento feminista assume relevo como precursor da discussão a respeito da valoração da igualdade e da diferença, se elucidou a dificuldade em lidar com a quantidade de promessas e a diversidade e pluralidade de identidades que hoje clamam por serem ouvidas. Um processo que destaca as dificuldades de concepção que todas estas promessas identitárias representam, principalmente quando suscitadas como possibilidades de novas perspectivas baseadas em identidades e consequentemente em sujeitos, e em sujeitos jurídicos diversos<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> *The new interest in “intersectionality” analysis of interests has cats the feminist movement squarely within the diversity movement now shapping the postmodern currents in the university.* Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century’s End; Gary Minda, 1995, p.147.

<sup>44</sup> Feminismo e política: uma introdução. Luis Miguel; Flávia Biroli, 2014, p.75.

<sup>45</sup> A incorporação do valor da diferença introduz um novo conjunto de problemas, denominados as “ciladas da diferença”. In: Feminismo e política: uma introdução. Luis Miguel; Flávia Biroli, 2014, p.74.

<sup>46</sup> (...) *process of division and subdivision is, for its part, sufficient to enable us to understand that it is very difficult to conceive of (far less be in a position to reconstitute) all these «community»-promises (of gender, colour, sexual orientation, economic condition, social status, geopolitical territory or practical-cultural memory), even when simply invoked in fieri (as emergent possibilities for new perspectives-subject) as closed (watertight) ways of life.* The pluralism of Identities as a Challenge to Law’s and Legal Theory’s Claim to Comparability. Aroso Linhares, texto não publicado, p.03.

O que faz crer que uma experiência de *multidimensionalidade de opressões*<sup>47</sup>, em face permanente com as *mudanças de interseccionalidades* e das pessoas-identidade interseccionais, se veja refletida em uma *multiplicação das experiências contemporâneas do Direito*<sup>48</sup>. Cada uma, em sua perspectiva, criando suas propostas do que é o Direito e o que este representa em cada sociedade, refletidas, também, numa *multiplicação de discursos jurídicos*, que faz com que o problema da diferença, ou do reconhecimento das diferenças de cada grupo identitário e da diferença que estes representam, se veja refletido num pluralismo de propostas, e, portanto, no correlato problema da pluralidade, e sua fragmentação decorrente.

Um processo de fragmentação que, nas diversas propostas interpretativas que as respectivas identidades, ou sujeitos-identidades, representam, carregam consigo o questionamento sobre a mobilização das pautas e propostas destas intenções específicas de cada grupo, de forma a se criar *resistência a uma integração*, a uma unidade, contribuindo assim para a constituição de *práticas juridicamente relevantes* específicas, refletindo-se num *pluralismo jurídico*<sup>49</sup>. Um contexto cultural pautado por uma *pluralidade* e por um *relativismo* que leva a ausência de *referentes materialmente agregadores da intersubjectividade humana*<sup>50</sup>.

Um problema jurídico que também pode ser visto como uma *oportunidade de examinar a combinação das diversas diferenças* que estes representam, e também a *força destas divisões e subdivisões*<sup>51</sup>. Para que então se faça uma discussão a respeito do impacto

---

<sup>47</sup> *On the other hand, it is because storytelling in itself, experiencing the «multidimensionality of oppressions» («what happens when an individual (...) is both gay and Native American, or both female and black?»), faces the permanent challenges of intersectionality or «intersectional» persons. Ibidem, p.04.*

<sup>48</sup> (...) *significa, com efeito desde logo estar em condições de partir de uma experiência de pluralidade tão expressiva quanto concentrada — podemos testemunhar o quase diferendo que dilacera o discurso jurídico contemporâneo. O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equivocos” e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.08.*

<sup>49</sup> *Ideia trabalhada por Aroso Linhares que destaca uma (...) tensão irreduzível entre pluralidade e unidade, entre pretensões de pluralidade discursiva e de unidade intencional, de radicalização hermética da diferença e de renovação dos compromissos de identidade, e que dentro deste contraponto assevera o reconhecimento das (...) resistências à univocidade de uma coordenação material se tornaram dimensão constitutiva tanto das práticas de realização juridicamente relevantes quanto das práticas que exteriormente as condicionam. Validade comunitária e contextos de realização: anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. Aroso Linhares, 2012, p.03-04.*

<sup>50</sup> (...) *hodierno contexto cultural humano, que nem no singular poderá já ser enunciado, pauta-se por uma pluralidade e mesmo relativismo radicais, a já tantas vezes reconhecida ausência de referentes materialmente agregadores da intersubjectividade humana. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p.178.*

<sup>51</sup> *These challenges are certainly an opportunity to examine the «combination» («in various settings») of «race, sex, class, national origin, and sexual orientation» (and of fighting against race or gender or class*

que estas propostas têm, as fragilidades que geram e também a tentativa e importância de se encontrar uma integração entre estas lutas, como *oportunidade de recriar um todo coerente*, e não só de *criar aberturas para novas divisões*, já que apresentam importantes *possibilidades de conexão*<sup>52</sup>.

Caminho que se fará, inicialmente, reconhecendo os *sinais de fragmentação e de perda da unidade* que afetam as *práticas jurídicas atuais*, apresentando-se em três núcleos, *três desafios e suas resistências* correspondentes<sup>53</sup>.

O *primeiro núcleo* se confronta com a *impossibilidade de uma linguagem única ou centro*, mostrando seus sinais na experiência da *reflexão acadêmica* e nas *situações institucionais*<sup>54</sup>. Associada à *inteligibilidade semântica* faz com que cada um dos *testemunhos do mundo acadêmico* se empenhe na procura de sentidos e de realização de modelos próprios, numa *justaposição de experiências*<sup>55</sup>. E, por outro lado, reconhecendo os sinais de fragmentação, acaba por reproduzir um confronto entre *testemunhos rivais*, condicionando respostas e, muitas vezes fechando-se em seus núcleos, de forma a *perder o alvo a que se dirigiam*, substituindo-se por práticas que alimentam as críticas e problemas que buscavam enfrentar, numa *multiplicação de possibilidades equivalentes*<sup>56</sup>.

---

*essentialism(s)*), but also an inescapable source of subdivision. The pluralism of Identities as a Challenge to Law's and Legal Theory's Claim to Comparability. Aroso Linhares, texto não publicado, p.04.

<sup>52</sup> (...) undoubtedly because significant possibilities for connection (or at least overlapping) are due to the (...) external influence of transversal (...) interdisciplinary perspectives (...). Ibidem, p.04.

<sup>53</sup> O primeiro passo cumpre-se recolhendo (...) os sinais de fragmentação (de perda de unidade) que afetam as práticas juridicamente relevantes... mas sobretudo permitindo que estes sinais se distribuam (...) em três grandes núcleos de emergência. Sendo certo que se trata menos de identificar três desafios de organização diferenciados do que de reconhecer (...) três veios temáticos imprescindíveis e as resistências que estes geram. Jurisprudencialismo: Uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?, 2012, p.117.

<sup>54</sup> Os primeiros a ter em conta são seguramente aqueles que recolhemos quando nos concentramos na experiência da reflexão acadêmica... — e nas “situações institucionais” (...) que a cumprem: sinais que nos confrontam com a impossibilidade de uma linguagem única — se não com a perda de uma linguagem-centro —, na mesma medida em que testemunham esta impossibilidade ou este descentramento invocando o processo de erosão-Detruktion de um certo paradigma... ou a circunstância prático-cultural que declara esta superação irreversível. Ibidem, p.117.

<sup>55</sup> Aqueles que identificamos “ouvindo” — mobilizando, na sua imediata inteligibilidade semântica (mas também na sua integridade) — cada um dos testemunhos que a academic house (...), está (...) em condições de produzir. (...) Com um resultado global que nos atinge como uma justaposição ou como uma soma (eventualmente como uma sobreposição-overlapping) de experiências autorrefletidas — cada uma delas a procurar reagir à ausência de uma linguagem comum... e neste sentido também a escolher um caminho. Ibidem, p.118.

<sup>56</sup> E aquele que reconhece os sinais da fragmentação-divisão (...) considerando exclusivamente a pragmática destes testemunhos — ou esta enquanto pressupõe, mas também enquanto reproduz, a experiência inconfundível de um confronto (entre testemunhos rivais). Ibidem p.118. Como se se tratasse afinal de preservar uma intenção conformadora ou de optar por uma das modalidades de determinação (normativa ou desconstrutiva) que esta oferece, sem descobrir no entanto o caminho que a(s) possa projectar directamente nas práticas-alvo (...). Ao ponto de o sucesso obtido por este espectro de vozes inconciliáveis se reduzir paradoxalmente a um efeito de multiplicação de possibilidades equivalentes. Ibidem, p.119.

O segundo núcleo experimenta um processo de separação e se depara *distinguindo grupos, micro-grupos ou pequenas comunidades*, de forma a permitir que cada uma dessas práticas ou discursos se mostre vinculada a uma *experiência coletiva específica*, e não a um *todo comunitário*<sup>57</sup>. O que se reflete numa experiência marcada pelas *noções específicas que os grupos reconhecem*, identificados por um *dialeto, território e institucionalização próprios*, numa *rede limitada de comunicação e pretensão interna de juridicidade*<sup>58</sup>. Acentuando a dinâmica de transformação que distingue esses grupos e as diferenças que os separam, numa *pluralidade de linguagens* correspondente à *multiplicação de situações institucionais* e em *soluções de equilíbrio distintas*, que acabam entrando em conflito<sup>59</sup>. Situação que hoje experimenta uma intensificação das *divergências interpretativas*, fazendo surgir o *problema que ameaça a integridade destes grupos*, pois embora preservem a identidade que os fecha, acabam atingidos pela *impossibilidade de reconstruir um projeto integrante*, contribuindo ainda mais para a fragmentação que os isola<sup>60</sup>.

Um terceiro núcleo no qual a pluralidade emerge da *perda de um único paradigma*, na perda de um modelo de concepção de Direito, que se vê refletido num *círculo de experiências interdiscursivas*, atingindo pelos *discursos de pretensão de juridicidade próprios*, numa *gama pluridimensional de hetero-referências*, ou seja, numa infinidade de referências que buscam resposta externas a este universo jurídico,

---

<sup>57</sup> O núcleo que se segue continua a confrontar-nos com a impossibilidade de uma linguagem única. A pluralidade com que nos atinge é no entanto outra, como outros são de resto os seus sinais. (...) o plano que agora nos importa descobre essa pluralidade distinguindo (separando) grupos ou pequenas comunidades (...)... e então e assim permitindo que cada uma daquelas práticas- discursos (...) nos apareça — enquanto tarefa e na imanência desta (ou da autorreflexão que a conduz) — vinculada a uma (determinada) experiência colectiva. Ibidem, p.120.

<sup>58</sup> Experiência colectiva que as noções de grupo semiótico e de comunidade interpretativa (...) nos ajudam a reconhecer(...) enquanto identifica um “sociolecto”- território e a institucionalização de “correspondências” e “semelhanças” que este defende — na mesma medida em que responsabiliza estas por uma “rede limitada de comunicação” e pela construção interna (inconfundível) de uma pretensão de juridicidade. Ibidem, p.120-121.

<sup>59</sup> Seja como for, uma pluralidade de linguagens (...) que corresponde a uma multiplicação de “situações institucionais”, de projectos de realização, de materiais canónicos, de processos de textualização-retextualização, de regras de procedimento, de intenções de leitura, de destinatários e auditórios potenciais (...) e ao cruzamento inevitável destes, em todas as arenas da práxis — com expectativas e soluções de equilíbrio distintas, elas próprias em conflito. Ibidem, p.121.

<sup>60</sup> Ameaças que, como vemos, tornam esta experimentação da pluralidade vulnerável à primeira. Como se os grupos e micro-grupos em causa, preservando embora a identidade que os fecha uns perante os outros, se nos expusessem enfim atingidos pela impossibilidade de reconstruir (...) um projecto integrante e pelo contraponto-confronto das vozes que pretendem reagir a esta impossibilidade — vozes que, como sabemos, partem exclusivamente de um destes grupos (...). Ibidem, p.122.

mobilizadas nas decisões institucionais<sup>61</sup>. De forma que, por meio dessas referências externas, é atribuída uma *concepção própria de Direito*, num descentramento que leva a *multiplicação de modelos alimentados* por estas influências exteriores ao Direito<sup>62</sup>.

Sinais de fragmentação que neste universo do mundo jurídico sinalizam a tensão que é refletida pela fragmentação decorrente do problema da diferença e da pluralidade, experimentáveis considerando-se uma *situação-limite*, uma situação hipotética de *interpretação e de incorporação recíprocas*, conhecida como *interpretação de oposição em ninho*<sup>63</sup>. Uma *situação limite* na qual o *isolamento e o sofrimento*, decorrentes desta fragmentação e do *vazio de uma discursividade infinitamente perseguida*, se tornem *indissociáveis* da procura por uma *intercompreensão na existência*, numa *exigência de comunicação profunda, que não seja apenas de entendimento para entendimento ou de espírito para espírito, mas de existência para existência*<sup>64</sup>.

*Situação limite* que numa *abertura indefinida de contextos* entregaria o Direito a uma *experiência radical de pluralidade*, uma *pluralidade atingida como diferença*, pois *fragmentadora e criadora de abismos*, contribuindo para a acentuação destas diferenças e para seu isolamento<sup>65</sup>. Um *pluralismo radical* que num *relativismo absoluto*<sup>66</sup> acaba por

---

<sup>61</sup> *Um último núcleo no qual a pluralidade emerge directamente deste círculo de experiências interdiscursivas e da reciprocidade constitutiva que as estimula? Importa admiti-lo. E desde logo porque os “sinais” que este núcleo aglutina, interferindo directamente com os dois núcleos anteriores (...), atingem significativamente (...) todos os discursos justificados por uma pretensão de juridicidade e (ou) os territórios que estes defendem (...) como uma frente pluridimensional de hetero-referências — com arenas propulsoras que poderão ir da política à filosofia, passando pela economia, pela ciência e pela ética (...). Ibidem, p.123.*

<sup>62</sup> *As hetero-referências que se impõem às decisões institucionalizadas nas periferias (...) mas também aquelas que condenam a dogmática (...) a assimilar teleologias alheias (acompanhando assim um direito que, no seu ímpeto regulatório, se pulveriza em muitos direitos). Ibidem, p.123-124.*

<sup>63</sup> A oposição em ninho se caracteriza por uma oposição em que os termos opostos contêm algo um do outro, se auto-constituindo, como um *yin-yang* mas ao mesmo tempos se opondo. Neste caso a oposição em ninho pode ser explicada: *uma situação-limite de interpenetração e de incorporação recíprocas, se não mesmo já de «oposição em ninho» (a nested opposition is a conceptual opposition where the opposed terms «contain each other»)*. Validade Comunitária e os Contextos de Realização. Aroso Linhares, 2012, p.04.

<sup>64</sup> Nas palavras de Aroso Linhares: *Uma situação na qual o sofrimento-solidão provocado pela fragmentação e pela incomensurabilidade — eventualmente também pelo abismo sedutor de uma discursividade em degraus, infinitamente prosseguida (...) — se torne indissociável da procura de uma «intercompreensão na existência» (de uma exigência de comunicação que não seja apenas de «entendimento para entendimento» ou de «espírito para espírito»... mas de «existência para existência»)*. Validade Comunitária e os Contextos de Realização. Aroso Linhares, 2012, p.04.

<sup>65</sup> (...) *convenções performativas (...) e das especificações realizadoras que estas suscitam (...) que nos condenam à prioridade de um jogo de reenvio entre significantes (...) à inevitabilidade do contexto ou das práticas de contextualização (...) e à inevitabilidade da abertura indefinida de todos os contextos (...) uma abertura que leva a uma experiência radical da pluralidade, uma pluralidade que nos atinge e nos fere implacavelmente como diferença*. A abertura ao Futuro como Dimensão do Problema do Direito. Aroso Linhares, 2008, p. 415.

<sup>66</sup> *O pluralismo radical é afinal a expressão, no seu relativismo absoluto, de um dogmatismo de convicção que desconhece a exigência integrante do outro, quando não o nega pela reivindicação ilimitada da*

gerar convicções isolantes, expressas em *dogmatismos* que na verdade *desconhece a compreensão do Outro*, negando-o, em nome de uma *reinvidicação ilimitada da diferença*, numa *desintegração* fragmentadora<sup>67</sup>.

Então uma *situação-limite* na qual a *celebração e a consagração da pluralidade* se deixe permanentemente atingir pela *urgência de uma cooperação entre experiências*, que no universo específico do Direito vise *superar a resistência à unidade* e a sua decorrente resistência a uma *coordenação material*<sup>68</sup>. O que acentua que o problema da pluralidade e da diferença revela a possibilidade e a relevância de nesta *circunstância problematizada pela diferença* e pela pluralidade das práticas, dos discursos, das comunidades interpretativas, dos *horizontes civilizacionais*, se *interpelar criticamente o Direito*<sup>69</sup>.

Sem com isso se esquecer da relevância dada à aceitação das diferenças, pois uma situação que pode ser vista como *oportunidade para abertura ao diferente e ao diferido como Outro*, uma *representação de singularidade*, que o Outro, como diferente de mim, como diferente do Eu, representa<sup>70</sup>. Mas uma diferença que associada à igualdade permite a livre expressão dos indivíduos, não os aprisionando em grupos ou em identidades

---

*diferença*. O problema da Universalidade do Direito – ou o Direito Hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: Digesta, Vol. III. Castanheira Neves, 2010, p. 117.

<sup>67</sup> (...) *um pluralismo também radical que, no seu relativismo absoluto, de um dogmatismo de convicção que desconhece a compreensão do outro, quando não o nega pela reinvidicação ilimitada da diferença, não só provoca uma desintegrada indeterminação que vai simultânea com a já aludida incomunicável fragmentarização à ouztrance, a atingir quantas vezes o nível do différend (...)*. Uma reflexão filosófica sobre o Direito – "O deserto está a crescer..." ou a recuperação da filosofia do direito?. Digesta Vol. III. Castanheira Neves, 2010, p. 75-76.

<sup>68</sup> *Uma situação-limite que — já mergulhando no universo específico do direito — nos autorize a mobilizar a vocação integradora da intenção à validade (e a força condutora da sua perspectiva normativa) na mesma medida em que reconhecemos que as resistências à univocidade de uma coordenação material se tornaram dimensão constitutiva tanto das práticas de realização juridicamente relevantes quanto das práticas que exteriormente as condicionam*. Validade Comunitária e os Contextos de Realização. Aroso Linhares, 2012, p.04.

<sup>69</sup> (...) *problema da pluralidade juridicamente relevante, concentrando-o no último - relativo aos horizontes civilizacionais - e simultaneamente permitindo que o recurso a um contraponto elementar (...) nos exponha a um ponto de partida (que é também um desafio) inequívoco. Que contraponto? Aquele que se desenha partindo do problema (necessário) da vida em comum (se quisermos já, do problema da partilha do mundo) (...)*. Direito, Violência e Tradução: poderá o direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? Aroso Linhares, 2015, p.03-04.

<sup>70</sup> Neste caso Aroso Linhares afirma (...) *uma abertura ao diferente (diferido) como Outro – ao Outro como um acontecimento singular que é também um visitante absoluto*, ao tratar dos horizontes de futuro do Direito marcados na proposta desconstrutivista de Jacques Derrida. A abertura ao Futuro como Dimensão do Problema do Direito. Aroso Linhares, 2008, p. 416.

específicas, como se também esta individualidade os delimitasse<sup>71</sup>. Uma busca que admita ir além das diferenças, visando também uma integração, para comunitariamente conviver com os Outros, refletindo-se, assim, no problema da integração destas diferenças e pluralidades.

## 2.2. O problema da integração (entre as diferenças e pluralidades)

As relações humanas são relações de repartição de um espaço, um espaço problematizado pela convivência entre as singularidades, pela mediação do mundo e pela partilha, num cenário de manifestação das diferenças e pluralidades em que a convivência comunitária explicita a tensão de uma integração comunitária.

Um problema que decorre da pluralidade humana associada à *unidade do mundo*, um mundo no qual os *humanos partilham* e compartilham, por mediação e em referência a este mundo, *construindo as relações sociais*<sup>72</sup>. O que revela que todos os seres humanos fazem parte do mesmo mundo, e por isso estão juntos, em uma mesma condição, de forma que *o mundo é único e os humanos nele são muitos*<sup>73</sup>. Consequentemente, o mundo se mostra enquanto *meio em que decorre a existência humana*, onde os humanos habitam e constroem as relações *uns com os outros, e também através dos Outros*<sup>74</sup>, numa *existência de inter-subjetividade*<sup>75</sup>, num fazer compartilhado, numa correlação entre o Eu e o Outro

---

<sup>71</sup> *Sujeitos que só poderemos perceber, diga-se também desde já, nesta contextualização, como indivíduos, solipsisticamente ensimesmados nas suas células individualizadas de circunscrição, seja ela axiológica, e talvez mesmo moral ou religiosa, seja já sociológica, económica, tecnológica, ou outra, mas seguramente, sempre, neste segundo sentido, finalisticamente delineada.* Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p.178.

<sup>72</sup> Castanheira Neves trabalha as condições de emergência do Direito enquanto Direito, e dentre as três condições que elenca assevera como condição geral a condição mundanal em que (...) *a pluralidade humana se depara com a unicidade do mundo, faz decerto com que aos homens, ao comungarem o mesmo mundo, se imponha a necessidade tanto de nele conviverem como de o partilharem.*(...) *a pluralidade humana se depara com a unicidade do mundo.* Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.13. (...) *não há relação social ou sociabilidade sem o mundo (...) a relação social postula uma mediação pelo mundo.* Ibidem, p.15.

<sup>73</sup> Ibidem, p.13.

<sup>74</sup> *Os homens comungam o mundo uns com os outros e comungam-no uns através dos outros.* Ibidem, p.14.

<sup>75</sup> (...) *temos de reconhecer que a existência humana no mesmo mundo é elementarmente uma existência de inter-subjetividade.* Ibidem, p.14.



que culmina com a possibilidade da exigibilidade em que o Eu põe, e não impõe, condições ao Outro, e igualmente o Outro põe exigências ao Eu<sup>76</sup>.

É em meio a essa humano-convivência que *o humano se assume como tarefa de si próprio*<sup>77</sup>, agora já não mais se projetando somente nas suas relações de partilha, mas volta-se para si, para o seu *reconhecimento na existência humana*<sup>78</sup>. Uma abertura ao mundo em que o humano manifesta a *base antropológica* para compreender a sua própria existência, pois é deste modo que existe e se manifesta, como o ser que *se distancia do mundo e de si próprio e nessa distância ultrapassa o mundo e a si*<sup>79</sup>.

O humano é um ser que *transcede e se transcende*, e neste exercício de transcender tem a possibilidade e a necessidade de compreensão, bem como se reconhecer como ser em constante construção e realização<sup>80</sup>. O que implica que o humano, além de imerso no mundo e em sua realidade, faz da realidade e seus elementos o seu objeto, tornando-se *realidade objetivada*, dotada de *substância própria*, de forma a reconhecer a sua *autonomia em relação à realidade*, tornando-se *sujeito perante o objeto*, mas ao mesmo tempo *projetando-se em ideias nessa realidade*<sup>81</sup>.

É em meio a essa realidade da existência, que não se dá de forma isolada, mas partilhada, que o ser humano se dá conta que a sua *existência leva à coexistência*<sup>82</sup>, pois o humano não existe só, sua existência é, na verdade, uma existência comunitária, já que a coexistência é também essencial para a condição de possibilidade da humanidade do ser.

---

<sup>76</sup> (...) a intersubjetividade implica exigibilidade (...) só posso usufruir a habitação do mundo ponto exigências (pretensões de ações e omissões) aos outros, de cuja mediação depende essa minha fruição, e aos outros igualmente pondo-me exigências a mim. Ibidem, p.15.

<sup>77</sup> (...) nesta abertura ao mundo, em que o homem se assume afinal como tarefa de si próprio, temos a base antropológica para a compreensão geral da existência humana. Ibidem, p.17.

<sup>78</sup> Habitação e comunhão estas do mundo pelos homens que, por outro lado, não traduzem só o modo por que decorre a sua existência, pois são sobretudo condição básica da realização dessa existência como existência humana. Ibidem, p.14.

<sup>79</sup> (...) deste modo o homem existe (manifesta-se) como o ser que se distancia do mundo e de si próprio e nessa distância ultrapassa o mundo e a si próprio (...). Ibidem, p.17.

<sup>80</sup> Sobre a questão da transeção humana Castanheira Neves afirma que (...) no seu transcender o homem não tem apenas a possibilidade de objetivar a sua experiência e de a superar nas ideias, de a submeter ao pensamento racional e a de compreender espiritualmente – transcendendo e transcendendo-se, intenciona um outro nível de ser. Ibidem, p.18.

<sup>81</sup> (...) a objectivação – o homem não está simplesmente imerso no mundo e na sua realidade, a realidade e os seus elementos tornam-se-lhe objectos. (...) a realidade enquanto objectivada adquire como que substância própria perante o homem que a transcende (...) o homem reconhece simultaneamente sua autonomia perante ela, nesses mesmos actos de análise, conhecimento e interrogação, torna-se “sujeito” perante um “objeto”. E não se constitui só a objectivação, o transcender projeta-se ainda em ideação (...). Ibidem, p.17.

<sup>82</sup> O “ser-com-outros” foi reconhecido pelo pensamento do século passado como modo essencial da existência humana – o homem existe em coexistência. Ibidem, p. 19.

Um modo de existência comunitária que manifesta e constitui o próprio ser, e por isso também, *condição ontológica*, visto que somente *em comunidade é possível conjugar as potencialidades humanas, para síntese dos contributos de cada um* e de todos, na plena realização de cada humano-pessoa<sup>83</sup>.

A comunidade humana é constitutiva do ser, e, portanto, é meio em que decorre um sentido de ser que vai além de mero correlato de individualidades, mas uma interação que se dá através da interação Eu-Outro, numa relação que não supera as individualidades deste Eu ou deste Outro, e sim preserva a autonomia de cada indivíduo, ao mesmo tempo em que não deixa de constituir um Nós, autônomo, objetivo e coletivo, um Nós tão original quanto o Eu ou o Outro<sup>84</sup>.

No entanto, a comunidade, ou o Nós, é apenas um dos lados de uma dialética que opera com o outro termo, a pessoa, em sua autonomia e individualidade, representada pelo *Eu real*<sup>85</sup>, que vivencia o *Eu pessoal* e o *Eu social* como *momentos da dialética da existência real*<sup>86</sup>. Uma existência que se dá pela conjugação entre a pessoa e a comunidade, entre *autonomia pessoal e convergência comunitária* e que nunca se fecha, visto que o *Eu real* é esta unidade que convive com a pressão do coletivo sobre o *Eu social*, tendente a despersonalizar o *Eu pessoal*, ao mesmo tempo convive com a reação deste mesmo *Eu pessoal*, que demarca a sua *reserva do pessoal* frente ao *Eu social*<sup>87</sup>.

Assim essa dialética que constitui o sentido do Ser se dá na conjugação entre a *dimensão do valor pessoal* de um lado e a *dimensão do valor comunitário* por outro, em que a dimensão pessoal postula o *valor da pessoa humana*, exigindo respeito incondicional

---

<sup>83</sup> (...) o modo de existência comunitária não deixa de concorrer para constituição, e mais ainda, para a manifestação do próprio ser – e será por isso também *condição ontológica*. Já que só em comunidade é possível conjugar as potencialidades humano-espirituais, através da síntese dos contributos de cada um de nós e de todos, para a plena realização humana de cada pessoa. Ibidem, p.22.

<sup>84</sup> Pensamento inspirado em Castanheira Neves que afirma: (...) *haveremos de perguntar como vem efetivamente a realizar-se esse “ser com os outros”. Implicará ele (...) um comum de superação dos relatos individuais (um nós objetivo e coletivo) ou um “entre” dialético (uma dialógica relação “eu-tu” que não supere, mas preserve a autonomia dos relatos) (...)*. Ibidem, p.20.

<sup>85</sup> (...) é apenas o termo de uma dialética que tem no reconhecimento já da autonomia da pessoa, já do “eu pessoal” perante o “eu social”, já da subjetividade transcendentemente constituinte perante a objectivação histórico-socialmente constituída, o seu outro termo, não menos indispensável e irreduzível. Ibidem, p. 23

<sup>86</sup> (...) dois eus – o “eu pessoal” e o “eu social” - que reconhecemos como momentos da dialética da nossa existência real – e dialética que nunca se fecha. Pelo que, se é verdade que o nosso eu real é esta unidade (...) só podemos exprimir mediante a síntese ou simultaneidade das duas determinações opostas: a ser ao mesmo tempo parte e todo, produto da sociedade e elemento da sociedade (...). Ibidem, p. 25.

<sup>87</sup> (...) não é menos verdade à pressão do comum os coletivo “eu social”, com a tendência despersonalizante que a este reconhece e com que o sofre, o eu real não deixa de reagir (ou poderá reagir) com a demarcação do eu pessoal, numa apelo àquilo que podemos de chamar de reserva do pessoal. Ibidem, p.25.

a sua dignidade humana, como ser-pessoa<sup>88</sup>. Dignidade humana que *independe dos contextos integrantes e das situações sociais* em que a pessoa concretamente está inserida, carregando em si *o valor da dignidade da pessoa*, de forma a considerar inadmissível o sacrifício deste valor em benefício da comunidade<sup>89</sup>. Deste modo, o sujeito, portador de valor absoluto, não é a comunidade, mas o humano-pessoa, em sua singularidade e diferença, embora *socialmente em comunidade*<sup>90</sup>.

Dimensão pessoal, da autonomia e dignidade individual, que postula ainda a *possibilidade de realização pessoal*, que tem como *implicações correlativas da liberdade e da igualdade*<sup>91</sup>. A liberdade implica ao humano *assumir-se a si próprio, no originário de si mesmo*, no irrecusável da responsabilidade, numa *auto-realização responsável*<sup>92</sup>, como uma *abertura convocada e responsável por referências transcendentais* que realizem as pessoas em sua humanidade, já não mais vista como mera *ausência de impedimentos*<sup>93</sup>. A igualdade, por outro lado, exprime a *não dependência ao arbítrio de outrem*, impondo uma *reciprocidade*, de forma que *quaisquer diferenças concretas não de ser justificadas perante os outros por referência ao mesmo fundamento que justifica as diferenças dos*

---

<sup>88</sup> (...) *duas as dimensões axiológicas (...) a dimensão e o valor pessoal, por um lado, a dimensão e o valor comunitário por outro. (...) A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade.* A revolução e o Direito. In: Digesta Vol.I. Castanheira Neves, 2010, p.215.

<sup>89</sup> *Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. (...) Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, grupo ou classe.* Ibidem, p. 215.

<sup>90</sup> (...) *o sujeito, portador do valor absoluto não é a comunidade ou a classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe.* Ibidem, p.215.

<sup>91</sup> *E postula mais a dimensão pessoal. Postula ainda a possibilidade da sua realização, a possibilidade da realização pessoal quer em si, quer perante os outros. E temos as implicações da liberdade e da igualdade. Implicações decerto correlativas, como se sabe (...).* Ibidem, p.216.

<sup>92</sup> (...) *a liberdade é uma possibilidade pessoal que só será universal se todos nela se reconhecerem iguais ou se nenhum for já privilegiado ou diminuído nessa possibilidade. Só que a liberdade significa sobretudo o assumir-se o homem a si próprio, no originário de si mesmo e no irrecusável da sua responsabilidade, vindo a manifestar-se, portanto, em termos de uma auto-realização responsável.* Ibidem, p.216

<sup>93</sup> Ainda sobre a liberdade Castanheira Neves assevera: (...) *a liberdade não a podemos compreender hoje como a mera disponibilidade de uma vazia residual e redutor que como tal nos anulasse, mas como a abertura convocada e responsabilizada por referências transcendentais que nos realizem na nossa humanidade.* Pensar o Direito em um Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.10.

outros<sup>94</sup>, já não mais reconhecida como *mera pacificação formal e abstrata*, com vistas a um *igualitarismo uniformizador*<sup>95</sup>.

Portanto, assim como a dignidade, a liberdade e igualdade *não são puros inteligíveis*<sup>96</sup> e só terão seu verdadeiro sentido nas condições concretas de sua realização, em sua efetiva realização. Realização esta que também depende da participação comunitária, que implica *deveres comunitários correlatos aos direitos comunitários*, mediante as exigências da liberdade e igualdade, em que a participação se faz tanto no *dever de solidariedade* como no *dever de co-responsabilidade*, no *equilíbrio entre participação e responsabilidade comunitárias*<sup>97</sup>.

O que demonstra que o *problema da coexistência comunitária* é, assim, o problema da unidade do *Eu Real* no comum de convivência, um espaço em que parecem contraditórias a *dimensão da autonomia e abertura pessoal* com o *espaço comunitário*<sup>98</sup>. Situação em que o comunitário se vê ameaçado pela *dispersão e ruptura*, relacionada à indeterminação *resultante da transfinitude humana*, que conjugados no tempo terão como consequência uma contínua variação das intenções tanto individuais quanto sociais<sup>99</sup>.

Conflitos vividos em todos os contextos comunitários, visto que uma sociedade de *plena integração e sem conflitos não existe*, ao mesmo tempo em que se torna *inviável uma*

---

<sup>94</sup> (...) a igualdade exprime antes de mais a não dependência ao arbítrio de outrem – nisto reside o que diremos o aspecto libertador da igualdade – que o mesmo é afirmar a possibilidade de impor uma geral reciprocidade, e assim a exigência de que quaisquer diferenças concretas não-de ser justificadas perante os outros por referência ao mesmo fundamento que justifica as diferenças dos outros – e é agora o aspecto simultaneamente desprivilegiante e diferenciador da igualdade. A revolução e o Direito. In: Digesta Vol.I. Castanheira Neves, 2010, p.216.

<sup>95</sup> (...) a liberdade, como valor, não é mera condição empírica e negativa da ausência de impedimentos (...) nem a igualdade a mera pacificação formal e abstrata do igualitarismo mecanicista. Ibidem, p.216.

<sup>96</sup> (...) a dignidade pessoal, assim também a liberdade e a igualdade não são puros inteligíveis, mas exigências axiológicas de efetiva realização. Ibidem, p.216-217.

<sup>97</sup> Conforme Castanheira Neves essa participação não será viável sem uma efetiva participação das condições comunitárias da sua possibilidade. (...) pelo que vai aqui implícita a afirmação de deveres comunitários correlativos do direito também comunitário de participação (...). Tanto o dever de solidariedade, a traduzir-se em todos os vínculos e deveres sociais concretos como correspectivos do ter socialmente possível e usufruído, como o dever de co-responsabilidade, a manifestar-se nas múltiplas formas de responsabilidade social (...).Ibidem, p.217.

<sup>98</sup> O problema da coexistência comunitária é assim o problema da sua unidade e do seu comum de convivência que se oferecem, em princípio, contraditórios com as duas outras dimensões, não menos essenciais, da autonomia e da abertura pessoal. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p. 28.

<sup>99</sup> Problema da coexistência comunitária pelo qual o comunitário se vê permanentemente ameaçado pela dispersão e ruptura e não pode, por isso, suspender um contínuo esforço de organização. (...) Conjuguemos a indeterminação, resultante da transfinitude humana, com essa dispersão e ruptura e projetemo-las conjugadas no tempo - a consequência é uma contínua variação nas intenções e nas objetivações tanto individuais como sociais. Ibidem, p.28.

*sociedade que viva em constante e radical conflito*<sup>100</sup>. E deste modo, o problema da integração desponta como problema a ser enfrentado por todas as sociedades reais, pois toda comunidade humana constitui-se como sociedade em que humanos coexistem, convivem e comungam, mas ao mesmo tempo assumem uma *personalidade que se diferencia e se dispersa* deste todo<sup>101</sup>.

*Existência real* que se manifesta esta *tensão entre o individual e o comunitário*, mas que na busca pelo equilíbrio entre estes polos se mostra como própria condição essencial para *estabilização da coexistência humana*<sup>102</sup>. Um equilíbrio que na busca por esta integração não se esquece da invocação atual das diferenças, das diferenças que o Eu e o Outro representam também na composição da relação que formará o Nós.

Diferenças identitárias refletidas em pluralismos que não suprimem a possibilidade de partilha do mundo humano, da partilha comunitária que pressupõe e só é possível *num comum de sentido na intersubjetividade que a sustente, não obstante as diferenças*<sup>103</sup>, ou seja, uma partilha que inclui o Eu e o Outro, em respeito às suas específicas personalidades e singularidade, mas sem deixar de conciliar o Eu social e Eu pessoal, formadores do Eu Real de cada uma dessas singularidades, para composição e integração do Nós.

O que clarifica que uma verdadeira coexistência comunitária somente se realizará onde se verifique *uma comunidade de convivências entre pessoas*, que se reconheçam, não obstante nessa comunidade, relativamente autônoma, de modo que as pessoas participem desta comunidade *sem se esgotarem nessa participação*<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> (...) *uma sociedade de pura integração e sem conflitos não existe (nem existirá), e uma sociedade em contínuo e sobretudo radical ou irrecuperável conflito é impossível*. Ibidem, p.26.

<sup>101</sup> Problema da integração trabalhado por Castanheira Neves que afirma que nas sociedades reais, em todas elas, *se terá de resolver um problema de integração – pois todas elas são comunidades de homens que coexistem uns com os outros (...), nessa aberta coexistência simultaneamente tanto constituem uma sociedade em que convergem e comungam como assumem uma personalidade em que se diferenciam e se dispersam*. Ibidem, p.27.

<sup>102</sup> Para Castanheira Neves a comunidade é tanto condição de existência, quanto condição empírico-vital quanto condição ontológica. O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.120.

<sup>103</sup> Uma reconstrução do sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas.. Castanheira Neves, 2012, p.19.

<sup>104</sup> *Uma verdadeira coexistência comunitária só se realizará, pois, onde se verifique uma comunidade de convivência entre pessoas, que se reconhecem, não obstante essa comunidade, relativamente autônomas – pessoas que participam nessa comunidade sem se esgotarem nessa participação*. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p. 27.

Assim, na conciliação dessa participação, em que se manifesta o problema da integração, desponta, também, o específico problema da busca por esta *unidade integrante*, busca por uma *ordem, uma institucionalização*, como *esforço cultural* para criação de uma ordem, que vê a *instituição como formato social em que a indeterminação e as diferenças pretendam ser estabilizadas, num quadro integrante* que subsiste com *estruturas socialmente estabilizantes, de índole estrutural*<sup>105</sup>. Uma *ordem de institucionalização* com diversos *graus de institucionalização*, conforme cada sociedade, podendo chegar a ser *tão denso a ponto de anular a autonomia, ou tão frouxo a ponto de desagregar a possibilidade integrante*<sup>106</sup>.

Um problema da humana integração que permanece, conforme Ana Gaudêncio, em dois contextos fundamentais: o *intra-comunitário* ou *intracivilizacional* em que as *crescentes diferenças internas* exigem que *sejam integradas e assimiladas em princípios e critérios jurídicos objetivos, gerais e abstratos, reconhecendo afirmativamente essas diferenças; e o intercomunitário* ou *intercivilizacional* que comprova que *matrizes comuns podem conduzir a modelos radicalmente diversos*<sup>107</sup>.

Porém, uma resposta que demonstra que a institucionalização exerce a função de equilibrar o individual e o comunitário, para uma harmônica integração em que haja a conciliação entre as diferenças nesta integração comunitária. Integração comunitária que permita ao humano assumir as suas diferenças e se perceber em sua singularidade e dignidade próprias, ao mesmo tempo em que convive e participa, se integra e comunitariamente partilha e compartilha.

---

<sup>105</sup> Conforme Castanheira Neves o problema da integração é um problema em que *sempre se deu uma resposta geral: através do esforço cultural da institucionalização – que tanto é dizer, através do esforço cultural da constituição de uma ordem. (...) De forma que uma instituição, conforme pontua, é módulo social-cultural em que justamente a indeterminação e as diferenças sociais se pretendem superar num quadro estabilizador e integrante: constituem e subsistem como estruturas e padrões socialmente estabilizados e estabilizantes (...)*. Ibidem, p.28-29.

<sup>106</sup> (...) o grau de institucionalização possa ser variável, *tão denso que tenda a anular a autonomia dos elementos numa acaba assimilação, tão frouxo que tenda a desagregar-se na sua possibilidade integrante*. Ibidem, p.29.

<sup>107</sup> O problema permanece, todavia. E em dois contextos fundamentais. O *intra-comunitário*, por um lado, e o *intercomunitário*, por outro. Ou, de outro modo, e mais amplamente, o *intracivilizacional* e o *intercivilizacional*. O primeiro a exigir que as *crescentes diferenças internas* sejam integradas e assimiladas em princípios e critérios jurídicos objectivos, gerais e abstractos, reconhecendo afirmativamente essas diferenças. O segundo a comprovar que *matrizes comuns podem conduzir — e historicamente conduziram — a modelos radicalmente diversos, pelo menos enquanto macroscopicamente entendidos*. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p.207-208.

Assim, tendo em vista que a relação social e de partilha postula uma *mediação pelo mundo*, estabelecendo uma correlação entre os vários sujeitos, em que estes também se reconhecem nesta existência, e assim, um correlato problema da pluralidade e diferença e do reconhecimento e respeito destas diferenças, o Direito desponta em meio a esse comum da existência em que urge uma resposta e uma integração.

### 3. A CONDIÇÃO-DIMENSÃO ÉTICA DO DIREITO NO JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES

A proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves se faz no reconhecimento do Direito num *sentido axiológico-normativo*<sup>108</sup> específico, que *histórico-culturalmente* se assume numa *transcendentalidade prático cultural*<sup>109</sup>, uma realidade que se faz num *continuum constituendo*<sup>110</sup>, realizado numa *problemática constituenda validade*<sup>111</sup>.

Jurisprudencialismo que toma como *perspectiva o humano-pessoa*, que entende o Direito em sua *normatividade axiologicamente fundada*, assumida perante uma *prática pessoalmente titulada e historicamente concreta*, dinamizada pelas *controvérsias* também *prático-concretas*<sup>112</sup>. Uma perspectiva que entende o humano no seu direito e no seu

---

<sup>108</sup> (...) um sentido axiológico-normativo (constitutivo de uma validade pressuposta), intencional e problematicamente autônomo e normativamente a priori (...). Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.06.

<sup>109</sup> (...) uma autotranscedência de sentido, que é verdadeira uma transcendentalidade prático-cultural, de histórica criação e imputação humana decerto (...). Ibidem, p.18

<sup>110</sup> (...) o direito que se realiza é ele próprio um continuum constituendo em função de uma dialética normativa que articula os princípios normativos-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. Castanheira Neves, 1998, p.09.

<sup>111</sup> Concepção jurisprudencialista que reconhece o Direito como (...) validade, uma problemática e regulativo-normativamente constituenda e realizanda validade. Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.12.

<sup>112</sup> O que dá sentido ao jurisprudencialismo é uma outra perspectiva bem diferente. Designamo-la por perspectiva do homem (do homem-pessoa) i é, aquela perspectiva em que o direito, com uma sua normatividade axiologicamente fundada, é assumida por, e está diretamente ao serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreta, prática dinamizada também pelas controvérsias prático-concretas, mas cuja intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela (...). Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. Castanheira Neves, 1998, p.18

dever-responsabilidade e entende o Direito *problematizado pelo humano concreto*, que *vive e comunitariamente convive*<sup>113</sup>.

Direito que é resposta a uma criação cultural, ou seja, é *humano-culturalmente intencionado* e constituído numa *exigência de validade prática*, que se mostra, genuinamente, uma *exigência de Direito*<sup>114</sup> e se constitui numa manifestação objetivável que se faz ao *resolver os problemas de uma regulativa validade prática, numa intencional normatividade para uma realização concreta*<sup>115</sup>.

Um jurídico, que, deste modo se vê articulado em uma *órbita de circularidade*, entre dois momentos: o *momento de validade*, associado à *dimensão da validade*, e o *momento da realização*, associado à *dimensão metodológica*<sup>116</sup>. O primeiro momento relativo ao pensamento e a pressuposição, numa *autorreflexão crítica*, numa interpelação *indissociável de uma criação humano-cultural e do contexto a que constitutivamente se refere*<sup>117</sup>. O segundo momento se mostrando na *compreensão do problema metodológico*, sustentado numa perspectiva de *autorreflexão crítica*, constitutiva do próprio *sentido de juridicidade*, de forma que o Direito, no seu modo de realização, se revele como processo de um *logos, como meta-odos-logos*<sup>118</sup>.

Uma teoria jurídica que ainda se mostra especialmente preocupada com a *autonomia do Direito*, por assumir o seu *autêntico sentido*, um *sentido de uma validade*

---

<sup>113</sup> (...) *homem-pessoa convivente e assim do homem no seu direito e no seu dever ou na sua responsabilidade. (...) porquanto o direito é, diferentemente, convocado, e nessa convocação problematizado, pelo homem concreto que vive e comunitariamente convive os acontecimentos práticos (...) de inter-ação histórico social.* Ibidem, p.18

<sup>114</sup> Nas palavras de Castanheira Neves o Direito é *uma resposta e uma criação cultural – ou seja, que não temos direito se ele não for humano-culturalmente intencionado e constituído numa exigência de validade prática, numa afinal exigência de direito.* O direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p.166.

<sup>115</sup> O direito antes de se oferecer numa manifestação objetivável *constitui-se ao resolver o seu problema de uma regulativa validade prática numa intencional normatividade para uma realização concreta (...).* Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.12.

<sup>116</sup> Castanheira Neves assevera (...) *um momento de validade, momento intencional e estritamente normativo, e um momento de realização, momento metodológico de uma também específica e problemática racionalidade.* Ibidem, p.13. Conforme Aroso Linhares, em referência a concepção jurisprudencialista de Castanheira Neves (...) *trata-se com efeito de considerar a circularidade constitutiva (...).* (...) *dois momentos ou duas “dimensões” (estruturantes) da emergência constitutiva da juridicidade: a dimensão da validade e a dimensão metodológica.* Jurisprudencialismo: Uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? Aroso Linhares, 2012, p.111-112.

<sup>117</sup> (...) *a primeira destas dimensões (através da autoreflexão que a unifica) se cumpre ela própria numa (ou como uma) interpelação (...) de um sentido (...) de universalidade (...) uma reflexão interna e do contraponto crise-crítica que a alimenta...indissociável (...) de uma criação humano-cultural e do contexto a que constitutivamente esta se refere (...).* Ibidem, p12.

<sup>118</sup> (...) *segunda nos incita a considerar uma compreensão específica do problema metodológico (...) esteja em condições de o assumir como um problema normativo (...) responsabiliza-lo como uma dimensão do próprio sentido de juridicidade (...) processo prescrutante (fundamentante) de um logos – algo que no seu próprio ser é meta-odos-logos.* Idem.



*normativa específica e de normatividade própria*<sup>119</sup>. Autonomia que se realiza numa prática problemática, eminentemente jurídica, que significa *a recuperação do sentido da prática jurídica como iuris-prudentia: axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade e judicativa no modus metodológico*<sup>120</sup>.

Direito que se realiza em sua estrutura em duas dimensões capitais: o *sistema*, relacionado a uma *coordenada de normatividade*, e o *problema*, relacionado a uma *coordenada problemática*, que se inter-relacionam por uma particular dialética que dinamiza essas dimensões estruturais, numa relação constitutiva, *do problema ao sistema - na ordem da racionalidade, e do sistema ao problema - na ordem de realização*, numa *órbita de circularidade*<sup>121</sup>.

O problema, traduzido na coordenada problemática, revela a *intencionalidade problemática dos casos decididos*, cuja solução exige *concretos juízos decisórios* que mobilizarão a *normatividade do sistema* como seu fundamento e critério *racionalmente materiais*<sup>122</sup>. O sistema jurídico, traduzido na coordenada da normatividade, preocupado com a necessidade de soluções eminentemente jurídicas para os problemas que lhe são postos, *delimita ou pré-determina o campo e o tipo dos problemas no começo de uma experiência problemática*, por meio da filtragem jurídica, num processo de assimilação daquilo que é juridicamente relevante, que carrega *sentido de juridicidade*<sup>123</sup>.

Assim, os problemas possíveis começam por ser aqueles que a *intencionalidade pressuposta* no sistema admita e os *modos de os por* serão aqueles que sejam *correlativos*

---

<sup>119</sup> Conforme Castanheira Neves o Jurisprudencialismo se baseia na concepção de Direito como *autônoma dimensão de nossa civilização, no seu autêntico sentido, (...) um sentido de uma validade normativa específica e de uma explicitante normatividade própria, sustentado por uma estrutura problemático-dinamicamente constitutiva e inteligível numa racionalidade sistematicamente reintegrante dessa sua dinâmica constituição*. Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.25.

<sup>120</sup> Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.189.

<sup>121</sup> (...) *relação constitutiva, circularmente constitutiva, do problema ao sistema, na ordem da racionalidade, e do sistema ao problema, na ordem da realização*. Assim, para Castanheira Neves o universo jurídico (...) *se estrutura por duas coordenadas fundamentais, a remeter-se dialeticamente uma à outra, uma coordenada de normatividade, em que se exprime o seu regulativo de validade, e uma coordenada problemática, que a sua realização irredutivelmente sempre suscita*. Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.18.

<sup>122</sup> *O problema, por seu lado, traduz a intencionalidade problemática dos casos decididos (...) e para cuja solução se exige os concretos juízos decisórios que mobilizarão, como seu fundamento e o seu critério racionalmente materiais, a normatividade do sistema (...)*. Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais. Castanheira Neves, 1993, p.157.

<sup>123</sup> Conforme Castanheira Neves, no modelo metódico do jurisprudencialismo se (...) *considera a compreensão e determinação do caso como objeto decidindo e prius metodológico – o caso enquanto caso jurídico (...) e que se traduz na objectivação do seu concreto e específico sentido problemático-jurídico*. Ibidem, p.159.

às soluções que o sistema ofereça<sup>124</sup>. No entanto, a *experiência problemática*, enquanto *experiência histórica*, não é fechada e vem sempre a *alarga-se e aprofundar-se*, em termos de exigir novas perguntas, novos problemas e outros sentidos para as respostas<sup>125</sup>. Conforme Fernando Bronze *o problema jurídico concretamente decidendo não é empírico-atomisticamente considerado e referencial-fundamentamente indiferente, mas histórico-situacionalmente relevado e normativo-juridicamente intencionado*<sup>126</sup>.

Consequentemente, perante essa nova experiência problemática a *normatividade sistematicamente prévia* traduz apenas a *assimilação intencional* limitada a essa experiência, de forma que o sistema, não observando a nova problemática, faz com que o *problema manifeste a sua verdadeira autonomia*, impondo à *experiência da realização normativa* em outra dimensão<sup>127</sup>. Deste modo, o sistema jurídico então não é apenas a *conservação de um estado*, mas também a *ordenação de uma alteração*, composta por uma *dinâmica, do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado*, pela *mediação do problema*, resultando na assimilação de novos sentidos ao sistema jurídico<sup>128</sup>.

O que faz com que a forte influência da experiência problemática, enquanto experiência em contínua transformação, dê ao problema, ao caso em concreto, especial relevo, assumindo na proposta da interpretação jurídica de Castanheira Neves papel de principal força motriz metodológica. Uma *interpretação como momento da concreta e problemático-decisória realização do Direito*, que postula o *caso jurídico como o prius*

---

<sup>124</sup> (...) o sistema jurídico começa sempre por delimitar e pré-determinar o campo e o tipo dos problemas no começo de uma experiência problemática (...) os problemas possíveis começam, de um lado, por ser aqueles que a intencionalidade pressuposta no sistema (...) admita, e os modos de os por serão, de outro lado, aqueles que sejam correlativos das soluções (respostas) que o sistema também ofereça. *Idem*.

<sup>125</sup> (...) a experiência problemática, enquanto também experiência histórica, vem sempre a alarga-se e aprofundar-se, em termos de exigir novas perguntas (problemas) e outro sentido para as respostas (...). *Ibidem*, p.157

<sup>126</sup> Lições de Introdução ao Direito. Fernando J. P. Bronze, 2010, p. 612.

<sup>127</sup> (...) perante ela a normatividade sistematicamente prévia traduz apenas a assimilação intencional (em termos de respostas constituídas) de uma certa experiência feita. (...) o que ocorre então é que o sistema não observe a nova problemática (...) o problema manifesta por isso sua verdadeira autonomia, impondo à experiência da realização normativa uma outra dimensão. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Castanheira Neves, 1993, p 158.

<sup>128</sup> (...) o sistema jurídico não é, na verdade, apenas a conservação de um estado, mas também a ordenação de uma alteração (...) do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema – ou mais exatamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile regressiva e reconstrutivamente essa experiência. *Ibidem*, p.159.

*metodológico* e não apenas o objeto, e assim, *perspectiva problemática* que a tudo movimenta<sup>129</sup>.

### 3.1. A concepção principiológica de Castanheira Neves

No Jurisprudencialismo de Castanheira Neves a dimensão sistemática do Direito - na qual opera uma das faces da dialética problema-sistema - traduzida em uma *unidade de totalização normativa*, se apresenta sob *quatro principais elementos estruturantes e estabilizadores*: as normas, a jurisprudência, a dogmática e os princípios<sup>130</sup>.

As normas, como *categoria geral da objetivação dogmática na determinante positivação das pré-soluções normativas em critérios jurídicos*, sustentada pela *legitimidade da autoridade prescritiva*; a jurisprudência, como *objetivação e estabilização de uma experimentada problemático-concreta realização do direito*, sob a *presunção de justeza* da sua realização; a dogmática, ou dogmática doutrinal, como resultado de uma *elaboração livre de uma normatividade* que se fundamenta na sua própria *prudencial racionalidade*, como momento que o sistema encontra a sua *racionalmente decisiva objetivação* e os princípios, enquanto elemento que exprime *normativamente* e assume a *validade axiológico-normativa*, constituindo verdadeiros *fundamentos*<sup>131</sup>.

Deste modo os princípios constituem *sentidos fundamentais de intenção prático-material* do Direito e, deste modo, *não são nem meros ideais regulativos nem dados puramente positivados pelo sistema jurídico*<sup>132</sup>. Os princípios *não são critérios mobilizados* diante da solução do caso concreto, mas antes, *fundamentos normativos*,

---

<sup>129</sup> (...) no postular do caso como o prius metodológico (...) o caso jurídico não é apenas objeto decisório-judicativo, mas verdadeiramente a perspectiva problemática intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido. Ibidem, p.142.

<sup>130</sup> O sistema é uma unidade de totalização normativa que se analisa em quatro elementos - os elementos constitutivos de sua normatividade, organizados em quatro estratos distintos e entre si relacionados num todo integrante. Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais, A. Castanheira Neves, p.155.

<sup>131</sup> Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.20-21 e Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais, A. Castanheira Neves, p.155-157.

<sup>132</sup> Os princípios como (...) momento em que a intenção axiológica-normativa se assume e, portanto, o momento verdadeiramente normativo ou de regulativa validade fundamentante se postula, e graças ao qual o direito não se esgotará num normatum, do mesmo modo que excluirá do próprio sistema a natureza apenas de ordinatum (...). Ibidem, p.155.

referentes que se baseiam as decisões concretas, conferindo a estas *solidez material*, mostrando-se *aberto as várias soluções possíveis*, sem pré-determinar as respostas<sup>133</sup>.

Enquanto as normas pretendem dar a solução para os casos que preveem, como *critérios abstratos que hipoteticamente prescrevem* soluções aos problemas, os princípios normativos *apontam o caminho* para essa solução, visto que *indicam o sentido prático que as decisões jurídicas devem assumir*<sup>134</sup>.

Os princípios são *expressão da normatividade* que assumem a *validade axiológico-normativa* na sua *intenção regulativa e fundamentante*, sendo, deste modo, os próprios *fundamentos*<sup>135</sup>. A validade afirmada nos princípios não impõe, necessariamente, um direito positivo, pois o que dá força aos princípios é a validade, e não uma autoridade, de forma que *a relação entre validade e o direito positivo não é uma relação de necessidade, mas de possibilidade*<sup>136</sup>. Assim, o Direito-direito *não será tão só objeto*, mas também *sujeito*, numa intenção de *transcendência constituinte dos princípios*<sup>137</sup>. Nas palavras de Castanheira Neves:

(...) o reconhecimento de princípios normativos a transcenderem também a lei, e legalidade, convocando como fundamentos normativo-jurídicos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir (...) princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade (princípios de justiça), expressões normativas de “o direito” em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade<sup>138</sup>.

Como conseguinte, no Jurisprudencialismo, os princípios são *princípios jurídico-normativos*, em que a *juridicidade se expressará na intencionalidade concreta*, em que a

---

<sup>133</sup> *os princípios são fundamentos intencionalmente abertos a várias soluções possíveis, enquanto as normas se pretendem critérios acabados, fechados e bem mais próximos da solução que visam orientar. (...) os fundamentos (...) são os referentes em que se baseiam (e que emprestam solidez material às) decisões concretas.* Lições de Introdução ao Direito. Fernando J. P. Bronze, 2010, p. 631.

<sup>134</sup> (...) *enquanto as normas pretendem dar, de um modo directo, a solução para os casos que pré-vêm, pois “são auto-suficientes no critério abstrato que hipoteticamente prescrevem” (...) os princípios normativos apontam, tão somente (...) o caminho para esta mesma solução, na medida em que indicam o sentido prático que as soluções jurídicas devem assumir.* Ibidem, p. 630.

<sup>135</sup> *Os princípios, em todas as suas modalidades (positivos, transpositivos e suprapositivos), enquanto o elemento em que se exprime normativamente e se assume a validade axiológico-normativa na sua intenção regulativa e fundamentante – os fundamentos, portanto.* Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.20.

<sup>136</sup> (...) *a validade afirmada nos princípios não impõe necessariamente um certo direito positivo (...) a relação entre validade e o direito positivo não é, já por isso, uma relação de necessidade, mas só uma relação de possibilidade (...).* Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais. Castanheira Neves, p.156.

<sup>137</sup> (...) *o direito não será nunca tão só objeto e sempre também sujeito, não se oferece apenas em termos de transcendência objetiva, mas numa intenção de transcendes constituinte.* Ibidem, p.155.

<sup>138</sup> *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito.* Castanheira Neves, 1998, p.06.

sua normatividade terá que assumir-se de modo concretamente realizando na *práxis histórico-social*<sup>139</sup>. Deste modo, os princípios jurídico-normativos constituem os *sentidos fundamentantes da intenção prático-material do Direito*, expressando uma intenção prática, de forma que os princípios jurídicos sejam reconhecidos como o *fundamento normativo* e também o *momento constitutivo* do Direito e dos direitos<sup>140</sup>.

Portanto, os princípios não são estáticos, mas atrelados à *práxis histórico-social* de cada comunidade, pois *seu sentido autêntico só se atinge realizando-se e na sua realização*<sup>141</sup>. Assim, os princípios têm seu verdadeiro sentido, não por uma determinação em abstrato, mas *tão somente em concreto*, porque só *em concreto* atingem a determinação e o *seu autêntico relevo*<sup>142</sup>.

### 3.2. O sentido e o problema do Direito

O sistema de fundamentação revelado pelos princípios, *sistema axiológico como sistema de princípios jurisprudencialmente constituídos e explicitados*<sup>143</sup>, acaba por conferir sentido tanto ao próprio sistema jurídico como também à dimensão problemática, na *práxis* do universo jurídico, se mostrando como verdadeiro propulsor do *sentido constitutivo do Direito*<sup>144</sup>.

---

<sup>139</sup> (...) no actual reconhecimento de princípios normativos a transcenderem também a lei, e legalidade, convocados como fundamento normativos-jurídicos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir. Filosofia do Direito: o problema actual do direito. Castanheira Neves. 2003-2004, p.56. E ainda, (...) esse outro sentido de juridicidade implica uma intencionalidade concreta - a sua normatividade terá de assumir-se de modo concretamente realizando na *práxis histórico-social*. Ibidem, p.58.

<sup>140</sup> Nas palavras de Fernando Bronze (...) os princípios normativos constituem, podemos dizê-lo, os sentidos fundamentantes da intenção prático material (que não lógico-formal) do direito. (...) Um verdadeiro princípio jurídico é, pois, uma intenção prática que se deve reconhecer como fundamento normativo e momento constitutivo do direito. Lições de Introdução ao Direito, Fernando José Pinto Bronze, 2010, p. 629.

<sup>141</sup> Conforme Castanheira Neves a juridicidade expressa nos princípios (...) implica uma intencionalidade concreta a sua normatividade terá de assumir-se de modo concretamente realizando na *práxis histórico-social*, pois o seu sentido autêntico só se atinge realizando-se e na sua realização. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. Castanheira Neves, 1998, p.06.

<sup>142</sup> (...) os princípios (...) o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstracto, e só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo. Ibidem, p.07.

<sup>143</sup> (...) o "sistema axiológico" como um conjunto um sistema de princípios jurisprudencialmente constituídos e explicitados (...) um aberto conjunto de princípios que vai sendo experiencial-reflexivamente constituído, e cumpre-se numa específica racionalidade problemático-jurisprudencial. Lições de Introdução ao Direito. Fernando J. P. Bronze, 2010, p. 615.

<sup>144</sup> Conforme Castanheira Neves é por meio dos princípios que (...) o direito não será nunca tão-só objeto, e sempre também sujeito (...) numa intenção de transcenderes constituinte. Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais. Castanheira Neves, p.155.

Isto porque a busca pelo sentido de Direito, a subsistência do próprio Direito, as condições que fazem com que o Direito se reconheça enquanto tal está no âmago do *problema do Direito* hoje, o que o constitui ou não, e em *qual sentido o Direito se manifesta na existência humana*<sup>145</sup>. Perguntas estritamente ligadas aos problemas que surgem na atualidade na seara do Direito, *problemas agudos e complexos* que se multiplicam, *problemas estruturais*, que embora importantes, *não carregam em si o decisivo do Direito, o problema do sentido, o sentido de jurisdição hoje*<sup>146</sup>.

O problema do sentido do Direito é, então, o próprio *problema do Direito*, e não *qualquer problema quanto, sobre ou acerca do Direito*<sup>147</sup>. Deste modo, o *problema intencional e do sentido*, é na verdade o *problema interno do Direito*, problema que centraliza o que é o Direito<sup>148</sup>, que leva a um reconhecer, e mais importante, pensar o Direito, quais os *sentidos constitutivos de emergência* que na *dinâmica do tempo* convocam a uma *recuperação reconstituente* do verdadeiro *sentido do Direito*, o *originarium constitutivo* do sentido, o possível *sentido fundador a ser recuperado*<sup>149</sup>.

Problemas, ou *núcleo de problemas* que se fazem nas *possibilidades da compreensão do jurídico*, o que assevera a relevância de *explorar a recuperação fundadora*, marcada pela busca do *originarium constitutivo* e com ele da *pergunta pelo Direito*, indissociável do *mundo prático que esta pergunta inventa*<sup>150</sup>.

---

<sup>145</sup> No que tange ao problema universal do Direito, Castanheira Neves destaca os questionamentos do (...) *porquê o direito no mundo humano, por que existe, se manifesta e se constitui o direito na existência do homem e como dimensão dessa existência* (...). Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: *Digesta Vol.III*. Castanheira Neves, 2010, p.09.

<sup>146</sup> (...) *são diversos os problemas que assim se suscitam e se multiplicam, agudos e complexos, fundamental é reconhecer que, importantes embora os problemas estruturais, o decisivo é todavia o problema do sentido, do sentido da jurisdição hoje*. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema : modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: *Digesta Vol.III*. Castanheira Neves, 2010, p.162.

<sup>147</sup> *Não se trata já de problemas filosóficos quanto ao direito, já de problemas teóricos sobre o direito, já de problemas normativos de direito, mas de o problema do direito*. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: *Digesta Vol.III*. Castanheira Neves, 2010, p.10.

<sup>148</sup> (...) *pelo que, na verdade, só o problema intencional e do sentido é o problema interno*. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema : modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: *Digesta Vol.III*. Castanheira Neves, 2010, p.164.

<sup>149</sup> (...) *os problemas originários, aqueles que interrogam pelos sentidos fundadores, os sentidos constitutivos das emergências capitais, e que na dinâmica do tempo convocam o novum de superação reconstituente*. Pensar o Direito em um Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.04.

<sup>150</sup> *Um problema ou núcleo de problemas em cuja formulação se reconhecem de imediato as possibilidades da compreensão do jurídico que Castanheira Neves diz jurisprudencialista (...) uma recuperação fundadora — uma recuperação que, levando a sério as exigências da nossa circunstância, possa, sem rede (sem a garantia dogmáticamente pré-determinada de uma resposta positiva), experimentar (na sua luminosa*

Problemas que, assim, enuncia uma pergunta, *uma pergunta fundamental e universal do Direito*, que se manifesta na procura do seu sentido e do seu fundamento e por isso transcende, revelando *em si também a origem do perguntar*<sup>151</sup>. Pergunta fundamental relativamente ao Direito e ao *jurídico em geral*<sup>152</sup>, que revela que o problema do Direito se manifesta sob os aspectos do *problema metafísico* e do *problema prático*, em que o problema metafísico pretende dar *resposta ao sentido do ser, sentido do mundo na sua realidade e para a existência*, e o problema prático, do *encontro do humano com o outro humano e do modo como esse encontro se dá no mundo*<sup>153</sup>, ambos problemas que confluindo constituem o próprio problema do Direito e o sentido do Direito.

Então uma busca pelo *originarium* que se faz, conforme explicita Aroso Linhares, por meio de *três interrogações* principais: a primeira sendo *aquela que interpela este originarium na radicalidade do seu problema prático e nas condições de emergência que lhe correspondem (porquê)*; a segunda na que *explora o transcender situado do jurídico reconstituindo a diversidade histórico-contextual das suas funções (para-quê)*; e a terceira, então como pergunta que *enfrentando este mesmo «transcender situado» expõe o problema decisivo da sua ordem de validade e do fundamento que a sustenta (o quê)*<sup>154</sup>.

---

«simplicidade») o *originarium* constitutivo da «pergunta pelo direito», que o é também, indissociavelmente, o do «mundo prático» que esta pergunta inventa. O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.06 – Nota 12.

<sup>151</sup> O “porquê” (...) do direito enuncia a pergunta radical e fundamental sobre ele – e já por isso remete-se ao problema universal do direito.(...). (...) fazer essa pergunta, que a auto-reflexão da prática humana em geral e a específica experiência jurídica em particular permitem e mediante o transcender interrogante que se abre (...) o que é perguntado, possibilitando assim que se revele o (seu) fundamento – é, portanto, a pergunta que em si manifesta a origem do perguntar (...). Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.09-10

<sup>152</sup> (...) dele se poderá dizer que anuncia a pergunta fundamental, relativamente ao direito e ao jurídico em geral (...) na pergunta que o nosso problema enuncia temos igualmente a pergunta fundamental e universal pelo direito na procura do seu sentido e do seu fundamento (...). Ibidem, p.10.

<sup>153</sup> (...) os problemas radicais que o homem enfrenta são fundamentalmente dois e que ambos, na intencionalidade da sua própria interrogação, convocam o sentido (...) são esses dois problemas: o problema metafísico e o problema prático. O problema metafísico – o problema do sentido do mundo na sua realidade e para nossa existência. O problema prático – o problema do sentido (...) do encontro do homem com os outros homens e do modo desse encontro também no mundo. O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 161.

<sup>154</sup> Sem esquecer que na tematização deste *originarium* convergem hoje, segundo Castanheira Neves, três grandes interrogações, todas elas a exigirem um esforço consciente de tematização: *aquela que interpela este originarium na radicalidade do seu problema prático e nas condições de emergência que lhe correspondem, submetendo-se exemplarmente ao desafio das alternativas (a interrogação dirigida ao porquê)*; *aquela que explora o «transcender situado» do jurídico reconstituindo a diversidade histórico-contextual das suas funções (a interrogação dirigida ao «para-quê)*; *aquela enfim que, enfrentando este mesmo «transcender situado» no seu sentido último, nos expõe ao problema decisivo da sua ordem de validade e do fundamento que a sustenta (a interrogação dirigida ao « quê)*. O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.06 – Nota 12.

Problemas que nesta confluência se atrelam ao *problema específico da humana integração convivencial das autonomias*<sup>155</sup>, de forma a convocar a possibilidade de *um sentido integrante* relativo ao *encontro humano*<sup>156</sup>. Busca de sentido integrante que clama por uma resposta e leva a ter o Direito como uma *específica e irredutível solução*<sup>157</sup>, com exigências próprias, tendo em vista ser *resposta culturalmente específica*<sup>158</sup>.

Problema que é *universal na sua significação humana*, mas cujas soluções podem ser as mais diversas<sup>159</sup>, de forma a ter no Direito *uma das soluções, mas não a única*, visto que interage com outros horizontes, com as outras respostas, sendo na verdade uma *resposta específica e autônoma*, mas só uma *solução possível para um problema necessário*<sup>160</sup>. Uma solução, portanto, que para ser uma resposta Direito, com seu sentido, fundamento e validade próprios, culmina com a análise das *condições de emergência* do Direito enquanto Direito.

### 3.3. A condição-dimensão ética do Direito

O sentido do Direito permite compreender *como o Direito se constitui e se identifica enquanto Direito*, compreensão que alude às condições em que o *Direito emerge com sentido de Direito*<sup>161</sup>, como *dimensão específica da humana realidade histórico-sócio-cultural*, com o *sentido e a intencionalidade* que advém de *três dimensões constitutivas*:

---

<sup>155</sup> O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 161.

<sup>156</sup> Um (...) *sentido axiológico-normativo* que tem (...) *a referência de uma autônoma validade normativa pressuposta que convoque e seja possibilidade de um sentido de um integrante encontro historicamente humano*. Pensar o Direito em um Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.06.

<sup>157</sup> (...) *problema de que o direito é uma específica e irredutível solução* (...). O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 155.

<sup>158</sup> *Evidente é seguramente que o direito é uma resposta culturalmente específica para as interrogações, de sentido e de modo, que suscita o encontro de nós homens uns com os outros neste mundo*. Ibidem, p. 160.

<sup>159</sup> (...) *o problema é universal na sua significação humana, mas as soluções dele podem ser as mais diversas e diferentes, ou pretender-se que o sejam, com o direito a ser só uma dessas porventura soluções*. Ibidem, p.155.

<sup>160</sup> (...) *o direito é, assim, na verdade, uma resposta específica e autônoma* (...) *então deverá dizer-se que o direito é só uma resposta possível para um humano problema necessário*. O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 166-167.

<sup>161</sup> A pergunta sobre o sentido do direito (...) *nos permite compreender o que ao direito o constitui e identifica como direito* (...) *o que nos remete ao pensamento das condições – também não causas, mas “condições de possibilidade” ou as condições sem as quais o direito não seria pensável nem se diferenciaria – humano significantes e constitutivamente radicais de sua emergência, da sua emergência enquanto direito na realidade da existência humana*. O problema da Universalidade do Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.119.



uma *condição mundanal*, uma *condição antropológica-existencial* e uma *condição diferenciadora*, a *condição-dimensão ética*<sup>162</sup>.

A condição mundanal revela que *os seres humanos fazem parte do mesmo mundo*, e por isso estão juntos, em uma mesma condição, de forma tal que o humano se depara com o fato de que *o mundo é único e os humanos nele são muitos*<sup>163</sup>. O mundo enquanto *meio em que decorre a existência humana*, onde os humanos habitam, partilham e compartilham, numa *existência de intersubjetividade*<sup>164</sup>.

A condição antropológica-existencial, uma condição em que *o humano se assume como tarefa de si próprio*, de forma que no exercício de *abertura ao mundo o humano se compreende e se assume*, manifestando a *base antropológica* para compreensão da *existência humana*<sup>165</sup>, uma *existência que leva a coexistência*, pois o humano não existe só, sua existência, é, na verdade, uma *existência comunitária*<sup>166</sup>.

Condições estas que não suprem as condições essenciais do Direito, sendo condições necessárias, mas não suficientes, visto que ainda é necessário como *condição de possibilidade e de sentido do Direito*, para que este se caracterize como resposta específica e diferenciadora: a *condição-dimensão ética*<sup>167</sup>.

A condição ética como condição do reconhecimento, assumida num *projeto humano autenticamente especificante do Direito como Direito*, que postula que as relações humanas e a ordem e a institucionalização *reconheçam a cada humano a dignidade de sujeito ético*, implicada não só na *dignidade de pessoa*, como um valor indisponível, mas como *comunitariamente responsável*<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> (...) o direito emerge enquanto *dimensão específica da humana realidade histórico-sócio-cultural*, com o *sentido e a intencionalidade que advém da síntese constitutiva de três capitais condições* (...). Ibidem, p.120.

<sup>163</sup> (...) manifesta-a o aparente *truísmo de ser o mundo um e os homens nele muitos*, ou a *referir, a pluralidade humana na unidade do mundo* (...). Ibidem, p.120.

<sup>164</sup> *Habitação e comunhão estas do mundo pelos homens que* (...) *não traduzem só o modo por que decorre a sua existência, pois são, sobretudo condição básica da realização dessa existência como existência humana. (...) daí temos que reconhecer que a existência humana no mesmo mundo é elementarmente existência de inter-subjetividade*. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: *Digesta Vol.III*. Castanheira Neves, 2010, p.15.

<sup>165</sup> (...) *nesta abertura ao mundo, em que o homem se assume afinal como tarefa de si próprio, temos a base antropológica para compreensão geral da existência humana*. Ibidem, p.17.

<sup>166</sup> *Pois o homem não existe só: e isto não apenas no sentido de que, vivendo numa pluralidade, não está só, mas essencialmente no sentido de que, sendo a sua uma existência comunitária, ele não é só*. Ibidem, p.20.

<sup>167</sup> *Não é assim o direito uma qualquer institucionalização, mas uma institucionalização de uma certa índole, a exigir por essa índole específica uma outra condição, para sua emergência e constituição como direito. É necessária, como condição de possibilidade do direito e como condição mesmo de o podermos pensar com o sentido de direito, uma condição ética*. Ibidem. p.31.

<sup>168</sup> *Uma condição ética, a condição cujo reconhecimento (e “reconhecimento”, verdadeiramente, posto que ela não é ela “natural”, ou imposta pela realidade existência humana em si mesma, como o são as outras*

Condição ética ainda como *condição capital da emergente constituição do Direito com sentido de Direito*, que tem sua base na *dimensão ética da pessoa*<sup>169</sup>, de forma que o reconhecimento do humano como *categoria sujeito*, um sujeito-pessoa, muita além de *condição transcendental do Direito*, se mostra ainda como *condição de possibilidade* do próprio Direito, como *pressuposto de normatividade*<sup>170</sup>.

Um *sujeito pessoal* como *sujeito ético* que se manifesta em dois pilares fundamentais: *a liberdade e a pessoa*<sup>171</sup>. A liberdade como *condição transcendental da normatividade*, tendo em vista que o dever também implica o poder, e *categoria antropológica-existencial humana*, necessária à própria compreensão do humano, já que na liberdade manifesta a possibilidade de ser *autor de sua própria existência*<sup>172</sup>. A pessoa, como *categoria ética*, vista além da sua individualidade, decorrente do *plano antropológico*, é, sobretudo, *aquisição axiológica*, axiologia que remete à *coexistência ética*, visto que a pessoa só existe num mundo que se constitua como *mundo de pessoas*, ou seja, pelo seu *reconhecimento na coexistência*, uma coexistência ética entre pessoas<sup>173</sup>.

No entanto, mesmo na sua *essência a liberdade*, não impede a objetificação humana, *não exclui a possibilidade de ser o humano tido como objeto*<sup>174</sup>. É no reconhecimento da *pessoa como valor* que se a recusa mera objetificação humana,

---

*duas primeiras condições, e antes assumida, só possivelmente assumida, num projecto humano) é autenticamente especificante do direito como direito, e a postular que tanto nas mundanais relações sociais como na ordem e institucionalização, que dêem critério a essas relações pela solução do problema da necessária integração comunitária, se reconheça a cada homem (...) a dignidade de sujeito ético (...). O problema da Universalidade do Direito. In: Digesta Vol.III. Neves, Castanheira, p.120.*

<sup>169</sup> Conforme Castanheira Neves, (...) *desde sempre insisti em sustentar ao convocar a condição ética – a dimensão ética da pessoa como a condição capital (...) da emergente constituição do direito como sentido de direito (...). O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 162.*

<sup>170</sup> *Quer dizer a reconhecida categoria do sujeito (pessoa) é, já nesses termos, condição transcendental do direito – o direito é impensável sem ela -; e irá reverla-se-nos ainda sua condição de possibilidade – o direito também não existirá sem ela.* Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p. 32.

<sup>171</sup> *O sujeito que assim se nos impôs como pressuposto da normatividade não é um qualquer sujeito – é o sujeito pessoal e como tal sujeito ético.* Ibidem, p.32-33.

<sup>172</sup> (...) *basta considerar que a liberdade é condição transcendental da normatividade – a normatividade não é decerto pensável sem a pressuposta da liberdade (que sentido tem o “dever”, a exigência normativa, sem o poder), além de ser igualmente categoria da compreensão antropológico-existencial do homem.* Ibidem, p. 33.

<sup>173</sup> (...) *o “sujeito” e a sua individualidade humana, não nos impõem a pessoa: para acedermos na individualidade à pessoa temos de passar do plano simplesmente antropológico para o mundo da coexistência ética, pois a pessoa não é uma categoria ontológica, é uma categoria ética - numa outra palavra a primeira é uma entidade antropológica a segunda é uma aquisição axiológica. A pessoa só existe num mundo que se constitua mundo de pessoas – ou seja, pelo reconhecimento como tal na coexistência.* Ibidem, p. 34.

<sup>174</sup> (...) *ser eu livre, na originalidade e autoria que determinam a essência humana da liberdade, não exclui quer a não assunção da dimensão ou da intencionalidade ética, quer o domínio e a objectivante fruição que os outros possam exercer sobre mim (...).* Ibidem, p.34.

compreendendo-se o humano como *Eu de liberdade*, como um ser que é tido *como um fim em si* mesmo, respeitado como tal, em sua *dignidade de pessoa*, como *categoria axiológica* que expressa o verdadeiro valor do ser-pessoa<sup>175</sup>.

Um *reconhecimento que deve ser recíproco*, visto que só reconheço os outros como pessoa quando estes me reconhecem enquanto tal, de forma que este reconhecimento só pode ser conferido por um *ser de dignidade*, que *em seu ato de reconhecimento confere sentido de dignidade, ou dignificação*, num *diálogo ético*, um diálogo entre pessoas que se reconhecem enquanto tais em toda sua dignidade<sup>176</sup>.

Deste entendimento decorre o *imperativo ético do Direito*, que inspirado pela máxima hegeliana determina: *sê pessoa e respeita os outros enquanto pessoa*<sup>177</sup>. Conforme Castanheira Neves, uma *expressão de amor*, amor ao próximo, em que se funda a mais profunda dimensão ética do Direito, sendo esta sua *constituente possibilidade, condição de emergência e dimensão constitutiva*<sup>178</sup>.

Deste modo, pode-se afirmar que o *Direito não é uma ética*, mas tem *constitutivamente uma dimensão ética*, de forma que o sujeito ético, além de sua axiológica dignidade, não é só *sujeito de direito, titular de direitos*, mas também de *responsabilidades*, visto que reconhece também aos outros como titulares de direitos e como pessoas, fazendo com que no espaço Direito se dê esta interação *dialética entre autonomia e responsabilidade*, pessoa com sua autonomia-liberdade e integração-responsabilidade, que expressa o *Direito como ordem de validade*<sup>179</sup>.

---

<sup>175</sup> O reconhecimento como pessoa (...) é o valor que recusa a minha mera objectivação no mundo da objectivação (manipulável ou disponível) e compreende o meu eu de liberdade como um ser indisponível, como um fim em si, a respeitar como tal – em uma palavra, de novo se diga, com a dignidade da pessoa. Ibidem, p.35.

<sup>176</sup> Sobre o reconhecimento (...) haverá de ser recíproco: os outros só me podem reconhecer como pessoa se eu os reconhecer também a eles como pessoas. (...) Só um ser de dignidade pode conferir sentido de dignidade (de dignificação) ao seu acto de reconhecimento e esse ser de dignidade, por seu lado, apenas o é pelo reconhecimento dos outros. (...) O reconhecimento é assim um diálogo ético – um diálogo de pessoas. Ibidem, p35-36.

<sup>177</sup> (...) então não podemos também deixar de reconhecer, segundo o enunciado de Hegel, que “o imperativo do direito é este: sê pessoa e respeita os outros como pessoas”. Ibidem, p. 36.

<sup>178</sup> (...) esta é a mais funda dimensão ética do direito e através da qual o podemos mesmo compreender em último termo como uma expressão do amor – o “amor aos homens” é sempre e essencialmente “conhecimento da pessoa”, “ordenação ao outro”. Amor ao próximo, verdadeiramente. Ibidem, p. 36.

<sup>179</sup> Com isso não se diz que o direito seja uma ética (...) mas sustenta-se que tem, indefectível e constitutivamente, uma dimensão ética. (...) e desse modo simultaneamente se reconhecerá que a pessoa, pela sua axiológica dignidade de sujeito ético, não só é natural titular de direitos como correlativamente natural imputável de responsabilidade (...). E se os direitos lhe conferem um titulado espaço de autonomia (...) igualmente a autonomia se vê na realidade comunitária em irredutível dialética com a responsabilidade. Pensar o Direito em um Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.14. Refiro-me a exigência ou implicação, naquela matriz e dialética, do direito como validade, validade normativa. Ibidem, p15.

### 3.4. A validade do Direito e o Direito como validade

Diante do imperativo ético constitutivo do próprio Direito ainda cabe uma implicação: a *exigência do fundamento*, em que as *pretensões na intersubjetividade da coexistência* têm neste a expressão de uma *racionalidade em que se afirma uma validade*, um então *argumento de validade*<sup>180</sup>. A validade como *manifestação de um sentido normativo transindividual*: o *sentido fundamentante*, que transcende aos sentidos individuais e os *transcende* assumindo uma *unidade* ou um *comum sentido integrante*<sup>181</sup>.

Um sentido normativo, portanto, como *justificação superior*<sup>182</sup>, que convoca nesta normatividade, *certos valores e princípios que pertencem tanto ao ethos fundamental como a epistême prático de uma certa cultura numa certa época - e que são como resultado ético-prático da histórica aprendizagem que o homem faz da sua humanidade*<sup>183</sup>. Uma *exigência de fundamento*, e de um *fundamento material*, assim, que tem seu *postulado no sujeito ético*<sup>184</sup> com sua *liberdade reconhecida enquanto pessoa*, que só admite uma pretensão ou posição como validade: *um fundamento que satisfaça a dignidade e a igualdade* e que perante estas *justifique a posição ou pretensão*, fazendo assim, o *reconhecimento do sujeito*<sup>185</sup>.

---

<sup>180</sup> *Afirmado o reconhecimento da pessoa que funda o “imperativo” do próprio direito, o imperativo da sua própria constituição com sentido de direito, segue-se uma decisiva implicação normativa. Desde logo a exigência de fundamento para todas as pretensões que na intersubjetividade da coexistência eu dirija aos outros e os outros me dirijam a mim. Um fundamento é a expressão de uma ratio em que se afirma uma validade – é argumentum de validade. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, ou as condições da emergência do direito como direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p. 38.*

<sup>181</sup> *Conforme Castanheira Neves afirma a validade (...) é a manifestação de um sentido normativo (de um valor ou princípio) transindividual: o sentido fundante, argumentativamente invocável pró ou contra que transcende os pontos de vistas individuais de uma qualquer relação intersubjetiva (...) e os transcende pela referência e assunção de uma unidade ou de um comum de sentido integrante (...). Ibidem, p.38.*

<sup>182</sup> *Um sentido normativo, numa palavra, que se imponha como uma justificação superior (...). Ibidem, p.39.*

<sup>183</sup> *O Direito como Validade. Castanheira, 2014, p. 172.*

<sup>184</sup> *(...) tal exigência de fundamento, e fundamento material (...) é decerto o que se mais vai implicada no postulado do sujeito ético, que é a pessoa (...). Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito, ou as condições da emergência do direito como direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.39.*

<sup>185</sup> *(...) postulado do sujeito ético, com a sua liberdade reconhecida enquanto pessoa e assim a sua igualdade entre iguais. Pois este postulado só pode admitir uma qualquer posição ou pretensão como validade: com um fundamento que pretira e antes satisfaça a dignidade e a igualdade, que perante estas validamente justifique a posição ou pretensão. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.190.*

De forma que o Direito só possa ser autenticamente constituído com a *instituição de uma validade*<sup>186</sup>, uma validade que *convoca normativamente os valores e princípios* que manifesta a *consciência jurídica geral* de determinada comunidade histórico-cultural, ou seja, quando à condição ética for conferida realidade por meio da instituição dessa validade<sup>187</sup>.

Assim, a problematidade implicada pela validade remete ao perguntar interno ao Direito, ao problema do Direito e a solução do seu sentido, se este implica uma *dimensão constitutiva de validade*, para por fim questionar *que validade constitui e manifesta o Direito*<sup>188</sup>. Mas uma validade que há de se diferenciar entre a *validade que o Direito deve ter*, da *validade que no Direito se reconhece* ou se descreve, da *validade que o Direito é*<sup>189</sup>.

O sentido do Direito, assim, emerge enquanto *axiológica-validade projetada numa vinculante normatividade material*, em que o Direito se manifesta como um *valor e um dever ser*<sup>190</sup>. Deste modo, o Direito se relaciona com *o universo espiritual do sentido*, com o *dever-ser de uma validade normativa de correlativos e constitutivos fundamentos axiológicos*<sup>191</sup>. Mas não somente uma validade de sentido, mas uma validade invocada na normatividade da prática do Direito, não como a *expressão da lei, imperativo prescritivo, norma hipotética e abstrata*, mas como *referência regulativa de intencionalidade* que invoca essa validade como *fundamento normativo desta prática*<sup>192</sup>.

---

<sup>186</sup> *Com o que podemos já concluir que o direito só o temos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a instituição de uma validade (...). Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.39.*

<sup>187</sup> *Essa validade convoca normativamente os valores e princípios jurídicos em que se manifesta o que temos designado, e tentado caracterizar, pelo nível da consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-social. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.191.*

<sup>188</sup> (...) *para compreendermos, exige-se que o retomemos em toda a sua problematidade e esta, necessariamente a atingir o ante (de sentido e constitutivo) do qual as diversas posições que consideramos serão afinal possíveis ou não elimináveis à priori (...). (...) de perguntar ao direito, ao próprio problema e como a solução do seu sentido, se ele implica uma dimensão constitutiva de validade - e então que validade constitui e manifesta o direito. O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 160.*

<sup>189</sup> *Por outras e mais sintéticas palavras: há que distinguir a validade que o direito deve ter, a validade que no direito se reconhece ou se descreve, a validade que o direito é. Ibidem, p. 156.*

<sup>190</sup> *Nesse universo prático é indiscutível que o direito constitui uma das suas mais importantes dimensões, e é por isso decisivo saber com que sentido o direito deverá ser compreendido, constituído e actuado. (...) o sentido do direito enquanto uma axiológica validade projectada numa vinculante normatividade material (...) no outro caso será um valor e dever-ser (...). O Funcionalismo Jurídico. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.318.*

<sup>191</sup> *O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 155.*

<sup>192</sup> (...) *não simplesmente como lex, imperativo prescritivo ou norma hipoteticamente abstrata, regra convencionalmente aleatória ou esquema sistêmico-social, mas referência regulativa de intencionalidade e expressão axiológica-normativa a invocar como fundamento também normativo da prática humano-social e*

E assim, a validade como *sentido axiologicamente constitutivo e diferenciador* do próprio Direito na sua normatividade<sup>193</sup>, como *categoria indefectível, definidora do universo do Direito em si mesmo*<sup>194</sup>, tanto no plano da intencionalidade quanto no plano prático do Direito. Uma validade estritamente ligada à dimensão ético-constitutiva do Direito, e do seu próprio sentido, um sentido e validade hoje problematizados na instância prática pelo problema da diferença e da pluralidade.

#### **4. O RESPEITO À DIFERENÇA E A PROPOSTA ÉTICA DA FILOSOFIA DO LIMITE DE DRUCILLA CORNELL**

O pensamento de Drucilla Cornell desponta em meio ao contexto do movimento *Feminist Jurisprudence*, um movimento que emerge entre os anos setenta e oitenta, em especial nos EUA, fazendo surgir teorias jurídicas feministas que propõem novas perspectivas do Direito<sup>195</sup>. Um movimento que intenta combater concepções universalistas, desfazer estruturas jurídicas, estereótipos e hierarquias de gênero, reproduzidos pelo Direito, buscando uma emancipação tanto da mulher quanto do homem, em relação a estereótipos de gênero enraizados dentro das representações da realidade machistas e patriarcais<sup>196</sup>.

Por meio de um debate crítico, e buscando também superar uma postura essencialista que o próprio movimento em algumas linhas assumiu<sup>197</sup>, ascende dentro do

---

*de todos os juízos decisórios exigidos por esta prática. Pensar o Direito em um Tempo de Perplexidade. Neves, Castanheira, p.15.*

<sup>193</sup> (...) a validade como sentido, que será a nossa compreensão, como sentido axiologicamente constitutivo e diferenciador do próprio direito na sua normatividade. O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p. 156.

<sup>194</sup> E a conclusão a que chegamos – também insistimos em reiterar-lo é a de ser a validade categoria definidora do universo do direito em si mesmo. Ibidem, p. 160.

<sup>195</sup> Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End; Gary Minda, 1995, p.128-148.

<sup>196</sup> By challenging such restrictions, and the legal assumptions that reinforced gender inequality, advocates of women's rights laid the foundation for the legal feminist movement. Ibidem, p.129.

<sup>197</sup> Mediante diferentes aspectos se desenvolveram em três grandes linhas, as quais se destacam o feminismo liberal, o feminismo cultural e o feminismo radical. Para uma aprofundamento na questão: Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End. Gary Minda, 1995, p.134-140.

*Feminist Jurisprudence* uma nova perspectiva, o chamado *pós-modernismo* feminista<sup>198</sup>. Essa perspectiva se vale da *crítica interpretativa*, e em alguns casos da *desconstrução*, para *desestabilização de propostas* que, sob *ideais de categorização universal*, implicitamente revelam não uma neutralidade, mas sim uma prevalência do masculino, o dominante, reforçada pela *linguagem* e pela *estrutura da lei*<sup>199</sup>.

Neste contexto do pós-modernismo do *Feminist Jurisprudence* a teoria de Drucilla Cornell se desenvolve também como uma intersecção entre o *Feminist Jurisprudence* e os *Critical Legal Studies*, numa linha denominada *Fem-Crits*. Essas autoras organizaram e encorajaram a criação de uma perspectiva feminista, de forma a avançar a crítica política das formas liberais, baseando-se, para isso, em teorias modernas feministas<sup>200</sup>. Para as *Fem-Crits* o patriarcado e toda a estrutura de hierarquia de gêneros são grandes responsáveis pela ideologia política opressora do Direito, de forma a afirmarem que o *Direito não é somente política*, como defendiam os *Critical Legal Studies*, mas *política sexual*<sup>201</sup>.

Drucilla Cornell desenvolve sua teoria numa combinação de uma concepção sistemática do Direito, com base na teoria de Niklas Luhmann, aliada à proposta de desconstrução de Jacques Derrida, com uma aproximação da concepção de Justiça transcendente adotada por Balkin, bem como de sua proposta desconstrutivista, e ainda, com invocação do pensamento filosófico da ética da alteridade de Levinas, com críticas aos paradigmas da sexualidade expostos na psicanálise de Lacan<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> *A late-emerging stage of legal feminism, postmodern feminism, appears to have broken free of legal modernism by challenging notions of objectivity and claims of universality and essentialism in modern feminist scholarship.* Ibidem, p.141.

<sup>199</sup> *Postmodern feminists use deconstructive strategies in their work to show how modern forms of jurisprudence celebrate masculine interests and values at the expense of those associated with the “difference voice” of women.* Ibidem, p.142.

<sup>200</sup> *These feminists, known as Fem-Crits, organized and encouraged the creation of a “feminist” perspective within the critical legal studies movement, to advance a political critique of modern liberal forms of jurisprudence based on feminist theory.* Ibidem, p.140.

<sup>201</sup> *Fem-Crits claim that is the source of law’s ideology; whereas Crits argued that is hierarchical structures of power that determine law’s politics. The crucial difference is that the Fem-Crits emphasized the subjective perspective of women to analyze social structures, gender hierarchy, and social objectification missing in the early work of CLS. (...) while CLS critics argued that “law is politics”, the Fem-Crits asserted that “law is sexual politics”.* Ibidem, p.141

<sup>202</sup> *A hierarquia, nas jurisprudências feministas, volve-se para “the gender hierarchy”, convocando Drucilla Cornell não só a teoria dos sistemas de Luhmann, mas também, em combinação com aquela, a desconstrução – que renomeia “The philosophy of the limit” - na proposta de Derrida – mas também para além desta numa utilização das propostas de análise crítica da linguagem com implicações sociais não previstas por aquele – e o pensamento de Lacan e Levinas, a fim de compreender a manutenção desta hierarquia como sistema, e o modo de a superar, em nome da igualdade, alterando a relação entre gênero e direito, causa da relação de dominação que determina, nesta perspectiva, a submissão do feminino.*

A autora entende a *hierarquia de gênero como sistema*, um sistema de divisão de gêneros que revela a dominação do gênero masculino sobre o gênero feminino e busca a sua *superação por meio da alteração da relação entre gênero e Direito* de modo que, para ultrapassar essa *estrutura opressora*, em nome da igualdade e em respeito à diferença e ao Outro, adota uma concepção própria de desconstrução, a qual autodenomina *Filosofia do Limite*<sup>203</sup>. Concepção esta que se *mobilizará como ideal* possível para *reformulação da ética social*, de forma a possibilitar a *emancipação do Outro*, expressão da diferença, deixando-o *livre do polo de subordinação*<sup>204</sup>.

Conforme Aroso Linhares, a proposta de desconstrução de Drucilla Cornell impõe uma *celebração da responsabilidade infinita* e da *experiência do tempo que a constitui*, se abrindo para uma análise, de *cunho crítico*, quase *transcendental da Justiça*<sup>205</sup>. Conforme o autor a proposta da *Filosofia do Limite* se preocupa com o *reconhecimento da indispensabilidade do jurídico*, descobrindo a *autotranscendentalidade prático-cultural das suas exigências e compromissos* e mobilizando, para isso, o Direito vigente e o *processo de especificação-realização dos princípios*<sup>206</sup>.

#### 4.1. A crítica interpretativa e a proposta de desconstrução da *Filosofia do Limite*

Na proposta de desconstrução de Drucilla Cornell admite-se a desconstrutibilidade do Direito e não da Justiça, de forma tal que, embora o Direito seja marcado por lacunas e paradoxos, ou *aporias*<sup>207</sup>, essa desconstrutibilidade revela a

---

Entre o centro e a periferia: a perspectivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement. Ana Margarida Gaudêncio, 2013, p.192-193.

<sup>203</sup> Ibidem, p.192.

<sup>204</sup> *Com uma leitura específica da desconstrução - próxima de Balkin (e que este convoca) -, mobilizando-a, em primeiro lugar, como ideal possível convocado para uma reformulação da ética social, em que o outro, expressão da diferença, é conferida a possibilidade de se emancipar, deixar o polo subordinado da oposição hierárquica (...).* Ibidem, p.193.

<sup>205</sup> *Filosofia do Limite que se nos impõe por um lado como uma celebração da responsabilidade infinita e da experiência do tempo que a constitui (as a diacronic power). Abrindo (justificando) uma análise quase transcendental da justiça e esta como um testemunho crítico indispensável.* Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi. Aroso Linhares, 2008, p.656.

<sup>206</sup> *Filosofia do Limite no entanto que, por outro lado, se preocupa em corresponder ao reconhecimento da indisponibilidade do jurídico – em descobrir a autotranscendentalidade prático-cultural das suas exigências e compromissos – invocando a mediação imprescindível do direito vigente e muito especialmente o processo (historicamente situado e problemático-concretamente determinado) de especificação-realização dos princípios.* Ibidem, p.657.

<sup>207</sup> As aporias, na proposta de Derrida, seriam os não-caminhos, as experiências que a Justiça experimentaria na realização do Direito, mas que carregam em si as suas próprias contradições, no diálogo Justiça-Direito.



possibilidade de criar e abrir espaços para a reinterpretação e reinvoação do Direito, por meio de uma reformulação jurídica, feminista e em respeito às diferenças<sup>208</sup>.

Conforme ressalta Aroso Linhares o *desconstrutivismo pós-estruturalista*, em contato com o discurso jurídico, assume *duas máscaras*: uma de *reflexão filosófica* e outra de *proposta metódica* - que se relacionam em simultâneo ou em alternância<sup>209</sup>. A *máscara filosófica* revela uma preocupação constante com o *tema da justiça*, como ideal ou promessa, com vistas a uma *economia-redução da violência*, sob um enfoque da prática, da experiência e dos *compromissos práticos*, sob a temática *direito/justiça/desconstrução*<sup>210</sup>. A *máscara metódica*, que no desconstrutivismo transita entre o reconhecimento da *impossibilidade da prescrição* de um *autêntico método de interpretação* e a exigência de oferta de uma gama de *oportunidades argumentativas e-ou estratégias retóricas*, também assumindo uma opção pela *legibilidade do texto*, mobiliza fatores *pré-textuais* para a interpretação jurídica<sup>211</sup>.

Máscaras que na leitura da proposta da desconstrução da *Filosofia do Limite* de Drucilla Cornell fazem com que a interpretação jurídica, revelada pela *máscara metódica*, se assuma como verdadeira *empreitada ética*, reveladora de *intenções transcendentais* de Justiça. Isto porque Drucilla ilustra as dimensões jurídicas em três esferas *the Good, or the Law of Law; the Right, or the moral Law of the self-legislating subject and the principles inherent in an existing legal system*<sup>212</sup>.

---

As aporias seriam, então, os paradoxos que o Direito e a Justiça carregam em sua realização. Força de Lei: O fundamento místico da autoridade; Jacques Derrida, 2003, p.27-28.

<sup>208</sup> *Within feminine jurisprudence, we can and should understand the deconstructibility of law to open up the space for the reinterpretation and reinvocation that allows feminist inroads into the law. And yet, these inroads should not be confused with justice. Deconstruction points us beyond legal reform to justice. Beyond Accommodation: Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law.* Drucilla Cornell, 1999, p. 111.

<sup>209</sup> (...) o desconstrutivismo pós-estruturalista (...) cruza-se com as diferentes instâncias do discurso jurídico – e deixa-se assimilar por estas – assumindo duas máscaras inconfundíveis: a de uma proposta metódica e a de uma reflexão filosófica. Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Força de Lei. Aroso Linhares, 2008, p.554.

<sup>210</sup> A de uma reflexão filosófica que se confessa por sua vez assombrada pelo *Doppellganger da não-filosofia...sem deixar no entanto de introduzir (abrir) uma recriação perturbante do tema justiça – enquanto convocação-promessa de alteridade absoluta (...)* de exigir que a tematização em causa - assimilada por uma economia da violência (...) – nos proporcione a interpelação global da práxis (e da comunicação da práxis) – se não mesmo a experiência (...) da incondicionalidade ou da indisponibilidade dos compromissos práticos (...) e com o contraponto *direito/justiça/desconstrução* que este mobiliza. Ibidem, p.556-557.

<sup>211</sup> A de uma proposta metódica que hesita entre o reconhecimento da impossibilidade de prescrever autêntico método de interpretação e a exigência de oferecer um elenco de oportunidade argumentativas ou de estratégias retóricas (...) na mesma medida em que, assumindo uma opção inequívoca pela legibilidade do texto, encontra o seu sentido (e a abertura infinita da sua procura) invocando uma leitura pretextual (...)p.555-556

<sup>212</sup> *My purpose is to tell tree different stories to show what the tangle of the three realms to wich Blanchot refers means for understanding the recent debates in American jurisprudence over the question of legal*

O Bem, ou *the Good*, assim compreendido como a dimensão jurídica transcendental, o fundamento último, o Direito além do Direito; o Direito, *the Right*, ou a moral jurídica, a moral daquele que se auto-legisla; os *principles*, ou princípios jurídicos, como dimensão que reúne as outras duas dimensões, trazendo-as à realidade jurídica<sup>213</sup>.

De forma tal que o Bem, *the Good, the Law of Law*, a dimensão jurídica transcendental revelada pelo Direito além do Direito, exige que se justifique a interpretação através de um *apelo ao Bem*<sup>214</sup>. Drucilla destaca que as sentenças judiciais clamam por um *significado ético*, um *significado institucionalizado*, de forma a ser *impossível escapar ao apelo ao Bem* quando se interpreta<sup>215</sup>.

A autora assevera que as regras-normas não podem escapar a um *apelo a uma justificativa ética substantiva*, pois segundo ela a ideia de uma *regra como força motora que conduz a uma determinação de cada situação de fato*, garantidora de determinando resultado de um caso particular, *é falsa*<sup>216</sup>. Desacredita que seja possível que uma *linha precedente* possa determinar completamente um determinado resultado em um caso particular, porque a própria regra está sempre em *processo de reinterpretação* à medida que é aplicada, de forma que *é a interpretação que oferece a regra e não o contrário*<sup>217</sup>.

Deste modo, a interpretação jurídica se dá em via oposta ao defendido pelo positivismo, que perpetua a ideia de que o *mundo jurídico* é concebido como um *mecanismo de auto-perpetuação*, pois em sua visão a interpretação jurídica se dá por meio de *sentidos em constata transformação*, que revelam também a *inescapabilidade da*

---

*interpretation. The three realms as I interpret them from Blanchot's quote are: (1) the Good, or the Law of Law; (2) the Right, or the moral Law of the self-legislating subject; and (3) the principles inherent in an existing legal system. The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992, p.91-92.*

<sup>213</sup> Ibidem, p.92.

<sup>214</sup> *I want to emphasize that the Law of Law demands that we justify our interpretation through an appeal to the Good. Ibidem, p.113.*

<sup>215</sup> *The central message of this chapter is that we cannot escape the appeal to the Good as we interpret legal sentences. Ibidem, p.94*

<sup>216</sup> (...) *that rules of procedure cannot escape an appeal to a substantive ethical justification, they have also show us that the very idea of a rule as force that pulls us down the track through each new fact situation, determining the outcome of a particular case, is false. Ibidem, p.101.*

<sup>217</sup> *Therefore, no line of precedent can fully determine a particular outcome in a particular case, because the rule itself is always in the process of reinterpretation as it is applied. It is interpretation that gives us the rule and not the other way around. Ibidem, p.101.*

*responsabilidade* por estes sentidos atribuídos, à medida que *a interpretação é ao mesmo tempo perpetuada e transformada*<sup>218</sup>.

Em sua teoria interpretativa assevera que uma decisão judicial sempre implicará alguma exclusão, e assim, para justificar a necessidade do Direito, invoca do pensamento de Levinas a figura do terceiro para compor a relação Eu-Outro. O terceiro elemento interrompe o face a face, sua presença faz lembrar que não se está sozinho, que o Outro assim como o Eu deve ser ouvido no espaço jurídico em que a decisão jurídica deverá considerar os *diferentes clamores*<sup>219</sup>. O terceiro é inevitável para relação, e com a entrada dele assume-se a necessidade de *sincronizar as competições* entre as individualidades, no espaço que se denomina *sistema jurídico*<sup>220</sup>. É neste sentido que o Direito ainda constitua uma presença que *infringe violência*, uma *violência contra a singularidade*<sup>221</sup>, pois traduz a necessidade de um eventual posicionamento entre os dois elementos.

Deste modo, quando o juiz precisa decidir entre uma perspectiva e outra, para proferir uma decisão judicial, acaba por deslegitimar uma das partes, clamando pela necessidade de mobilização do *aspecto empático do Direito*, aspecto esse que busca se referenciando a teoria de Robert Cover<sup>222</sup>. Assim, é por meio de uma *interação conciliada ao respeito* que o *aspecto empático do Direito* se revela, na criação de um *sistema jurídico que efetivamente funcione como controle social*, porém

---

<sup>218</sup> (...) *Interpretation is transformation. Thus, we need to remember that we are responsible, as we interpret, for the direction of that transformation. We cannot escape of our responsibility implicit in every act of interpretation. The delimitation of ontology reminds us of the positivism fallacy that the legal world is just given to us as a self-perpetuating mechanism. We are left with a reminder of the inescapability of our responsibility for the nomos as it is perpetuated and thus transformed.* Ibidem, p.115.

<sup>219</sup> (...) *we must always recognizes the "equal claim" of competing interpretations to be heard. If all interpretations are "ungrounded" then no interpretation can theoretically win out, shutting off from the very beginning the need for practical debate and assessment.* The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992, p.108-109.

<sup>220</sup> *The entry of the third is inevitable, and with the entry of the third comes the need to make comparisons and to synchronize the competing demands of individuals within the space of a given legal system.* The Philosophy of the limit. Drucilla Cornell, 1992, p.105.

<sup>221</sup> *A acentuação da indispensabilidade do terceiro leva-o, com efeito, a um primeiro patamar de radicalização da aporia (...). Mas então a reconhecer que o encontro ético com a singularidade está inevitavelmente condenado à vertigem de uma violência pura e imediata (...).* Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi. Aroso Linhares, 2008,p.642.

<sup>222</sup> *Law is exclusionary. When the judge vindicates one normative interpretation over another she necessarily delegitimizes one of the competing perspectives. Robert Cover has identified the silencing of competing normative perspectives through legal decision making as the "jurispathic" aspect of law.* The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992, p.103.

marcado por um *sensu de comunidade*, que ultrapassa a concepção de *mero mecanismo de controle social*<sup>223</sup>.

Mobilizando, ainda, o *aspecto empático do Direito*, afirma que este possui um *aspecto jurídico-geracional*, o poder *jurigenerative*, que faz com que o Direito *crie novas concepções jurídicas*, de forma a também, deste modo, ultrapassar as barreiras de uma *assimilação com um mero mecanismo de controle social*, fazendo com que o *Direito não seja estático*<sup>224</sup>.

Associando ainda estes dois aspectos ao pensamento de Derrida<sup>225</sup>, Cornell afirma que o Direito nunca é uma *mera repetição de normas convencionais*, pois os processos de representação dos sentidos envolvem um processo que mobiliza *fatores externos* como forma de representação desta dimensão do Bem, *The Good*, por meio de constante transformação<sup>226</sup>. Enfatiza que a interpretação está estritamente envolvida com *a descoberta e a invenção*<sup>227</sup>, e, portanto, *contínua e dinâmica transformação dos sentidos interpretados*<sup>228</sup>.

Conforme a autora, o processo de desconstrução enfatiza a *abertura ética auto-transcedente* de todo sistema que considere o além, o por vir, ou o futuro, como essencial para uma concepção de interpretação jurídica, que sob uma leitura dos sentidos acaba

---

<sup>223</sup> As Cover points out, the “jurispathic” aspect of law is necessary for the creation of a legal system that can effectively operate as a state-organized mechanism of social control. It is, also, however, part of the development of law as a *nomos* which creates a normative legal world and which helps to re-engage a sense of belonging to a “community”. (...) It is precisely the “jurisgenerative” power of law to create normative meaning that makes law other than a mere mechanism of social control. Ibidem, p.104.

<sup>224</sup> Since the “jurispathic” aspect of law inheres in its jurigenerative power to create unified meaning through the establishment of generalizable or universalizable standards, we cannot escape the comparison of competing normative visions of the good expressed through the appeal to legal principles. Ibidem, p.104.

<sup>225</sup> Conforme afirma Derrida, uma decisão para ser justa deve não apenas seguir uma regra como deve assumi-la e prova-la, demonstrando o valor que esta regra assume, por meio do ato de interpretação restaurador, como se a própria lei não existisse e fosse inventada em cada caso. Força de Lei: O fundamento mítico da autoridade, Jacques Derrida, 2003, p.38.

<sup>226</sup> This displacement is important in the legal interpretation of a system of norms. *The Good*, as it is interpreted as the yet unrealized potential of the *nomos*, is never simply the mere repetition of conventional norms, because there can be no mere repetition. In this sense, *The Good or Law of Law* cannot be conceived as the truth of a self-enclosed system which perpetuates itself. *The Philosophy of the Limit*. Drucilla Cornell, 1992, p.110.

<sup>227</sup> (...) this ethical resistance allows us to understand why legal interpretation always involves both “discovery” and “invention”. Interpretation is not an activity separable from the other two. Indeed, (...), the philosophy of the limit also emphasizes precisely the necessity of invention in interpretation. Ibidem, p.118.

<sup>228</sup> E a determinar a interpretação jurídica – também por referência a Derrida – como concretização prática incompleta de um sentido de direito que a transcende, axiológica e praticamente, porém necessária para a realização concreta desse mesmo sentido, e assim como contínua dinâmica, transformação, de sentidos interpretados, e geradora de responsabilidade por tais sentidos. O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Ana Margarida Gaudêncio, 2012, p.476.

por revelar e *inevitabilidade da transformação*, - *interpretação é transformação*, e esta *não é só possível como inevitável*<sup>229</sup>.

Um processo que busca neste *ideal ético transcendental* - externo ao Direito -, a mobilização do *Bem* na interpretação jurídica, mostra-se como uma necessidade, que, no entanto, não pode ser plenamente vivenciado no real, pois como ideal revela a *impossibilidade de realização plena*, podendo ser concebido apenas momentaneamente, sob o aspecto do tempo, como *poder diacrônico*<sup>230</sup>.

Neste processo de interpretação dinâmica e contínua a proposta da *Filosofia do Limite* de Drucilla Cornell reconhece a importância dos princípios jurídicos, princípios estes que assumem grande importância na empreitada de iluminar o caminho do interprete trazendo o aspecto transcendental do Direito, *The Good*, para a realidade jurídica<sup>231</sup>.

#### 4.2. Os princípios como guia e a metáfora do Farol

No movimento pós-modernista de base desconstrutivista algumas autoras do *Feminist Jurisprudence* também se valeram de propostas desconstrutivistas para questionar as bases da filosofia, enfatizando novas acepções jurídicas, no entanto, estas autoras embora não defendessem uma completa supressão da ética, de forma que a concepção transcendental, *o Bem*, ou *The Good*, estivesse ausente, entendiam que esta dimensão fundamentante era percebida no reconhecimento incondicional das diferenças, moldada além das categorizações universais<sup>232</sup>.

Houve uma forte tendência a decretar a falibilidade do Direito, desmentindo a necessidade deste em impor uma concepção do Bem, *The Good*, a todos os sujeitos, através de princípios éticos, pois algumas autoras do *Feminist Jurisprudence* entendiam

---

<sup>229</sup> Thus, the deconstructive emphasis on the opening of the ethical self-transcendence of any system that exposes the threshold of the "beyond" of the not yet is crucial to a conception of legal interpretation (...). Ethical alterity is not just the command of the Other, it is also the Other within the nomos that invites us to new worlds and reminds us that transformation is not only possible, it is inevitable. The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992, p.111.

<sup>230</sup> The ethical relation even as it is an irremissibly necessity cannot be fully enacted in the actual. The ethical relation can only be conceived within time as a diachronic "power". The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992, p.105.

<sup>231</sup> Ver nota 224.

<sup>232</sup> A second version of the significance of the "postmodern" deconstruction of foundationalist philosophy has been defended by writers in feminist jurisprudence. Unlike the "irrationalists" in the Conference of Critical Legal Studies, the feminist writers do not defend ethical skepticism. The Good is not represented as absent, but as the recognition and acceptance of difference beyond any attempt to categorize others from a universal vantage point. The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992, p.103.

que a universalização proposta pelos princípios contrariavam as particularidades das culturas e desrespeitavam as diferenças, não passando de formalismos reducionistas<sup>233</sup>.

No entanto Drucilla Cornell assume uma postura crítica em relação a estas autoras, trazendo uma nova perspectiva a respeito dos princípios. Segundo ela *os princípios não são regras*, não são eivados da força que a lei representa, nem mesmo *normas gerais e abstratas*<sup>234</sup>. Os princípios são, antes de tudo, *faróis guia*, as luzes de um farol guia que orientarão os *sentidos da interpretação jurídica*, impedindo que se tomem direções erradas, mas, no entanto, sem fornecer uma resposta correta ou uma única resposta, visto que os princípios não dizem qual caminho a se tomar, eles não determinam como se deve interpretar, nem qual a melhor solução jurídica para um caso concreto, eles apenas direcionam o caminhante para que este não perca o seu rumo, para que ele não tome uma direção errada<sup>235</sup>. O caminho é o caminhante quem faz.

Deste modo, tendo os princípios como guia que orientará o interprete dentre os diversos caminhos que a interpretação jurídica abre, diante das diversas possíveis interpretações, os princípios contribuem para *manifestação de todos os diferentes clamores*<sup>236</sup>. Isto porque a interpretação jurídica que se vale dos princípios como farol guia *se dá de forma circular*, numa *estrutura jurídico-argumentativa* que adota um sentido próprio de Direito em que os princípios assumem particular relevo, pois ajudam a encontrar o sentido do Direito ao *sincronizar os diversos sentidos da competição das interpretações possíveis*<sup>237</sup>.

---

<sup>233</sup> *Rather than try to replace legal positivism with explicit ethical principles, we should instead simply accept the fallibility of judicial discretion as a better way to respect difference. Difference, it is argued, belies the attempt to identify universal conditions of equal personhood. It certainly belies the legitimacy of an appeal to the Good in the strong sense as an irremissible necessity for all subjects. But it also rejects the move to achieve universality even within a particular culture. The adoption of legal principles that "universalize" within a particular culture would still, so the arguments goes, lead to a formal approach that is reductionist. Nor can the law of the transcendental ego replace the appeal to the Good. There are only perspectives that represent different viewpoints. Ibidem, p.103.*

<sup>234</sup> *A principle as I use it here is not a rule, at least not as a force that literally pulls us down the tracks and fully determines the act of interpretation. Ibidem, p.106.*

<sup>235</sup> *A principle is instead only a guiding light. It involves the appeal to and enrichment of the "universal" within a particular nomos. We can think of a principle as the light that comes from the lighthouse, a light that guides us and prevents us from going in the wrong direction. A principle, however, cannot determine the exact route we must take in any particular case; it does not pretend that there is only one right answer. It can, however, serve to guide us, by indicating when we are going in the wrong direction. Ibidem, p.106.*

<sup>236</sup> *Each Other has her claim, and her claim must be addressed. All claims, however, cannot be vindicated even if they must be heard. We need legal principles that guide us through the maze of competing legal interpretations, precisely because all claims cannot be vindicated. Ibidem, p.105.*

<sup>237</sup> *Of course this mode of interpretation is circular, but very structure of legal argumentation is that we argue from within the nomos of the law. As for which principles we ultimately adopt within the nomos, we*

É deste modo que Drucilla Cornell defende o sistema jurídico como um *Jurisprudence of Principle* visto que os princípios, ao conferir sentido ao Direito e conciliar os diversos clamores, também conduzem a superação da *tese da indeterminação*, realizada no contexto prático das decisões judiciais<sup>238</sup>. Assim, a partir de uma *ótica jurídica empática - jurispathic* - associada ao poder *jurídico-geracional – jurigenerative* - do Direito, de criar novas concepções jurídicas e unificar entendimentos através da *estabilização de patamares*, não se pode negar o importante papel dos princípios jurídicos de *conciliar visões normativas divergentes* e criar *padrões generalizáveis*<sup>239</sup>. Isto porque embora categorizem, identifiquem e, em certo modo, violentem as diferenças, ao *criar analogias entre o semelhante e o contrário* - entre o Eu e o Outro, o desenvolvimento principiológico minimiza a expressão destas violências, mesmo que infiel a uma *relação ética plena* ou ideal<sup>240</sup>.

Conforme Drucilla Cornell nem todas as diferenças conseguirão ser reconhecidas pelo *padrões generalizáveis* reconhecidos pelo Direito, no entanto desenvolver os princípios jurídicos é essencial para que se possa, através de *apelos universais contextuais*, se distinguirem as *diferenças que se querem reconhecidas pela lei daquelas que são condenáveis*<sup>241</sup>. Conforme clarifica Aroso Linhares os princípios, sob a perspectiva da autora *aparecem a orientar uma prática racional de redução da violência e de respeito pelas diferenças*, pois as *exigências-compromisso* que os distinguem vão ser *experimentadas na perspectiva de cada situação-problema*<sup>242</sup>.

---

*are left with the process of pragmatic justification based on the ability of a principle to synchronize the competing universals embodied in the nomos. Ibidem, p.106.*

<sup>238</sup> A tese da indeterminação se refere a uma indeterminação linguística, uma indeterminação semântica, que questiona o real significado atribuído às palavras, aos sentidos textuais, e que acabaria por refletir no próprio sentido da interpretação. Drucilla Cornell acredita que os princípios ajudam a superar essa indeterminação linguística, pois orientam os sentidos interpretativos dos clamores que se cruzam para decisão judicial, diante dos casos práticos. Conforme: *A jurisprudence of principle, then, can survive the indeterminacy thesis which reminds us that a rule cannot be fully determinative of the outcome of a particular case. Ibidem, p.106*

<sup>239</sup> *Since the "jursipathic" aspect of law inheres in it jurigenerative power to create unified meaning through the establishment of generalizable or universalizable standards, we cannot escape the comparison of competing normative visions of the good expressed through the appeal to legal principles. Ibidem, p.104.*

<sup>240</sup> *Of course, it is true that legal principles inevitably categorize, identify, and in that sense violate difference by creating analogies between the like and the unlike. If we cannot escape this violation of difference in a legal system, however, we can still develop principles that minimize it. Even so, law is inevitably unfaithful to the ethical relationship. Ibidem, p.105.*

<sup>241</sup> *Indeed, we do need principles developed through the appeal to contextual universals by which we distinguish between differences we want to be recognized by the law from those we condemn. Ibidem, p.104.*

<sup>242</sup> *Princípios que, não deixando de perturbar a pureza do encontro ético e de violentar a diacronia do jogo de significações (...) nos aparecem a orientar uma prática racional de redução da violência (e de respeito pelas diferenças). Decerto porque as exigências-compromissos que os distinguem vão ser experimentadas na*

Assim os princípios, sem impor um exato caminho a percorrer, assumem na teoria de Cornell, um *potencial de fundamentação que supera as pretensões da resposta única*, excluindo-se as respostas que se mostrem incompatíveis com a realização deste compromisso<sup>243</sup>. Um compromisso que se reflete nas decisões judiciais e na aplicação prática dos princípios, em que o juiz, tido como o *juiz da diferença*, acaba por ter que mobilizar estes ideais para decidir nos casos jurídicos em concreto<sup>244</sup>.

Ana Gaudêncio também nos dá uma visão clarificada sobre a concepção de Drucilla Cornell e afirma que esta torna *premente a necessidade dos princípios* como guia, na origem do Direito, de forma que *os princípios se mostram essenciais como guias* a iluminar o labirinto de *interpretações jurídicas concorrentes*, para a clarificação destes caminhos e para garantir a constante *responsabilidade pelo Outro*, e pela diferença que este Outro representa<sup>245</sup>.

### 4.3. A proposta ética da *Filosofia do Limite*

Drucilla Cornell, na *Filosofia do Limite*, ao assumir a interseção entre a proposta específica do *desconstrutivismo de Derrida* dentro da *filosofia da ética da alteridade de Levinas*, combinada a desconstrução do pensamento de Lacan em relação à diferença

---

*perspectiva de cada situação-problema*. Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de *Force de Loi*. Aroso Linhares, 2008, p.658.

<sup>243</sup> *Sem impor o exacto caminho a percorrer, antes assumindo um potencial de fundamentação que supera as pretensões da resposta única. Mas então e muito simplesmente excluindo as respostas que naquele contexto pragmaticamente reconhecível – e naquele horizonte historicamente determinado – devam dizer-se incompatíveis com a realização do seu compromisso*. Ibidem, p.658.

<sup>244</sup> Sobre a concepção de princípios e as decisões judiciais para Drucilla Cornell, Aroso Linhares assevera que *para o juiz da *diférence* e da tradução-interposição (mas também do limite) ... a frase ético-prescritiva (the ethical imperatives of decision-making) (...) o problema do desempenho mais ou menos circunscrito dos princípios práticos se especifica (e simplifica) sempre numa pretensão de competência interdiscussiva (...)*. Entre a Reescrita Pós-Moderna na Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova como um Exercício de Passagem nos Limites da Juridicidade. Aroso Linhares, 2001, p.391-393.

<sup>245</sup> (...) *Drucilla Cornell, postulando a responsabilidade pelo Outro, na esteira de Levinas, e o surgimento do terceiro, na origem do direito, e bem assim de um Estado justo e igualitário, e assumindo cada Outro distintas pretensões, torna premente a necessidade de princípios-guia no labirinto de interpretações jurídicas concorrentes, pois que nem todas as pretensões serão susceptíveis de obter provimento. Aqui, os princípios não se confundiriam com rules, constituindo antes uma orientação («guiding- -light»), não determinando no entanto um caminho exacto único a seguir – para uma única resposta correcta...–, antes apontando as respostas incorrectas para a sua realização – procurando, assim, superar a «indeterminacy thesis» (...)*. O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Ana Margarida Gaudêncio, 2012, p.475.



sexual, busca uma *desconfiguração da hierarquia de gênero* trazendo *uma nova e diferente configuração ética*<sup>246</sup>.

Com retomada da filosofia da ética da alteridade, proposta por Levinas, Cornell demarca a demanda pelo reconhecimento do *bem viver do Outro e do viver bem deste*, sem, no entanto, defender uma *mitificação do Outro*, mas resgatando o relacionamento ético<sup>247</sup>. Fazendo uma ligação da proposta ética de Levinas com a desconstrução de Derrida, demarca *a falibilidade de uma relação ética* que considere o Outro apenas como *aquele distante do sistema e que deste não participe*, defendendo que se deva prestar atenção à *alteridade que qualquer sistema de convenções intente constituir*, se quiser *manter-se fiel a uma relação ética*<sup>248</sup>.

Deste modo, busca uma *reformulação de uma significação jurídica* para o reconhecimento dos *limites do idealismo do sistema jurídico*, de forma a intencionar que este possa *satisfatoriamente incorporar o Outro, o diferente, aquele que é alheio ou estranho*, para então apagar as *contradições dentro do próprio sistema jurídico*<sup>249</sup>.

Através de um aprofundamento na interpretação jurídica trazida pela proposta de desconstrução de Derrida, de seu entendimento do que é a Justiça, bem como das *aporias* que o sistema jurídico apresenta, Cornell demarca os *limites de um possível colapso da Justiça no Direito Positivo*<sup>250</sup>. Assevera que a *Justiça é o limite de qualquer sistema jurídico*, motivo pelo qual ela renomeia a *desconstrução como um exercício que tem um limite*, o limite da Justiça, e, portanto, uma *Filosofia do Limite*<sup>251</sup>.

Para a autora uma *análise quase transcendental da desconstrução é essencial* para a Justiça e para uma *concepção de Justiça que promova e não somente permita uma*

---

<sup>246</sup> *This shared ethical rebellion is, of course, the reason for grouping together philosophers as different as Theodor Adorno, Jacques Derrida, Jacques Lacan, and Emmanuel Levinas. (...) It is the intersection of the specific deconstructive intervention of Derrida into Levinas's ethical philosophy of alterity, combined with his deconstruction of Lacan's political pessimism of the possibility of dismantling intervention deliberately. The Philosophy of the Limit. Drucilla Cornell, 1992, p.170.*

<sup>247</sup> *Levinas's ethical philosophy of alterity as demanding that we recognize the being of the Other and the Other as Being if we are not to revert to the rejection of materiality as unholy and to the mystification of the Other. Ibidem, p.02.*

<sup>248</sup> *Derrida's project is not only to show us why and how there is always the Other to the system; it is also to indicate the ethical aspiration behind that demonstration. (...) We must try, if we are to remain faithful to the ethical relationship, to heed its otherness to any system of conventional definition. Ibidem, p.02.*

<sup>249</sup> *This book will attempt to reformulate the juridical and legal significance of this recognition of the limit of idealism, if idealism is understood to give us a system that can successfully incorporate what is other to the system and thereby erase the system's contradictions. Ibidem, p.02.*

<sup>250</sup> *I will try to show the significance for legal interpretation of Derrida's own understanding of justice as an aporia that inevitably serves as the limit to any attempt to collapse justice into positive law. Ibidem, p.02*

<sup>251</sup> *Indeed, the significance of understanding of justice as the limit to any system of positive law is the first reason I am renaming deconstruction as the philosophy of the limit. Ibidem, p.02*

*transformação jurídica*<sup>252</sup>. A autora critica o *utopismo inerente à proposta de desconstrução de Derrida*, bem como a proposta ética de Levinas<sup>253</sup>, defendendo, no entanto, que a ligação entre os trabalhos de Levinas, Lacan e Derrida corroboram para uma *nova configuração ética, uma interseção*<sup>254</sup>, uma *insistência ética* que visa *ultrapassar o limite* imposto pela *descrição positivista dos princípios da modernidade*, elaborados como a última palavra, ou como verdades absolutas<sup>255</sup>.

A *configuração ética* e a *ênfase no limite* são essenciais para os *grupos marginalizados*, cujo bem-estar e suas próprias vidas dependem dessa transformação jurídica, autorizando o questionamento a respeito das *hierarquias de gênero vividas pelo diferente no sistema jurídico*<sup>256</sup>. Uma nova configuração ajudará a pensar a respeito da Justiça e da interpretação jurídica, diferentemente dos conceitos que tem dominado a análise jurisprudencial e a teoria crítica, de forma que os *grupos marginalizados, ao enfatizarem as diferenças fazem a diferença dentro do sistema jurídico*, da interpretação jurídica e da própria concepção de Justiça<sup>257</sup>.

Ao trabalhar a mensagem ética da dialética Cornell reinvoca o pensamento de Adorno, que em *crítica a proposta dialética unificante e totalizante de Hegel*, é por ela endossada, visto que *as relações de reciprocidade simétrica e mutual co-determinadas no senso da dialética proposta por Hegel estão ultrapassadas*, pois desconsideram o *processo de reconciliação*, um processo retomado por Adorno que assevera a *livre comunicação como estágio além da heterogenia*, com absoluta alteridade, mas como *arte da desunião que permite as coisas existirem nas suas diferenças e afinidades*, em nome da pluralidade e da diferença<sup>258</sup>.

---

<sup>252</sup> I will show why the continuing emphasis on a quasi-transcendental analysis is crucial to justice and, more specifically, to a conception of justice that promotes, not just allows, legal transformation. Ibidem, p.08.

<sup>253</sup> This difference turns on what I will describe as the unerasable moment of utopianism which is inherent in “deconstruction” and in the writing of Emmanuel Levinas on the ethical relation. Ibidem, p.08.

<sup>254</sup> But let me return to why I call this intersection an ethical configuration. Ibidem, p.09

<sup>255</sup> (...) an ethical insistence on the limit to “positive” description of the principles modernity long-elaborated as the “last word” on “truth”, “justice”, “rightness”, etc. Ibidem, p.11.

<sup>256</sup> This emphasis on the limit and, as we will see, on the portrayal of justice as aporia is crucial to these marginalized groups whose well-being and very lives may depend on legal transformation. Ibidem, p.11.

<sup>257</sup> (...) it can still help us think about justice and legal interpretation differently from the conceptions that have dominated analytic jurisprudence and critical social theory. As we will see, for marginalized groups, this is a difference that makes a difference. Ibidem, p.12.

<sup>258</sup> Relations of reciprocal symmetry and mutual co-determination, in Hegel’s sense, are thwarted, if not completely destroyed. Ibidem, p.14; Reconciliation (...) is Adorno’s redefinition of communicative freedom as the state beyond the heterogeneous as absolute otherness and beyond that which is captured by the Hegelian Concept. Ibidem, p.16.

Destaca que, conforme Adorno, as relações de reciprocidade simétrica só podem existir se *o Outro não for assimilado na relação, pois a unificação do relata numa totalidade compreensiva não pode ser contextualizada como retorno*, de forma que a dialética acaba por implicar um círculo em que *não se identificam os objetos e conceitos*, ou o Eu e o Outro, num círculo em que se *ênfatiza a completa intolerância* pelo que esta de fora, em uma clausura do sistema<sup>259</sup>. Porém Cornell reconhece a plausibilidade das inovações trazidas por Hegel ao despertar a ideia de que *a identidade é construída em e através do Outro*, alteridade entendida como uma *relação externa em que um sujeito identificado se ergue e enfrenta o objeto apenas para encontrar-se ali refletido*<sup>260</sup>.

Situação *auto-refletida* também na relação Eu-Outro, em que *a prioridade da inter-relação subverte a lógica exclusiva da identidade*, de forma que o Outro não pode ser excluído do *processo interno de autoconsciência do Eu*, numa *experiência* marcada pela *mimese, a habilidade de se identificar com os outros acessando o Outro que há em si*, experiência que lembra que a *reconciliação na significação ética da disjunção* entre o *significante e o ser* não pode ser imposta<sup>261</sup>.

Cornell, então, indagando a possibilidade da *unidade na diferença*, questiona a possibilidade de se alcançar uma convivência, uma *forma de pertencimento diferente*, sem recorrer-se a *um apelo ao todo*, partindo, assim, para uma discussão a respeito da ideia de comunidade<sup>262</sup>. Resgata o pensamento de Derrida ao afirmar que a comunidade acaba por violentar a diferença e a particularidade, alerta para os riscos de uma violência identitária no ceio de uma comunidade que busca a unicidade de vidas, bem como para o risco da

---

<sup>259</sup> Hegelian “system was the source of Hegel’s dialects, not its measure. (...) the system turns against itself, choking off the freedom of dialectical movement by the self-containment of the Concept. Once freed from the circle of identification – the closed circle of the infinite – dialectics implies nonidentity between concept and thing. Ibidem, p.18.

<sup>260</sup> (...) the most lasting contribution of Hegel’s Logic – the insight that identity is constituted in and through otherness. Otherness can no longer be understood as an external relation in which a self-identified subject stands over and against the object only to find itself reflected there. Ibidem, p.21.

<sup>261</sup> The priority of interrelationship subverts the exclusive logic of identity; the other cannot be excluded from the internal processes of self-consciousness. (...) Hegel open us to the insight that the “substance” of all things is to be found in their interrelatedness (...). Cogitative self-reflection yields a knowledge of oneself as other, nonidentical, which in turn opens the self to the nearly suppressed mimetic capacity, the ability to identify with others through access to the other in oneself. (...)The ethical significance of the disjuncture between meaning and being reminds us that reconciliation cannot be imposed. Ibidem, p.24-25.

<sup>262</sup> Can we approach “diversity in unity” without thinking belonging together differently, or must we always fall back on as appeal to the whole, whether we call it Creativity or the Will? Ibidem, p.37.

relegação a uma *fenomenológica relação assimétrica* em que a *relação fluída e auto-integrante entre igualdade e diferença é banida*<sup>263</sup>.

Embora cientes do problema da identidade, da pluralidade e da diferença nem Adorno nem Derrida rejeitam totalmente o *ideal comunitário*, embora efetivamente se oponham a violência que a *ideia de comunidade* - rigidamente fechada e enclausurada - carrega, apontando como alternativa o desenvolvimento da *liberdade comunicativa na vida comunal*<sup>264</sup>. Assevera que a *mensagem ética* que Adorno e Derrida tentam elucidar é no sentido de relembrar *o cuidado que se deve ter em relação à diferença*, de forma que esta só possa ser vislumbrada além das *contradições e apropriações*<sup>265</sup>.

Um cuidado com a diferença que necessita do *impulso de generosidade* que se move para a *não-clausura*, de forma que este *cuidado com a diferença* se faça por uma generosidade que não tente entender o que é Outro como a si mesmo, ultrapassando assim o perigo da certeza, mas voltando-se para o *impulso generoso de se abrir para o Outro*, e para verdadeiramente o ouvir e arriscar a chance de se estar errado, um movimento ético<sup>266</sup>.

Ideal comunitário que clama por uma eticidade a qual Drucilla invoca na proposta ética da *Filosofia do Limite*, num projeto que se move por um desejo ético de *encenar a relação ética*, uma aspiração por um relacionamento não violento com o Outro e com a *alteridade* que assume a *responsabilidade de salvaguardar o Outro contra a apropriação* que poderia eliminar sua diferença e singularidade<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> (...) *the ideal of community participates in what Derrida calls the metaphysics of presence or Adorno calls the logic of identity, a metaphysics that denies difference. (...) multifarious ways in which community and convention can do violence to difference and particularity. (...) He warns us against both the violence of identity that presents the community as a self-contained unit of being and the relegation of the other to a phenomenological relation of asymmetry in which the dance of sameness and difference is denied.* Ibidem, p.38-40.

<sup>264</sup> (...) *they do not totally reject the aspiration to the ideal of community. Indeed, the space that they keep open for difference and particularity would itself not make any sense unless we are sensitive to the seriousness with which they take the ideal of community.* Sobre o ideal da liberdade comunicativa afirma: (...) *we can no longer assume actualization of communicative freedom in communal life.* Ibidem, p.40.

<sup>265</sup> *The ethical message in both Derrida and Adorno reminds us to care for difference, the difference we can only glimpse as beyond contradiction and appropriation.* Ibidem, p.57.

<sup>266</sup> *The care for difference needs a generosity that does not attempt to grasp what is other as one's own. The danger of nonclosure is that it turns against the generous impulse to open oneself up to the Other(...). The move to nonclosure, then, can and should be understood ethically. (...) the protection and care of difference is not carried out to the detriment of the possibility of mutual self-recognition, if understood in the sense of the recognition of phenomenological symmetry, but in its name.* Ibidem, p.57.

<sup>267</sup> (...) *the entire project of the philosophy of the limit is driven by an ethical desire to enact the ethical relation. Again, by the ethical relation I mean to indicate the aspiration to a nonviolent relationship to the Other, and to otherness more generally, that assumes responsibility to guard the Other against the appropriation that would deny her difference and singularity.* Ibidem, p.62.

Conforme afirma a autora, Derrida ao desenvolver sua pesquisa sobre as aporias, afirma um excesso de estabelecimento da realidade, como uma ausência que na verdade traz a tona a luz de novas possibilidades, que numa leitura específica do entendimento de Levinas sobre o infinito converge numa proposta ética<sup>268</sup>. É a partir de então que ela apresenta a *Ética da Desconstrução* como uma prática de leitura, uma significação de uma leitura ética que mesmo no trabalho de desconstrução, como prática de leitura, se faz com uma *promessa de alteridade*, mesmo que *alteridade falível*<sup>269</sup>. A ética praticada pela desconstrução leva a conclusão que a *prática da desconstrução pode ser interpretada como exercício de responsabilidade com os Outros*, um *exercício de alteridade*, numa *aspiração de uma relação de não violência*<sup>270</sup>.

A interpretação de Cornell em relação às teorias de Derrida e Levinas a fazem concluir que Derrida vê a teoria de Levinas como forma de preservar a relação ética, o que para ela sintetiza o *ético como uma necessidade assim como uma impossibilidade*, visto que a ética não pode ser totalmente evitada, mas podendo ser apenas *cumprida como uma aspiração*<sup>271</sup>. De forma que a *Filosofia do Limite* busca, exatamente a aspiração de promulgar a relação ética em que o Outro é reconhecido como *um alter-ego transcendental*, que faz com que o Eu se reconheça no mundo<sup>272</sup>.

Uma relação ética impossibilitada numa estrutura de gênero hierarquizada, em que a mulher é vista como Outro que reflete apenas um ego masculino, como um reflexo do Eu masculino, como o Outro do masculino, e não como um ser inteiro com seu próprio ego e seu próprio Eu<sup>273</sup>. Concebida como uma *configuração ética*, a questão da *diferença*

---

<sup>268</sup> *The reaching of aporia for Derrida is precisely what provides us with the golden opportunity. (...) Derrida does recognize the excess to established reality but only as the absence that brings us to mourning. And, as I have also indicated, depending on how we read Levinas' understanding of infinity, it is possible to bring Derrida and Levinas very close together. Ibidem, p.70.*

<sup>269</sup> *Even in this practice the very work of "deconstruction", as a practice of reading, embodies the promise (...) to be faithful to otherness. Deconstruction does not impose itself upon the text it reads. Ibidem, p.81*

<sup>270</sup> *The ethics of reading practiced by "deconstruction" commands us to heed "things" (...). We can now see how the very practice of deconstruction, conceived as a practice of reading, can be interpreted as an exercise of responsibility to otherness. Ibidem, p.82.*

<sup>271</sup> *(...) the ethical is a necessity as well as an impossibility – a necessity in that the remains(s) cannot totally be evaded even if they need not be heeded. (...) the ethical relation cannot be enacted in the sense of actualized but only adhered to as an aspiration. Ibidem, p.84.*

<sup>272</sup> *(...) the philosophy of the limit does aspire to enact the ethical relation. (...) The philosophy of the limit clearly guards the trace of otherness that resists assimilation and reduction to the selfsame (...). The phenomenon of respect supposes the respect of phenomenality. And ethics, phenomenology. (...) If the other were not recognized as a transcendental alter ego, it would be entirely in the world and not, as ego, the origin of the word. Ibidem, p.84-85.*

<sup>273</sup> *The psychological fantasy of Woman demands the denial of woman's phenomenological symmetry. That is why there can be no aspiration of the ethical relation within the gender hierarchy. Thus phenomenological*

*sexual* é crucial para a forma como se vislumbra a *promulgação de uma nova relação ética*, fiel à *assimetria ética inerente ao respeito pelo Outro como Outro*<sup>274</sup>.

Uma relação ética não limitada à procura de uma *simétrica fenomenológica* entre Eu e Outro, mas admitindo o reconhecimento de uma *estranha simetria fenomenológica*, em que nos tornamos iguais exatamente por sermos reconhecidos como diferentes *egos*<sup>275</sup>. Reconhecimento este que se dá numa *superação da projeção do Eu em relação ao Outro*, ou do *Homem em relação à Mulher*, superação que vai além de uma apropriação do Outro, que o contextualiza em relação ao Eu, mas que efetivamente, em respeito à singularidade e diferença, entenda o *Outro como um ego próprio*<sup>276</sup>.

Uma responsabilidade ética que não é escolha, mas uma *necessidade irremissível*, de forma que a Justiça, ou o Bem, ou *The Good*, constituam objeto de responsabilidade perante o Outro, se fazendo presente no reconhecimento e na aceitação das diferenças, preservadas como *ideal de Justiça no sistema jurídico*<sup>277</sup>. Um Bem, portanto, que está atrelado a uma relação ética que inclui a aspiração pelo próprio Bem e pela Justiça, transcendentalmente concebidos, ideal a ser seguido que mesmo não sendo pleno em sua concretude, visto que aporia da realidade do Direito, é buscado no exercício prático do Direito e da interpretação jurídica, tendo os princípios como faróis guia a conferirem sentido e a guiarem essa aspiração ética e o sistema jurídico.

De modo que a proposta ética da *Filosofia do Limite*, em sua máscara filosófica, revela uma reestruturação ligada a um ideal de Justiça e eticidade quase transcendental, que ultrapassam as fronteiras do Direito, mas que a seu ver revelam os limites de uma teoria jurídica que busque respeitar o Outro e as diferenças, e a reduzir a violência que o Direito carrega em si, auxiliado, na dimensão da realidade, pelos princípios jurídicos.

---

*symmetry demands the specific recognition of the symmetry of Woman as another being, ego, which ironically demands the dismantling of the conditions of ego-identity as understood within gender hierarchy. Ibidem, p.86.*

<sup>274</sup> (...) now figure as an ethical configuration, makes the question of sexual difference crucial to how we even dare to dream of the enactment of the ethical relation, even if we realize that its full enactment is impossible if we are to remain faithful to the ethical asymmetry that inheres in the respect for the Other as Other. Ibidem, p.170-171.

<sup>275</sup> (...) this respect for difference demands the recognition of a “strange” phenomenological symmetry. This “strange” phenomenological symmetry is that we are the same precisely in our difference as egos. Ibidem, p.171.

<sup>276</sup> (...) the need to recognize the strange phenomenological symmetry as crucial to the respect for the otherness of the Other as Other and particularly of the otherness of Woman, as irreducible to the relational other, to Man. Ibidem, p.172.

<sup>277</sup> Transcendence and Finitude in Drucilla Cornell’s Philosophy of the Limit. In: *Imagining Law on Drucilla Cornell*. Roger Berkowitz, 2008, p.14.

## 5. A RESPOSTA ÉTICA AO PROBLEMA JURÍDICO DA PLURALIDADE E DA DIFERENÇA

A proposta da *Filosofia do Limite* de Drucilla Cornell assume a importância da realização prática do Direito, de forma que a decisão judicial do *caso em concreto* é proferida em *particular singularidade*, em que se dá uma *constante atribuição de novos significados*, mediante o trabalho de construção e desconstrução dos sentidos do Direito, em que a Justiça se realiza, mesmo que momentaneamente, produziria um *ciclo contínuo de sentidos*, em *constante transformação*<sup>278</sup>.

No entanto, conforme ensina Aroso Linhares, o Direito deve dar aos casos, aos problemas jurídicos, um tratamento de *concretude pura* e não de *singularidade pura*, sob pena de se incorrer na *armadilha da singularidade*, uma armadilha que pode conduzir a uma *radicalização ou celebração incondicional da singularidade*<sup>279</sup>, abrindo portas ao *decisionismo e a discricionariedade, unilateralidade ou mesmo imparcialidade desagregadora*<sup>280</sup>.

Cornell, na sua proposta interpretativa, assume uma atribuição de sentidos que se diferenciariam apenas no tempo, e que por meio deste se mantêm em *constante transformação*, em ciclos constantes de atribuição de *novos sentidos*, trabalhada pelo desconstrutivismo<sup>281</sup>. Uma abertura interpretativa que, diante das mais diversas

---

<sup>278</sup> Drucilla Cornell chega a uma exigência de diferenciação paralela (...) trata-se muito claramente em confrontar a pretensão de auto-suficiência e auto-subsistência dos critérios-rules e o modo como esta legitima uma violência contra a singularidade (...) com a pretensão de universalidade dos princípios e pelo modo como esta é (ou deve ser) histórico-pragmaticamente assumida. (...). Decerto porque as exigências-compromissos que os distinguem vão ser experimentados na perspectiva de cada situação-problema. Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?. Aroso Linhares, 2012, p.420-421 – Nota 72.

<sup>279</sup> Um tratamento que não pode (nem deve) ficar prisioneiro de uma assimilação da pluralidade previamente decidida ou experimentada (e da violentação-domesticação do novum que todos os critérios, em termos mais ou menos drásticos, representam) ... como não pode (nem deve) diluir-se numa celebração incondicional desta singularidade ou do absoluto incomparável que a radicaliza. Que antes e em contrapartida deve converter (assimilar) tal singularidade numa experiência judicativa de concretização. Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?. José Manuel Aroso Linhares, 2012, p.420-421.

<sup>280</sup> Um caminho possível e que no entanto importará percorrer escapando à seletividade deliberada da proposta de Drucilla Cornell e aos trilhos que esta nos impõe – na unilateralidade, se não parcialidade, mais ou menos explicitamente desagregadora, da sua procura (...). Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi. Aroso Linhares, 2008, p.663.

<sup>281</sup> Sobre a Filosofia do Limite de Drucilla Cornell, Ana Gaudêncio assim expõe: (...) a interpretação jurídica também (...) como concretização prática incompleta de um sentido de direito que a transcende, axiológica e praticamente, porém necessária para realização concreta desse mesmo sentido, e assim como contínua

possibilidades de sentidos que as propostas desconstrutivistas oferecem, também refletem em um formato de decisão judicial que acaba por revelar uma perda de palpabilidade, de um mínimo grau de estabilização, e deste modo, a *perda de concretude*<sup>282</sup>.

Um modelo de decisão judicial como *voluntas*<sup>283</sup> que se insere por mobilizar um ideal ético e um respeito à *ética da diferença* como ideal para interpretação jurídica e para a constituição prática das decisões judiciais<sup>284</sup>. Conforme pontua em sua teoria a função judicial deverá pautar-se na afirmação, que para ser considerada correta ou boa exige que se obtenham os *efeitos* que melhor realizem esses *fins-objetivos*, permitindo uma *ampla autonomia ao julgador*<sup>285</sup>, de forma a afirmar que a *decisão-solução* é vinculada a uma *singularidade do caso*, que admite *soluções múltiplas e variáveis*<sup>286</sup>.

Conforme explicita Ana Margarida Gaudêncio, na teoria da *Filosofia do Limite* de Drucilla Cornell, o momento da decisão se faz *como intervalo entre a prescrição jurídica e a invocação de um estado de coisas ideal*, à luz de princípios, acabando por conduzir a um momento da decisão judicial como *momento de construção de um*

---

*dinâmica, transformação, de sentidos interpretados, e geradora de responsabilidade por tais sentidos*. O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Ana Margarida Gaudêncio, 2012, p.476.

<sup>282</sup> Conforme Aroso Linhares, implicação que gera os riscos de desconstruir a decisão concreta: *Desconstruir a decisão concreta (...) inscrevendo-a na organização diacrónica da archi-violence (...) é com efeito tematiza-la como voluntas de uma autoridade-potestas (institucionalmente pré-determinada)...e então assim descobri-la como manifestação iniludível de uma violência de conservação*. Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi. Aroso Linhares, 2008, p.620.

<sup>283</sup> Na proposta de Castanheira Neves as decisões judiciais se diferenciam em três formatos: a decisão jurídica como lógica aplicação normativo-subsuntiva, ou subsuntivo-dedutiva, tradicionalmente proposta pelo normativismo; a decisão como voluntas, a visar objetivos ou fins e efeitos por que se justifique numa circunstância estratégica, típica do funcionalismo; e a decisão judicativa, que com núcleo em um juízo, tem uma intencionalidade prática em sentido próprio e se baseia numa racionalidade prático-normativa, com referência a uma validade normativa, realizada problemático-concretamente com fundamento na normatividade dessa validade, mobilizada pelo jurisprudencialismo. In: O funcionalismo Jurídico: Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p. 205.

<sup>284</sup> (...) *um sentido de justiça indefinido e indeterminado, de realização sempre imperfeita pelo direito, porém rejeitando um sentido ilimitado de responsabilidade*. O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade : fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Ana Margarida Gaudêncio, 2012, p.476.

<sup>285</sup> Neste sentido a decisão (...) *afirma-se irredutivelmente uma voluntas, titulada, não uma anônima necessidade lógica (...) numa particular racionalidade que se traduz na opção entre soluções alternativas com vistas a um pressuposto fim ou objetivo em função dos efeitos verificais nas circunstâncias da decisão*. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema : modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.185.

<sup>286</sup> Sobre a teoria de Drucilla Cornell, Aroso Linhares assevera: *Partindo embora de um horizonte radicalmente distinto (comprometido com a ética da alteridade e com a desconstrução como filosofia) – e não deixando por isso de preservar com alguma ambiguidade os topoi da indeterminação e das diversas alternativas de resposta (...)*. Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?; José Manuel Aroso Linhares, 2012, p.420.



*princípio*, buscando conciliar o *apelo da Justiça* com a *temporalidade própria do Direito*, conduzindo à cristalização deste *momento concreto e irrepitível*, com a *construção de um princípio momentâneo de Justiça*, que se faz apenas como *resposta momentânea e singularizada*<sup>287</sup>.

Uma proposta que, no entanto, afirma a *importância do jurídico*<sup>288</sup> e a importância jurídica dos princípios, um posicionamento que enfatiza o entendimento destes como guia, ou *faróis guia*, e como forma de conciliar as relações opostas Eu-Outro, sem desrespeito às singularidades, para promover uma interação conciliada ao respeito, orientada na diversidade das possíveis interpretações geradas pelos diferentes<sup>289</sup>.

Uma concepção de princípios que, além disso, admite certo grau de estabilização, visto que serão mobilizados para na situação-problema orientar a prática de redução das violências e conciliação destas diferenças<sup>290</sup>, procurando superar a *tese da indeterminação* e assim, uma *estabilização representativa de sentidos*<sup>291</sup>, e deste modo, conferindo maior concreticidade, e não plenas transcendentalidade, a proposta de Cornell.

Neste ponto que as teorias de Drucilla Cornell e Castanheira Neves conversam, pois ambos reconhecem a importância do Direito e do jurídico e compartilham da

---

<sup>287</sup> (...) o momento da decisão como intervalo entre a prescrição jurídica e a invocação de um estado de coisas ideal à luz de princípios ou de uma concepção da moralidade. Tudo o que, numa tensão entre o apelo urgente de justiça e a ominitemporalidade do direito, haveria de determinar o momento da decisão judicial como um momento performativo de construção de um princípio - um paradoxal "princípio momentâneo" de justiça. Um rastro princípio de justiça englobando o passo performativo da interpretação à ação, entre a afirmação do critério e a efetivação da decisão, como o encontro com o Outro, e assim momento concreto e irrepitível, sendo a justiça resposta momentânea e fundada em princípios à generalidade concreta do Outro (...). O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Ana Margarida Gaudêncio, 2012, p.477.

<sup>288</sup> *Filosofia do Limite*, no entanto que, por outro lado, se preocupa em corresponder ao reconhecimento da indisponibilidade do jurídico (...). Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi. Aroso Linhares, 2008, p.663.

<sup>289</sup> *Each Other has her claim, and her claim must be addressed. All claims, however, cannot be vindicated even if they must be heard. We need legal principles that guide us through the maze of competing legal interpretations, precisely because all claims cannot be vindicated.* The Philosophy of the Limit, Drucilla Cornell, 1992, p.105.

<sup>290</sup> *Princípios que, não deixando de perturbar a pureza do encontro ético e de violentar a diacronia do jogo de significações (...) nos aparecem não obstante a orientar uma prática racional de redução da violência (e de respeito pelas diferenças). (...) princípios que - submetidos a uma mediação interpretativa específica - nos ensinam a reconhecer quais são as diferenças que (...) queremos ver consagradas pelo direito.* Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi; Aroso Linhares, 2008, p.658.

<sup>291</sup> (...) torna premente a necessidade dos princípios-guia no labirinto de interpretações jurídicas concorrentes (...). Aqui, os princípios não se confundiriam com rules, constituindo antes uma orientação, não determinando, no entanto, um caminho exato única a seguir (...) antes portanto as respostas incorretas para sua realização - procurando, assim, superar a indeterminacy thesis. O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade: fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância. Ana Gaudêncio, 2012, p.475

concepção de princípios como categoria que buscam a estabilização de sentidos, e não apenas como meras descrições ou abstrações generalizadas de uma racionalidade. Os princípios, assim, não refletem a realidade, mas a fundamentam, como guias norteadores.

Há que se notar que as concepções de Castanheira Neves e Drucilla Cornell também se inter-relacionam por enfatizarem a concretização prática dos princípios enaltecendo a auto-constituição e a dimensão prática destes, que se realizam no caso em concreto e são movimentados pelas práticas histórico-culturais, pois ambos os autores entendem os princípios como compromisso constitutivamente prático. No entanto, como os princípios na teoria de Drucilla Cornell são mobilizados para realização dos casos em concreto, sob a estrita observância e respeito à diferença, e por isso sob um comprometimento ético e com um ideal de Justiça, acaba por levar a *uma seletividade deliberada, em trilhos que levariam a uma unilateralidade, se não imparcialidade, mais ou menos explicitamente desagregadora*<sup>292</sup>.

E, deste modo, concepção combatida pela teoria jurisprudencialista, que entende que a perspectiva do Direito não é a *perspectiva da sociedade*, mas a *perspectiva do humano*<sup>293</sup>, de forma tal que o Direito *se propõe a constituir uma validade normativa* que dê ao humano o *sentido de sua prática*, estabelecendo, assim, uma concepção de Direito que só se apresenta autenticamente com a *instituição de uma validade* e não como *mero instrumento de racionalização e satisfação de interesses ou objetivos* específicos<sup>294</sup>.

O que, no limite da diferença entres estes dois teóricos, explicita que enquanto para Castanheira Neves a interpretação jurídica deve centrar-se no *prius* metodológico do caso jurídico em concreto<sup>295</sup>, em Drucilla Cornell estabelece-se a ética como *prius* metodológico para interpretação e decisão judicial. Isto porque na proposta da autora a

---

<sup>292</sup> Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de *Force de Loi*. Aroso Linhares, 2008, p.663.

<sup>293</sup> *A perspectiva do direito não é a perspectiva da sociedade, numa intencionalidade que se dirá estratégico-regulativamente macroscópico, mas a perspectiva do homem, de uma índole já microscópica em nuclear referencia às concretas controvérsias práticas e numa intencionalidade problemático-normativamente judicativa*. Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade. Castanheira Neves, 2009, p.26.

<sup>294</sup> *Com o que podemos concluir que o direito só o temos verdadeiramente, ou autenticamente como tal, com a instituição de uma validade e não como mero instrumento social de racionalização e satisfação de interesses ou de objetivos político-sociais*. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.190.

<sup>295</sup> *O primeiro ponto a atender será decerto o da compreensão e determinação do caso, como objeto decidindo e prius metodológico – o caso enquanto caso jurídico*. Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais. Castanheira Neves, 1993, p.159.

preocupação ética se direciona para a relação Eu-Outro, estabelecida no plano jurídico, e vê a ética como forma de alcançar a transcensão humana, como forma de se alcançar a Justiça, mesmo que momentaneamente, na prática das decisões judiciais.

O que, em termos jurisprudencialistas também não se admite, visto que o *conjunto de valores* que fundamentam o Direito, na proposta de Castanheira Neves, não resulta de um *ideal heteró-nomo relativamente à práxis*, mas do *conjunto das valorações essenciais que nessa práxis se vão formando e desenvolvendo*<sup>296</sup>. Assim, no plano da *práxis*, da realização do Direito, a condição-dimensão ética não pode ser instrumento que reflita, ou mobilize um ideal ou uma transcensão completamente externa a essa *práxis*, como o é o ideal de Justiça ou o ideal ético, o que acaba por distorcer o jurídico ou retirando deste sua autonomia, transformando-o em plano de realização de objetivos específicos de qualquer aspiração, que não jurídica.

O que não implica dizer que a teoria jurídica de Drucilla Cornell não possa ser um caminho que *mostra que não podemos (nem devemos) admitir que a autodisponibilidade que se espera do direito se confunda com a contingência precária de um consenso e com a aprendizagem (da multiplicidade) que este implica*<sup>297</sup>. E assim, uma concepção que defende um modelo jurídico que mantenha uma orientação e um compromisso ético, que pede que o aperfeiçoamento ético e respeito ao Outro e à diferença seja um compromisso na experiência de *auto-realização* do Direito, *uma auto-transcendentalidade prático-cultural do Direito*<sup>298</sup>.

Neste sentido, por trabalhar a plenitude e os sentidos do ser, pela preocupação do ser-pessoa, do ser no mundo, em abstração, e na ordem da validade e do sentido que o humano-pessoa representa no plano do Direito, agora um caminho que se cruza, uma conciliação entre as propostas. Um caminho que confirma que:

---

<sup>296</sup> *E isto com implicações essenciais na presente problematização: o conjunto de valores que hão-de fundamentar o direito, na proposta jurisprudencialista que Castanheira Neves nos oferece, não resulta de um ideal heteró-nomo relativamente à práxis, antes do conjunto das valorações essenciais que nessa práxis se vão formando e desenvolvendo.* Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p. 195.

<sup>297</sup> Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de *Force de Loi*. Aroso Linhares, 2008, p.662.

<sup>298</sup> (...) *perspectiva jurisprudencialista de Castanheira Neves reconhece na coexistência comunitária, ao referir que a dimensão fundamentante do direito, pressupondo uma contextualização comunitária, assenta numa axiológica “autotranscendência ou transcendentalidade prático-cultural”.* Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p. 194.

(...) só poderemos tematizar a autotranscendentalidade prático-cultural que distingue o direito se nos voltarmos para o interior: mergulhando no continuum de constituição-manifestação-realização que corresponde à experiência dos princípios e descobrindo nestes (e nos compromissos práticos que o traduzem) estabilizações normativas histórico-problematicamente abertas de projetos de ser (e de plenitude de ser) <sup>299</sup>.

Um caminho que traz a tona a busca pelos sentidos jurídicos atribuídos que afirma a importância do jurídico, e que tem na resposta ética forma de dirimir as relações humanas e a humano-convivência e a busca pela integração. O que no plano do Jurisprudencialismo se mostra palpável, pois embora discorde da instrumentalização e da mobilização ética como um fim objetivável ou exterior ao jurídico, entende que no plano do sentido, na ordem da validade, o Direito carrega em si uma dimensão ética que é também uma condição do Direito, mas uma validade movimentada pela prática e pelo momento histórico que a condiciona, refletida em princípios jurídicos, histórico-culturalmente situados, na concreticidade da práxis que os movimenta.

Um movimento que não se mostra tão fugaz, ou mesmo impalpável, como a singularidade absoluta da proposta de Drucilla Cornell, mas que também não se mostra rigidamente fechado, em absolutismo de conceitos e valores, fundamentos e dogmas, que não permita ao Direito se movimentar nesta dinâmica abstração-prática, nesta orbita de circularidade, para que assim, por meio de uma reflexão crítica interna, do próprio Direito, também se atribua novos sentidos ao Direito.

Novos sentidos que pautados numa dimensão ético-constitutiva do Direito, teria na expressão da ética, da ética da diferença, ou de respeito à diferença, uma nova perspectiva. Uma resposta que se faz num momento em que urge o problema da pluralidade e da diferença, em que este se faz presente e que clama pela integração, uma integração que uma resposta ética pode oferecer.

### **5.1. Reflexões críticas a respeito dos novos sentidos do Direito**

O Direito, partindo de uma pressuposição do Jurisprudencialismo, se vê envolto numa circularidade constitutiva entre o *sentido do Direito* - e com ele o *horizonte da pressuposição da validade*, e o *universo do mundo prático* - no horizonte da *realização desse sentido*, em referência a uma *pressuposição de validade* vinculada a uma *experiência*

---

<sup>299</sup> Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de *Force de Loi*. Aroso Linhares, 2008, p.662

de realização a práxis que a consuma, numa circularidade constitutiva e num pensar em círculo<sup>300</sup>.

Situação que se vê refletida no *problema do mundo prático*, na *experiência do tempo e do pensamento que a este considera*, que traz um *horizonte dos sentidos culturais* que serão mobilizados e construídos na prática, por uma prática que se revela ao realizar-se neste *horizonte ilimitado e aberto*<sup>301</sup>. *Praxis que é nuclearmente energia*, estabelecendo uma aproximação indissociável e constitutiva com *as coisas que mudam*, expondo também sua *indissociabilidade com as ações e juízos em que se consuma*, revelando-se intencionalmente *ao assumir-realizar esse mundo e ao experimentar-construir este como um contexto correlato plausível*<sup>302</sup>.

Interpretações do mundo prático, que destacam as tensões ou a dinâmicas que lhe correspondem e, deste modo, demarcam a não admissão de uma juridicidade que seja constituída na perspectiva destas *representações globais do mundo prático*, como *uma assimilação aproblemática dos pressupostos, códigos e categorias*, e deste modo uma compreensão puramente teórica.<sup>303</sup>

---

<sup>300</sup> *As breves reflexões que se seguem concentram-nos numa das exigências capitais do discurso jurisprudencialista ou do caminhar-procura com que este nos responsabiliza (...). Refiro-me à pressuposição de uma validade trans-subjectiva... ou mais rigorosamente à exigência de vincular esta pressuposição (e o seu compromisso material) a uma experiência de realização e à praxis que a consuma (...) trata-se com efeito de considerar a circularidade constitutiva que além do modus operandi de uma simples dialéctica entre duas dimensões ou dois interlocutores irreduzíveis — alimenta (prático-culturalmente) esta exigência: uma circularidade que há-de estar em condições de assumir a validade em causa responsabilizando-a (simultânea e incindivelmente) como um contexto-horizonte de sentido (normativamente condutor) e como um correlato (permanentemente reconstruído ou reinventado) de uma praxis de realização. Jurisprudencialismo: Uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? Aroso Linhares, 2012, p. 110-111.*

<sup>301</sup> *Problema que é evidentemente o do mundo prático na experiência do tempo e (ou) indissociavelmente (ou mesmo circularmente) o do pensamento que o leva a sério. Validade comunitária e contextos de realização: Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. Aroso Linhares, 2012, p. 12.*

<sup>302</sup> *O problema do mundo prático, entenda-se, o do horizonte dos sentidos culturais mobilizado e construído pela praxis... por uma praxis que, sendo nuclearmente energia — porque estabelece um parentesco constitutivo com as coisas que mudam... mas sobretudo porque se nos expõe indissociável das ações e dos juízos em que se consuma —, só se nos revela intencionalmente (só se especifica como interação humanamente significativa) ao assumir-realizar esse horizonte ou o contexto-ordinans que lhe corresponde — um contexto assim mesmo inevitavelmente limitado e aberto, disponível e indisponível (ou com diversos degraus de autodisponibilidade). Ibidem, p. 12.*

<sup>303</sup> (...) reconhecer que a exigência de enfrentar hoje o problema do direito e de o enfrentar interrogando a sua procura (...) não pode cumprir-se se nos contivermos neste patamar, entenda-se, se cedermos à tentação de admitir que o testemunho da juridicidade de que hoje precisamos possa (ou deva) construir-se na perspectiva destas «representações» globais do mundo prático (e da sua autotranscendentalidade) e como uma assimilação aproblemática (...) dos pressupostos, códigos e categorias que estas mobilizam (...) — e isto quer se trate de privilegiar (escolher) um destes caminhos (...), quer se trate de partir das suas convergências (...) para recriar um grande horizonte comum (ou um grande contexto auto-reflexivo e o consenso que o ilumina). Ibidem, p. 17

Tensões que consideram este problema mediante o *desafio de um pensamento integral e problemático*, um pensamento que se dê de forma a possibilitar ser este um discurso e dinâmica de pensamento, *continuidade de ser orientação e resolução*<sup>304</sup>. E que deste modo, invocando a necessidade de um *pensamento problemático*, acolhe a concreticidade prática da *situação-problema* sem a diluir no *processo reflexivo*<sup>305</sup>, numa compreensão do *modo fundamental ou originário do ser-com-os-outros*, um processo que se faz no *logos dialético* estabelecido como *vínculo originário* com a reflexão da *controvérsia problemática*, num *discurso do mundo-da-vida*<sup>306</sup>.

Pontos que permitem o reconhecimento da necessidade em se retomar o curso da *autonomização da praxis*, aberto pela *secularização aristotélica* e interrompido pelo *ciclo moderno iluminista*, de forma a se reconhecer que se este interrompeu o curso principal dessa *autonomização*, hoje urge a possibilidade de o retomar, recusando-se o *predomínio do teórico*<sup>307</sup>, de forma a refletir na *superção desta tradição iluminista* sem implicar na volta à *teleologia* que sustenta a *tradição aristotélica*<sup>308</sup>.

Uma situação que expõe uma tensão presente no *contraponto pressuposição dogmática versus autorreflexão crítica*, que trás a tona os desafios a se superar ao se assumir *novos sentidos jurídicos*, clarificando que a *intenção das pretensões normativas*, bem como a *intenção da estabilidade institucionalizadora*, se fazem em meio a uma

---

<sup>304</sup> *Tratando-se por outro lado de insistir no desafio de um pensamento integral e autossubsistente problemático... ou se quisermos na oportunidade (...) de o levar a sério. Que desafio? O de um discurso que, oferecendo-se-nos como teia-contraponto e como dinâmica de logoi, possa não obstante continuar a orientar-nos (...) como resolução antecipante.* Jurisprudencialismo: Uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? Aroso Linhares, 2012, p.129.

<sup>305</sup> *Por outras palavras (...), o de um pensamento que esteja em condições de acolher a situação-problema sem a diluir no processo reflexivo ou deliberativo (...) antes exigindo que esta (...) o atinja como prius metódico ou perspectiva-visée de uma analítica plena (de uma analítica que se quer e se diz quase sempre interpretação existencial).* Ibidem, p.129.

<sup>306</sup> *Mas então um discurso que se nos ofereça como teia-contraponto e como dinâmica de logoi sem deixar de nos ferir como resolução antecipante (...) na mesma medida em que exige a analítica plena (e eventualmente também a interpretação existencial) que, ao convocar esta resolução, possa explícita ou implicitamente experimentar a compreensão como o «modo fundamental» ou originário (...) do ser-com-os-outros. O que não é senão invocar o logos dialético no seu vínculo originário (...) com a controvérsia... e então e assim reconhecer que a reflexão correspondente (...) nos atinge como o discurso por excelência do mundo-da-vida (...).Validade comunitária e contextos de realização: Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema.* Aroso Linhares, 2012, p.13.

<sup>307</sup> (...) *nos permitir reconhecer que, se o ciclo moderno-iluminista interrompeu (...) o curso principal de autonomização da praxis-pratein aberto pela «secularização» aristotélica, a possibilidade-urgência de retomar esse curso (...) cumpre-se hoje (...) como uma oportunidade única de desafiar-recusar o predomínio do teórico.* Ibidem, p.13.

<sup>308</sup> (...) *e de assim nos expor a um pensamento de “imanência constitutiva”. O que sem qualquer paradoxo significa superar a tradição galilaica... sem ter que voltar à tradição aristotélica (ou à “teleologia virtualmente necessária” que a sustenta).* Jurisprudencialismo: Uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? Aroso Linhares, 2012, p. 130.

*relação marcada pela urgência prática* e simultânea em se assumir os sentidos e os novos sentidos que manifestam<sup>309</sup>. Conduzindo à consideração do sentido do Direito, e do seu sentido hoje, num *mundo globalizado e plural* consumido pelas possibilidades de estabilizações<sup>310</sup>.

Relação que hoje passa por uma *dinâmica de transformação* e pela exigência de responsabilizar tais pretensões em causa à *experiência de pensamento que reflexivamente as intensifica*, pela procura de um *sentido crítico* ou *institucionalização* de uma *instância de validade*<sup>311</sup>. *Tensão entre teias argumentativas* marcada pela invocação da *condição de uma normatividade crítica*, que se vincula a experiência de uma *normatividade autônoma*, possibilidade de reconhecer e de identificar a *especificidade prático-cultural*, às exigências e aprovações de um discurso crítico<sup>312</sup>.

O que faz crer que se intencione o *enfraquecimento da normatividade pressuposta*, sendo, no entanto, sua intenção oposta, já que busca sustentar a *inteligibilidade dogmática* e a *validade* correspondente a esta *normatividade*<sup>313</sup>. Condição que faz depender a *força integradora* e a *identidade vinculante* à possibilidade de se

---

<sup>309</sup> *Acentua a intenção transaccional das pretensões normativas e a estabilidade institucionalizadora dos seus Dogmata e da argumentação finita que estes constroem - numa relação constitutiva imediata com a urgência prática das decisões, reconhecendo simultaneamente que a possibilidade de identificar em pleno tais pretensões normativas e de assumir os sentidos que estas manifestam (ou os compromissos ou projectos-de-Ser a que nos vinculam)(...)*. Validade comunitária e contextos de realização: Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. Aroso Linhares, 2012, p.05.

<sup>310</sup> *Esta pergunta, mote do nosso encontro, de imediato nos conduz à consideração do sentido do direito, e do seu sentido hoje, num mundo globalizado e plural em que a voragem do tempo consome, paradoxalmente, a possibilidade de sedimentação, no tempo, das essenciais valorações agregadoras daquele mesmo sentido. O que leva a perguntar, de novo, por esse sentido, hoje.* Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p.175.

<sup>311</sup> (...) *passa hoje inevitavelmente por uma argumentação aberta e pela dinâmica de transformação em que esta se inscreve - eventualmente pela exigência de responsabilizar as pretensões em causa (ou pelo menos a experiência de pensamento que reflexivamente as intensifica) pela procura (...) de um sentido crítico (se não mesmo pela institucionalização de uma instância de validade)*. Validade comunitária e contextos de realização: Anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. Aroso Linhares, 2012, p.05.

<sup>312</sup> (...) *esta tensão entre teias argumentativas fechadas e abertas, finitas e infinitas, estáveis e flexíveis está longe decerto já de poder corresponder ao contraponto dogmático/zetético. Outro é o sentido que distingue esta tensão (...) ao invocar a condição (aparentemente «paradoxal») de uma normatividade crítica. Que condição? Aquela que vincula a experiência de uma normatividade autônoma - e a possibilidade de reconhecer-identificar a especificidade prático-cultural da sua auctoritas - à provação-exigência de um discurso crítico - e à auto-suspensão que este institucionaliza.* Ibidem, p.05-06.

<sup>313</sup> *Condição só aparentemente paradoxal decerto, porque o que aqui se pede a um tal discurso e a uma tal suspensão não é evidentemente que enfraqueçam (...) a normatividade pressuposta: é antes, e em contrapartida, que a sustentem ou mantenham na sua inteligibilidade dogmática ou na validade que lhe corresponde.* Ibidem, p.06.

considerar os *referentes valorativos*, e os *compromissos práticos* que o distinguem, de uma *exigência de interrogação radical*<sup>314</sup>.

Acentuação que ao associar a *inevitabilidade de uma condição de normatividade crítica* à necessidade e a urgência de ser reconhecida e expressa, permite *superar o seu aparente paradoxo* ao mostrar que o problema em causa é o *problema dos valores e dos princípios* num tempo de *exaltação das finalidades*, o problema que uma *ordem de validade* enfrenta ao pretender se assumir enquanto tal, ficando, deste modo, exposta ao extremo da *diferenciação radical*, à *indiferença sem finalidade* e ao *relativismo*<sup>315</sup>.

Circunstância que insiste em submeter a normatividade a uma *assimilação homogeneizadora*, o que leva ao reconhecimento da *inevitabilidade de uma perspectiva crítica interna* e da *resistência e reação a esta homogeneização*, na mesma medida em que também assume uma *autorreflexão explícita*, incorporada na *práxis*, que se mostra em condições de lidar com *estes limites e ameaças*<sup>316</sup>.

Preocupações e problemas que interpelam algumas problematizações que se fazem necessárias para reconhecer a exigência de enfrentar hoje *o problema do Direito* e de o enfrentar *interrogando a sua procura, discutindo a plausibilidade e pontualidade*, e até mesmo a *urgência prático-culturais* das suas soluções<sup>317</sup>.

E que assim faz com que o Direito se realize interpelado por uma *dinâmica de constante transformação* que o torna possível e sustenta, em recomeço permanente, na

---

<sup>314</sup> Se quisermos (...), aquela condição que faz depender a força integradora e a identidade vinculante de um horizonte normativo - a possibilidade de levarmos a sério os referentes valorativos e os compromissos práticos (mas também as pretensões-juízos de validade) que o distinguem - de uma exigência de interrogação radical (...). Ibidem, p.06.

<sup>315</sup> Acentuação esta última que, ao associar a inevitabilidade de uma condição de normatividade crítica (...) à nossa circunstância (e à sua hora de abalo), nos permite simultaneamente superar o seu paradoxo (ou a sua aparência de paradoxo). Mostrando-nos que o problema que está em causa é antes de mais o dos valores (e dos princípios) num tempo de fins: entenda-se, o problema que uma ordem de validade enfrenta (ao pretender assumir-se qua tale) numa circunstância que, sendo marcada por uma representação-experiência de fins-interesses pretensamente equivalentes ou comensuráveis (...), não é menos implacavelmente exposta aos fluxos extremos da diferenciação radical e da indiferença hipertélica (e ao relativismo em que, não obstante as suas polaridades contrárias, estes confluem). Ibidem, p.06-07

<sup>316</sup> O problema dos valores numa circunstância que insiste em submeter a normatividade a uma assimilação homogeneizadora? Importa dizê-lo. (...) para reconhecer a inevitabilidade de uma perspectiva crítica interna: uma perspectiva que, para resistir (e reagir!) àquela homogeneização detersiva (para defender concludentemente que os «valores» não são «preferências»), há-de desenvolver-se sempre no limite - sob o fogo de ameaças permanentes! -, na mesma medida em que assume uma auto-reflexão explícita (incorporada na praxis normativamente relevante)... - uma auto-reflexão que se mostre assim em condições de tematizar aqueles limites e estas ameaças. Ibidem, p.07.

<sup>317</sup> (...) reconhecer que a exigência de enfrentar hoje o problema do direito e de o enfrentar interrogando a sua procura - discutindo a plausibilidade-«pontualidade» (se não urgência) prático-culturais da demarcação humano/inumano que a sua praxis (deacontecimentos-decisões-interpelações) está em condições de autonomizar (...). Ibidem, p.16



medida em que constrói uma *perspectiva institucionalmente inconfundível*, numa *unidade intencional* eminentemente jurídica, própria do Direito<sup>318</sup>. Dinâmica que traz a tona o *desafio e a crise hoje existentes, uma hora de abalo*, enquanto *representação-experiência de uma circunstância prático-cultural irrepitível*, que demonstra a *crise de uma certa ideia da Europa e da civilização de Direito* que esta constitui<sup>319</sup>.

O que demonstra que nestes momentos de *perda contextual de sentido das referências* até então regulativas o *paradigma esgotou-se*, de forma que *um novo paradigma se exige*, solicitando a *consumação histórico-social de um novo sistema*<sup>320</sup>. *Sistema e paradigmas que não se fazem nas estruturas, mas sim no sentido*, visto que a *estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta*, de modo que esta crise *só poderá ser superada por uma crítica, por uma reflexão refundadora de um novo sentido*, ou de novos sentidos, de Direito<sup>321</sup>.

Reflexões sobre esta *hora de abalo* que se refletirão na busca pelo reconhecimento do Direito, em seu *autêntico sentido*, no sentido do Direito e ao próprio *problema do Direito*<sup>322</sup>. Crise de Direito que nessa movimentação crítica se vê hoje imersa em preocupações relacionadas tanto ao *mundo prático* quanto as associadas, nessa *órbita*

---

<sup>318</sup> *É com este alcance - para exprimir uma certa unidade intencional de determinantes e determinados e a textura de relações recíprocas que a torna possível (e que assegura um recomeço permanente... na mesma medida em que constrói uma perspectiva institucionalmente inconfundível!) (...).Jurisprudencialismo: Uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença? Aroso Linhares, 2012, p. 113.*

<sup>319</sup> *Como um desafio... e como um desafio situado. Um desafio que só estaremos em condições de invocar (...) vivendo-experimentando o pathos de “perdição” e de “autocriação” de uma hora de “abalo”. E que hora de “abalo” (enquanto representação-experiência de uma circunstância prático-cultural irrepitível) senão aquela em que nos reconhecemos feridos pela crise de uma certa ideia da Europa e da civilização de direito que esta construiu...se não já também “comovidos” pelas possibilidades-promessas de uma pós-filosofia a e de um pós-direito? Ibidem, p.115.*

<sup>320</sup> *(...) a crise não traduz apenas o negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas sobretudo a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas – o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.162.*

<sup>321</sup> *Conforme Castanheira Neves o essencial dos sistemas e dos paradigmas não está na estrutura, mas no sentido: a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta. Daí também que uma crise só possa ser superada por uma crítica, i, é, por uma reflexão refundadora de um novo sentido. Ibidem, p.163*

<sup>322</sup> *Assevera Aroso Linhares sobre esta hora de abalo (...) o propósito que o orienta não é o de reflectir globalmente (como que em aberto) sobre o Bildungsweg que a nossa hora de «abalo»-Erschütterung exige do jurista... e sobre o papel constitutivo indispensável que nessa formação deverá desempenhar uma interpelação metadogmática ou transdogmática radical (capaz de reconhecer no direito um autêntico «problema de sentido»). O Direito Como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.03.*

de circularidade, ao problema do Direito, e assim ao sentido e a validade que este constitui, assumindo, assim, especial relevo, a condição-dimensão ética que o sustenta<sup>323</sup>.

## 5.2. A resposta ética ao problema da pluralidade e da diferença

O problema da pluralidade e da diferença, um problema de importância tanto intelectual quanto no plano da realidade humana, um problema intimamente ligado ao problema do Direito hoje, o próprio Direito como problema, sobre a perda de paradigmas e a subsistência ainda possível do sentido e-ou de novos sentidos que possam lhe ser atribuídos<sup>324</sup>.

Problema que leva a busca por novos horizontes, novos sentidos, fazendo surgir os desafios que se cumprem enfrentando tanto a *dimensão intencional* quanto a *dimensão da realização*, da *validade à práxis*, numa circularidade do *pensar em círculo*, que na busca pela sustentação deste movimento também se fazem na tentativa de exprimir uma *unidade intencional*, que não admite nem uma conformação *puramente abstrata*, nem uma análise *aprobemática*<sup>325</sup>.

Um questionamento a respeito dos novos horizontes jurídicos que traz a tona o debate ético, visto que a relação ética permeia as condições para que estes novos horizontes jurídicos surjam. E que, então, se volta à análise do humano, e das suas condições de inter-relação, de interação inter-subjetiva, que explicita a relação Eu-Outro, e deste modo, a própria relação ética, a relação abstratamente intencionada entre os humanos-pessoas, que se relacionam. Situação abstratamente pensada, que ressalta a

---

<sup>323</sup> (...) nesta interpelação crítica (...) - sem prejuízo da diversidade com que se nos ofereçam e das conclusões negativas a que eventualmente conduzam - está longe de deixar imune a perspectiva interrogante, já que antes e em contrapartida a liberta da pretensão de neutralidade que ameaçava esvaziá-la para a submeter a uma especificação-experimentação decisiva. Como se ao fim e ao cabo se tratasse de reconhecer a circularidade (...) das duas tematizações em causa — a do problema originário do direito (e do seu mundo prático) e a da reflexividade filosófica que o interroga —, não decerto para remeter a última (e o seu patamar transdogmático) para um indiscriminado horizonte global (...). Ibidem, p.07.

<sup>324</sup> Conforme pontua Aroso Linhares: *aquele que os torne indissociáveis do problema do direito e deste enquanto problema de sentido? Podemos dizê-lo. Antecipando desde já que o problema a ter em conta neste juízo de relevância é decerto aquele que, independentemente das respostas que lhe vierem a ser dadas, se nos impõe quando discutimos a possibilidade e a urgência de, num tempo de pós-paradigma ou de ausência de paradigma como é o nosso — ferido precisamente pela diferença e pela pluralidade, mas nem por isso menos dominado pela presença positiva e negativa do paradigma perdido (e que é evidentemente aquele que o normativismo moderno-iluminista consagrou!).* Ibidem, p.06.

<sup>325</sup> Ver notas 300 a 305.

importância do cunho ético desta inter-relação ética, comunitária e jurídica a ser aplicada na realização prático-cultural, de determinado contexto histórico.

Para análise dessa convivência humana, dessa inter-relação que também será uma inter-relação comunitária, o humano precisa, primeiramente, voltar-se a si, pois é *por meio da individualidade que o encontro do homem consigo próprio é possível, visto que fora de si não encontra apoios naturais e sente nítido o vazio e a opressão*<sup>326</sup>. Ao voltar-se à *compreensão de si estará salvo*, pois assim encontrará a *dimensão de transcendência* que, *abrindo-se ao ser e ao valor, simultaneamente o abre à comunicação com o outro*, e só assim possibilita a *convivência ética*<sup>327</sup>.

Compreensão do humano de si próprio que direcionado ao Direito leva ao questionamento sobre os valores e fundamento que este revela, de forma a tornar inevitável que *o problema do Direito passe pelo problema do ser*, pela análise abstrata e também com projeção prática, daquilo que o ser humano, o ser-pessoa, entende de si mesmo, do Outro e da sua relação com o Outro<sup>328</sup>.

O que leva ao questionamento, primeiramente a respeito da *pergunta do ser*, se o ser pressupõe e só se faz acessível pelo problema do ser, se só pode ser interrogado por quem leva em si o *poder-diferenciar* próprio da realidade humana<sup>329</sup>. Assim, o ser desta realidade se manifesta neste transcender em *compreensão do ser*, numa *diferenciação fática* que o faz na recusa de identificar-se com um *sujeito ideal, idealizado na imaginação*, visto que o ser não é um objeto, um *modelo construído*, nem mesmo uma *realidade empírica*, mas *realidade humana, enquanto existência*<sup>330</sup>. Um ser que se reconhece nessa diferença, como ser autônomo em sua autêntica singularidade, mas

---

<sup>326</sup> *É pela individualidade que o encontro do homem consigo próprio é possível: fora de si não encontra já os apoios naturais e sente nítido ou o vazio ou a opressão – só pode assim voltar-se a si mesmo.* O papel do jurista em nosso tempo. In: Digesta Vol. I. Castanheira Neves, 2010, p.33.

<sup>327</sup> *Sendo certo que é pela massificação funcional e política que mais do que nunca lhe é possível também vir ao total esquecimento de si. Mas volte-se ele à compreensão de si próprio e estará salvo. (...) porque assim encontrará aquela sua dimensão de transcendência que, abrindo-se ao Ser e ao Valor, simultaneamente o abre à comunicação com o outro, seu semelhante, nas relações do bem e do mal – i. é, porque só assim se possibilita a convivência ética.* Ibidem, p.33-34.

<sup>328</sup> (...) *da compreensão pelo homem de si próprio, que do seu ser assumido seremos encaminhados fundadamente ao direito. Simplesmente não podemos avançar sem ter passado de algum modo pelo problema do Ser.* Ibidem, p.34.

<sup>329</sup> *Se o ser pressupõe e só se faz acessível através do problema do ser, através da pergunta que interroga por ele, essa pergunta só a pode fazer quem (e o Ser só pode manifestar-se a quem) leva em si o poder-diferenciar, a diferença ontológica. Ora, essa mesma diferença é própria da realidade humana (o homem), já que o ser desta realidade se manifesta justamente num transcender em compreensão do ser.* Ibidem, p.34.

<sup>330</sup> *Só, portanto, aí aquela diferença se faz fática. Factum que, se recusa identificar-se com um sujeito ideal, ideado na imaginação (...). Não é um modelo construído, nem uma realidade empírica: é a realidade humana enquanto Existência (Ec-sistência)(...).* Ibidem, p.34

situado no mundo e na existência neste mundo, e por isso na humano-convivência, *um ser que está na compreensão deste próprio ser a partir do transcender-se no seu ser-no-mundo*<sup>331</sup>.

Condição que decorre do *fato da existência*, que embora conecta com a *unidade do Ser* também ao *transcender-se* vem a *constituir e a fundar o mundo*, dando sentido a este, de forma que neste seu próprio *modo-de-ser a existência se revela configuradora do mundo*, configurando-o na medida em que imprime nele uma *compreensão antecipante que lhe dá sentido*, fazendo assim nascer a *fundamentação que dirige ao mundo, transcendendo-o*<sup>332</sup>.

Nesta *consonância entre o Ser e o Sentido*, chega-se ao problema axiológico da *referência valorativa do sujeito*, visto que enquanto a este é concedido valor, *não poderá nunca ser tido como mero objeto*<sup>333</sup>. Situação que leva a um *dualismo lógico* em que o todo, o *Ser irreduzível*, é insuscetível de *identificar-se como mero Sujeito*, fazendo com que o Ser seja a *unidade do ser-humano e o mundo*, ou seja, Sujeito e o Objeto, mas nunca mero sujeito, nem mesmo mero objeto<sup>334</sup>. Assim, nesse *projeto de ser*, o ser humano assume sua axiologia para então conceber *o valor como o projeto de ser* que o humano assume, *porque ele mesmo é essa projeção de ser, possibilidade e fundamento*<sup>335</sup>.

---

<sup>331</sup> (...) *pretende-se agora referir um ser que é aí na compreensão deste ser como seu, compreensão que ele compreende num radical poder-ser (ele é em cada caso a sua possibilidade) a partir da do transcender-se no ser-no-mundo*. Ibidem, p.34

<sup>332</sup> (...) *se a Existência está, por um lado, em unidade com o Ser, por outro lado, só o transcender-se ela na ipseidade vem a constituir-se a fundar-se o mundo, uma vez que só graças a esse seu transcender o mundo adquire seu sentido de mundo. Ora, assim, se no seu próprio modo de ser a Existência se revela configuradora do mundo, configura-o, também, na medida em que vai nela uma compreensão antecipante que lhe dá sentido, aquele sentido que se funda naquele seu designio de fundamentação com que se dirige ao mundo, transcendendo-o. Quer dizer, é este transcender para o mundo, que é a própria liberdade, o que faz com que emerja um mundo e reine um sentido no mundo*. Ibidem, p.34-35.

<sup>333</sup> *Nesta mesma base ontológica se terá de entender, por último, o próprio problema axiológico, e a relação entre o ser e o dever-ser (valor). Se é válida a pretensão de referir valor ao ser, é de todo inaceitável referir-lo a um ser concebido como objeto em que o valor seria um conteúdo potencial oposto ao sujeito (...)*. Ibidem, p.35-36.

<sup>334</sup> *Parte-se aí de um dualismo lógico (dualismo afirmado em termos de oposição ou contradição lógica) (...) também o ser viria a ser compreendido pelo modus (...) do objeto*. Ibidem, p. 36. *Mas este todo, o englobante (...), que justamente é o Ser, pode dizer-se já hoje compreendido graças ao reconhecimento nele do ser humano – tão irreduzível ao objeto quanto insuscetível de identificar-se com o mero sujeito de atitude gnoseológica, já que é ele aquele subsistente transcender que não importa saber se melhor designado por espírito ou por existência. Na verdade o todo do Ser é a unidade do ser-homem e o mundo – e é aí que o sujeito e o objeto se revelam ambos no seio do ser*. Ibidem, p.37.

<sup>335</sup> *Isto porque a intenção axiológica ou a posição de validade (e valor) mais não é do que a manifestação do superar-se o homem a si mesmo ao transcender o existente mundano pelo projeto do seu próprio ser. O valor é o projeto do ser que o homem assume, porque ele mesmo é essa projeção de ser – possibilidade e fundamento*. Ibidem, p.38

Para com isso, considerando o ser, sua transcensão, seu valor na constituição daquilo que o humano efetivamente é, como o ser-pessoa, pessoa-universo, uma *totalidade de sentido e valor*, que revela ao humano sua *dignidade inalienável*<sup>336</sup>. Um ser de *essência e intenções éticas*, chamado ao *poder-dever de sua realização axiológica*, num pressuposto de um mundo em que o *ético tenha sentido*, em que o *axiológico seja momento constitutivo*, para assim se assumir numa *comunidade de pessoas*.<sup>337</sup> Uma comunidade em que o Eu postula *exigências éticas* ao Outro, e, igualmente, o Outro as postula ao Eu, numa *convivência responsável*, em que estes *participam comunitariamente* constituindo, assim, uma *comunidade ética*, uma comunidade que vai se constituindo em *comunhão axiológica*, e por isso é prioridade da *ordem de fundamentação*<sup>338</sup>.

Intenções ético-comunitárias das pessoas que assumem uma *ideia totalizante*, a *ideia de Direito*, concebido como *intenção e dimensão da própria pessoa*, pois *intencionalidade que a pessoa, situada axiologicamente na realidade da convivência ética, assume ao transcender-se numa intenção comunitária, condição real da existência da pessoa enquanto pessoa*<sup>339</sup>.

De forma que o pressuposto fundamental do humano-pessoa enquanto *antropologia axiológica*, que assume um novo sentido da prática e justifica uma *perspectiva microscópica de interpelação do Direito*, *ultrapassa a esfera macroscópica* da sociedade-comunidade, *superando esta perspectiva* para adentrar-se, também, na *imanência microscópica* do humano, enquanto ser humano-pessoa<sup>340</sup>.

---

<sup>336</sup> (...) se no seu transcender espiritual o homem totaliza na existência o ser e o valor, e se a si mesmo se assume nessa totalização, o que é ele afinal? A resposta é irrecusável: é pessoa. Por um lado revela-se nele aquela unitária posse de si e aquele todo que são as notas formais da pessoa. (...) Mas, isso que justamente revela no homem a pessoa e do mesmo passo impõe o fundamento a se dá sua dignidade inalienável, é o que toca para nós no ponto fundamental. Ibidem, p.38.

<sup>337</sup> Pois sendo o homem, enquanto pessoa, esse ser de essência e intenções éticas, ele é decerto chamado ao poder e ao dever da sua realização axiológica. Ora essa realização leva pressuposto um mundo em que o ético tenha sentido, i é, um mundo de que o axiológico seja momento constitutivo (...). E é agora claro: esse mundo só pode ser uma comunidade de pessoas (...). Ibidem, p.38.

<sup>338</sup> Com efeito, se é legítimo fundar-me no valor de que estou revestido como pessoa para dirigir aos outros exigências éticas, é isso possível porque os outros participam comigo, também como pessoas, numa comunidade ética e nessa participação se responsabilizam perante mim (e eu perante eles). (...) A comunidade é, pois, aqui o prius da ordem de fundamentação (...). A comunidade, pois, daquela comunhão axiológica, em que cada um d nós se compreende como pessoa numa comunidade de pessoas. Ibidem, p.39.

<sup>339</sup> Ibidem, p.39.

<sup>340</sup> A distinção fundamental entre o sujeito-originarium como entidade antropológica e a pessoa como aquisição axiológica. O salto decisivo do reconhecimento recíproco ou a assunção de uma ordem (de integração comunitário) que reconheça a cada homem a dignidade de sujeito ético. Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo. Aroso Linhares, p.97. A exigência de interrogar o direito superando a perspectiva heteronomamente macroscópica da sociedade por uma perspectiva de imanência microscópica centralizada no homem-pessoa. Ibidem, p.98.

Para que nesta *perspectiva axiológica* do humano imponha este *salto para o outro nível do ser*, mediado pela *relação de reconhecimento que este compromisso axiológico conduz*, num processo de *transcendentalidade prático-cultural*, ou *auto-transcedência*, que leva ao entendimento que a pessoa, como *aquisição axiológica*, tem no reconhecimento a *especificante do Direito como Direito*, visto que o reconhecimento recíproco carrega em si, também, a assunção de uma *ordem de integração comunitária*<sup>341</sup>. Salto que, conforme destaca Ana Gaudêncio, se faz em três níveis:

(...) a manifestação da irredutível dimensão de historicidade constitutiva que o direito pressupõe - num primeiro nível, das valorações que, num segundo nível, hão-de manifestar-se juridicamente nos princípios (normativos) fundamentais, e, num terceiro nível, da assunção da crucial aquisição axiológica do homem como pessoa, e da reciprocidade do reconhecimento da dignidade ética de cada pessoa<sup>342</sup>.

Qualidade de sujeito que institui as *exigências normativas de uns aos outros*, bem como a *indisponibilidade de uns pelos outros*, fazendo com que os humanos se reconheçam como *sujeito de direito, sujeito de direitos e sujeito do próprio direito*, numa constitutiva *coparticipação comunitária*, visto que sua eticidade o insere na comunidade prática, ao mesmo tempo em que nessa eticidade que o Direito sustenta a sua *normatividade*<sup>343</sup>. De forma que à medida que a *ordem jurídica* manifesta seus *elementos normativos* manifesta também o *sentido axiológico-normativo*, que adquire determinado conteúdo intencional, a *consciência jurídica geral*, que se expressa nos *valores, princípios e critérios normativos decisivos* daquela comunidade<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> A *perspectiva axiológica* a impor um salto para outro nível de «ser» mediatizado pela *relação de reconhecimento (enquanto compromisso axiológico)*. O problema do fundamento último assumido num processo-esforço de *autotranscendência* ou de *transcendentalidade prático-cultural*. Ibidem, 97.

<sup>342</sup> Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axialógica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p. 196.

<sup>343</sup> É pela qualidade de sujeitos que se institui no mundo humano, já a *indisponibilidade axiológica de uns pelos outros e as exigências normativas de uns pelos outros – indisponibilidade e exigências estas pelas quais unicamente os homens se reconhecem, respectivamente, como sujeito de direito e como sujeito de direitos* -, já a constitutiva *coparticipação de cada um no todo axiológico-normativamente comunitário – constitutiva participação pela qual, por sua vez, os homens se reconhecem não apenas os destinatários, mas verdadeiramente ainda sujeitos do direito (sujeitos-titulares do próprio direito enquanto tal)*. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p. 32.

<sup>344</sup> Com efeito, à medida que o sistema normativo histórico, ou a *ordem jurídica*, se vai manifestando com seus *elementos normativos translegais e transpositivos*, manifesta-se também o seu fundamental *sentido axiológico-normativo* e vemos desse modo a *adquirir um determinado conteúdo intencional a consciência jurídica geral, nos seus valores, princípios, e critérios normativos decisivos*. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.169.

Uma consciência que é, ao mesmo tempo, *pressuposição e resultado*, constituídos pela sua histórica realização, o que na *intencionalidade jurídica* faz com que o sistema jurídico e o Direito cobrem o seu *verdadeiro sentido*, de forma que o sistema jurídico se sujeite também a um *limite de validade* e também se projete na realidade, mobilizando o universo do mundo prático e das inter-relações que nele se constroem dentro do corpo comunitário<sup>345</sup>.

Para então, também na *mobilização do mundo prático* e na sua *dinâmica transformativa*, ver a *normatividade do Direito* ser questionada, num *processo crítico e de autorreflexão*, que nesta dinâmica de constante transformação, motiva por esta *hora de abalo* e pela reestruturação dos sentidos atribuídos aos Direito<sup>346</sup>, ver exposto o problema da pluralidade e da diferença, um problema também sobre a inter-relação Eu-Outro. Um problema jurídico da inter-relação Eu-Outro que traz à tona a figura do Direito como terceiro<sup>347</sup>, a *tercialidade* que este assume entre o Eu e o Outro, entre dois opostos, que se revela hoje na busca de uma *ordem de tematização* entre estes traduzida numa *experiência de juridicidade*<sup>348</sup>.

Uma experiência de juridicidade que tem como horizonte jurídico a *inevitabilidade do compromisso ético-comunitário*<sup>349</sup>, pedindo uma *abertura cultural*, mas sem a perda de identidade-singularidade, uma *compreensão humana sem exclusão das*

---

<sup>345</sup> (...) *essa consciência, se é uma pressuposição, é simultaneamente um resultado constituído pela prática da sua histórico-social realização. Simultaneidade esta entre pressuposição e resultados intencionais (...). E então, nesta intencionalidade jurídica fundamental, em que o sistema jurídico e o direito cobram seu verdadeiro sentido, encontra também a lei um último limite normativo, um normativo limite de validade.* Ibidem, p.169.

<sup>346</sup> Ver notas 317-321.

<sup>347</sup> *O problema (...) é precisamente o do mediador-terceiro, se não mesmo o da tertialité e o da interposição-interrupção que esta determina. Uma interrupção que encontra no desempenho do julgador (mediador da controvérsia) a mais visível das institucionalizações mas que não se esgota nesta. Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi.* Aroso Linhares, 2008, p.638.

<sup>348</sup> (...) *como se, na perspectiva de uma situação histórica partilhada, se tratasse afinal de identificar (...) dois interlocutores-partes (...), perguntando e enquanto perguntamos se é possível encontrar um terceiro ou reconstituir possíveis condições de tercialidade, entenda-se, identificar um contexto ou uma «ordem de tematização» comum que, não sendo interlocutor-parte, se nos exponha indiscutivelmente como instância-horizonte de comparação e de medida (...) mas também então (...) querendo saber se a máscara deste terceiro (condição à primeira vista indispensável para impedir que o confronto de universos culturalmente incommensuráveis se consuma num diferendo invencível) pode ao fim e ao cabo ser afivelada (...) por aquela experiência da juridicidade (ou pelas exigências que a sua práxis simultaneamente procura e estabiliza).* Direito, Violência e Tradução: Poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? Aroso Linhares, 2015, p. 07.

<sup>349</sup> (...) *com o outro a insistir nas possibilidades da tradução e na inevitabilidade do compromisso ético-comunitário que lhe corresponde.* Direito, Violência e Tradução: Poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural? Aroso Linhares, p.08.

*diferenças, num mundo que, embora civilizacionalmente e humanamente dividido, as referências às civilizações e as diferenças se fazem na compreensão cultural daquilo que o humano tem de si próprio*<sup>350</sup>.

Visto que faz parte da convivência humana ver o Outro como aquele diferente, e buscar a conciliação do diferente que o Outro representa com o Eu, com a singularidade e especificidade própria do Eu. Uma busca que faz parte da existência humana, visto que decorrente da relação Eu-Outro, ou do encontro Eu-Outro, e assim, da humano-convivência, do estar em conjunto e conviver com o Outro e com os Outros. Convivência que na problemática dessa busca de conciliação forma o Nós, e o sendo integra, por meio de certo patamar de estabilização, mas uma estabilização que preza pela eticidade das relações e pelo reconhecimento do sujeito-pessoa em sua dignidade, evitando, assim, que o Eu ou o Outro perca sua individualidade nesta composição do Nós.

Uma ética que em respeito às diferenças, e considerando as pluralidades, não deixe que as opressões de uma relação que busca subordinar e inferiorizar o Outro se façam presentes, mas também não se esquece de integrar, de forma a possibilitar uma convivência harmônica, que não oprima, mas liberte, que respeite e acolha. Uma integração que permita o respeito às singulares, mas sem as converter em individualismo, para também buscar a respeitosa convivência, o respeito à diferença na humano-convivência, na comunidade da diferença, uma integrada comunidade da diferença.

E então, uma busca que na ordem da institucionalização tem no Direito *uma de suas respostas* a este problema de estabilização da relação Eu-Outro, como o terceiro inevitável nesta mediação, nessa resolução de problemas, problemas jurídicos decorrentes de relações e inter-relações, que embora traduza a violência do decidir, neste processo também busca conciliar e integrar, encontrar uma composição, de forma menos violenta possível<sup>351</sup>.

---

<sup>350</sup> *Para, por último, tentar refletir uma resposta, se não for viável uma autêntica solução, a esse problema, que possamos assumir e em que nos devamos comprometer numa profunda abertura cultural (mas sem perda de identidade) e não menos compreensão humana (posto que também sem exclusão das diferenças) num mundo embora civilizacional e humanamente dividido. O problema da Universalidade do Direito – ou o Direito Hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: Digesta, Vol. III., Castanheira Neves, 2010, p. 104.*

<sup>351</sup> *A interrupção do terceiro provoca, com efeito, o começo do direito mas também do Estado: é assim condição de possibilidade da invenção societatis (...) e no limite também de uma justiça que exige o direito enquanto se instala no que se diz Estado. Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi. Aroso Linhares, 2008, p.640.*



Deste modo, como resposta, o Direito se faz também nessa relação, uma relação que em termos abstratos invoca a ética para dirimir esta relação e concilia-la nessa integração. Pois o Direito vai além de mera instituição estabilizadora, carregando em si uma condição-dimensão ética que visa dirimir o encontro Eu-Outro, reconhecendo a validade expressa no sujeito-pessoa, em sua dignidade e singularidade, valendo-se para isso da relação ética, uma ética de respeito ao Outro e às diferenças, refletida nesta condição-dimensão ética do Direito, que confere validade e fundamento para a ordem jurídica.

Uma *condição-dimensão ética* como condição cujo *reconhecimento é verdadeiramente especificante do Direito como Direito*, a postular que nas relações se deem critérios a essas relações pela solução do *problema humano da necessária integração comunitária*, reconhecendo a cada humano a *dignidade de sujeito ético*, a *dignidade de pessoa*, e assim, simultaneamente com um valor indisponível para o poder e a prepotência dos Outros e *comunitariamente responsabilizado* para com os Outros<sup>352</sup>. Só assim poderá o Ser, simultaneamente, ser *titular de direitos* - dirigidos aos Outros, e *titular de obrigações* - exigidas pelos Outros, em *todos os níveis, segundo todos os princípios e em todas as modalidades estruturais*, a constituírem o Direito enquanto *específica realidade objetiva-cultural*<sup>353</sup>.

Então uma condição-dimensão ética expressa na validade que o Direito reconhece que serão experimentados na prática da realização histórico-cultural do Direito, em determinado contexto, por meio de *princípios jurídicos, ou ético-jurídicos, fundamentos normativamente constitutivos da ordem jurídica* e do sistema do Direito, evidenciados enquanto *princípios jurídicos fundamentais*, com uma fundamentante *dimensão ético-jurídica do Direito*<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> A dimensão ética como (...) *condição cujo reconhecimento é verdadeiramente especificante do direito como direito, a postular que nas mundanais relações sociais e na ordem e institucionalização, que deem critério a essas relações pela solução do problema humano da necessária integração comunitária, se reconheça a cada homem a dignidade de sujeito ético, a dignidade de pessoa, e assim, simultaneamente com um valor indisponível para o poder e a prepotência dos outros e comunitariamente responsabilizado para com os outros (...)*. Pessoa, direito e responsabilidade. In: Digesta Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.155.

<sup>353</sup> (...) *só assim ele poderá ser, também simultaneamente, titular de direitos (dirigidos aos outros) e de obrigações (exigidas pelos outros), em todos os níveis, segundo todos os princípios e em todas as modalidades estruturais que normativamente se têm objectivado a constituírem o direito (o direito como específica realidade objetivo-cultural)*. Ibidem, p.155.

<sup>354</sup> *Mas sobretudo hoje a explicitação e sistematização dos princípios do direito justo; a chamada de atenção para os direitos (direito das pessoas) e os princípios jurídicos (ético jurídicos) distinto das policies (programas e critérios políticos), enquanto os fundamentos normativamente constitutivos da ordem e do sistema jurídicos positivos; o pôr em evidência dos princípios jurídicos fundamentais, como uma especial e*

Um processo de composição que se concretizará na resolução do caso jurídico em concreto, considerando neste processo decisório os valores e os fundamentos refletidos nos princípios jurídicos, comunitário-historicamente localizados, *faróis guia* a iluminar a decisão jurídica. De forma que esta comunidade será, em verdade, uma *comunidade de princípios*, como verdadeiros diferenciadores de um Direito, como resposta específica e autônoma, *distinta de outras práticas e de institucionalização diferenciada*<sup>355</sup>.

Expressões que se fazem no reconhecimento de uma ordem jurídica que respeite e integre as diferenças, em contínua transformação prático-concreta de seus sentidos, mas também estabilizadora e integradora, a resposta Direito, uma resposta de cunho ético, pois carrega em si uma condição-dimensão ética<sup>356</sup>.

## 6. OS DESAFIOS JURÍDICOS DE UMA RESPOSTA ÉTICA

A resposta ética, como alternativa para resolução do problema jurídico da pluralidade e da diferença, se faz em meio a alguns desafios, ou mesmo limites. Isto porque para ser uma resposta jurídica para um problema que se atrela ao problema do Direito a resposta ética não pode, nem deve, perder o seu condão de juridicidade<sup>357</sup>.

A Ética, muito além do Direito, tem em seu nascedouro a transcendência que a permite ser abstratamente pensada, nas relações Eu e Outro. O Direito, diferente da Ética, *postula a relação pessoa – pessoa, sob a mediação do mundo*, e não em uma abstração

---

*fundamentante dimensão ético-jurídica do direito*. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: *Digesta Vol.II*. Castanheira Neves, 2010, p.413.

<sup>355</sup> (...) o reconhecimento de que a procura de uma identidade normativa (que distinga o direito no seio das práticas em causa) passa pela experiência de uma comunidade de princípios e pela institucionalização diferenciada que esta proporciona. *O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades*. Aroso Linhares, 2013, p.112.

<sup>356</sup> Para confirmar que a resposta possível deva passar por um exercício-prova de congruência – capaz de inscrever as exigências em causa no jogo das diferenças diferidas (enquanto e na medida em que assume este jogo de significações como um dos riscos inescapáveis do nosso presente). *Ibidem*, p.665.

<sup>357</sup> Trata-se de (...) tematizar a passagem dos argumentos puramente éticos para os argumentos especificamente jurídicos concentrando-nos num discurso de limites ou de restrições. *Reconhecendo que «há argumentos éticos que se admitiriam numa discussão ética mas que não são permitidos em direito»?* *Certamente*. *O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades*. Aroso Linhares, 2013, p.129-130.

deste<sup>358</sup>. Deste modo, sem que se confunda com a própria Ética, tendo em vista sua *normatividade específica* e sua *perspectiva intencional*<sup>359</sup>, o Direito não terá de pensar-se sem autonomia, de *forma abstrato-alienante*, puramente abstrata como a Ética, mas antes, fundado no próprio ser-pessoa, se revela e atua numa *dimensão necessária e autêntica da ética autonomia humana*<sup>360</sup>.

Assim, o Direito é historicamente constituído em sua concretude, sem deixar de ter em consideração a *transcendentalidade*, bem como o *projeto de futuro* que carrega, projeto este alimentado, axiologicamente, pela comunidade, em sua *intencionalidade comunitária*, em que *manifesta o sentido do Direito*, em *respeito incondicional à pessoa humana* e sempre a constituir-se dessa intenção<sup>361</sup>.

Como *dimensão constitutiva do Direito*, e a ele atrelada, a *dimensão ética* desperta consigo o lado da *mobilização prática*, cultural-historicamente situada, e em sua concreticidade aplicada a uma realidade, ou a um problema situacionalmente localizado. Deste modo, neste exercício de passagem, é de se entender que se encontre frente a alguns problemas-desafios, alguns limites<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> A ética postula a relação puramente de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa com abstração do mundo – o casuísmo pode ser exigido pela prudência de uma “ética de responsabilidade”, mas a essência ética implica o absoluto intencional. O direito, de modo diferente, postula a relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa pela mediação (...) do mundo. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.15.

<sup>359</sup> Pelo que, distinguindo-se embora o direito da ética, na sua perspectiva intencional e na sua normatividade específica – e uma coisa e outra em virtude da condição mundanal -, nem por isso deixa ele de ser afinal na ética a sua constituinte possibilidade. O direito não é a ética, mas tem uma dimensão ética. Ibidem, p.36.

<sup>360</sup> Numa palavra, o direito não terá de modo algum de pensar-se como heteronomia abstrato-alienante – ele é antes algo que, fundando-se no próprio ser da pessoa, nos revela e actua uma dimensão necessária e autêntica da ética autonomia humana. O papel do jurista em nosso tempo. In: Digesta, Vol. I. Castanheira Neves, 2010, p.42.

<sup>361</sup> (...) ideia tomamo-la aqui no seu sentido forte, aquele que a pensa como própria expressão do Espírito na sua autonomia: a intencionalidade regulativa e dinâmica, que tem uma necessária referência à história – só se determina histórico-concretamente, a partir de uma situação histórico-social em que se realiza- mas que deste mesmo passo transcende a história ao construí-la em projecto e futuro. (...) Quer dizer, o primeiro sentido da ideia de direito é, certamente, o do respeito incondicional da pessoa humana (...) a comunidade é a convivência ética das pessoas – o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa. Ibidem, p.39-40.

<sup>362</sup> Para mobilização prática da ética pelo Direito, Aroso Linhares pontua também alguns limites impostos pelo direito ao raciocínio prático, conforme: *Que limites são estes, impostos pelo direito ao raciocínio prático? Por um lado, aqueles que correspondem à «obrigação de referência» aos modos de constituição-manifestação (legislativa, consuetudinária e jurisdicional) do direito vigente: referência que corresponde decerto à integração, nos argumentos jurídicos, de «frases da linguagem das fontes» (...), na mesma medida em que traduz uma exigência de correcção (...), sem esquecer por fim a «prioridade hermenêutica» de que, nesses argumentos, tais «frases» beneficiam (...). Por outro lado, aqueles que «derivam das regras processuais da deliberação e da decisão» (...). Limitações que «o direito impõe ao raciocínio prático» (e que permitem distinguir a prática jurídica da prática da ética)...* e que não obstante não são «contrárias à

Problemas e limites apresentados pelo próprio Direito, visto que, como uma resposta específica e não a única resposta, carrega em si algumas nuances próprias, que o caracterizam como essa resposta específica. Não por um rigorismo formalista, que busca o engessamento do Direito em instancias formais que o impediriam de dialogar com a realidade e ser esta dinâmica em constante constituição. Nem mesmo por um fechamento auto-poiético em um círculo ou sistema próprio que o impediria de se comunicar com as diversas esferas que o cercam, se inter-relacionando nessa dinâmica em que o jurídico é filtrado pelo Direito, preterindo a importância destas bordas para movimentação desta dinâmica, constantemente alterada ao longo da história.

Mas por se entender que uma juridicidade própria preserva esta resposta como resposta caracterizada como Direito, e não como qualquer outra resposta. De forma tal que, sem se confundir com a própria Ética, e evitando que se perca por outros caminhos que não os jurídicos, a resposta ética enfrenta os seus desafios. Condições a filtrarem os limites de sentido que uma resposta ética ao problema jurídico da diferença deve ultrapassar, para não se perder na busca por esta resposta.

### 6.1. O desafio da universalidade

Como dito, *o Direito não é qualquer organizador social, um ordenamento social que um poder imponha e sancione*, nem mesmo um *acervo de regras*, pois nem todos os *instituídos e sancionados reguladores sociais* são o Direito e podem ser reconhecido enquanto tal, o Direito, como resposta, carrega em si um *sentido particular, o sentido do Direito*, conforme ensina Castanheira Neves<sup>363</sup>.

E deste modo, é certo que possui então um *sentido civilizacional*, sentido que Castanheira Neves invoca para tratar da *universalidade do Direito*, um *pensamento que é historicamente e culturalmente constituído* em meio ao convívio

---

*ética*», antes se fundando em «razões éticas incorporadas pelo direito» (o «princípio democrático», os «valores jurídicos da paz, da segurança e da utilidade das decisões»), razões que por sua vez se verão ainda «eticamente limitadas» (...). O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.130. No entanto, aqui se dará especial relevo aos limites de sentido que o Direito preserva, frente a ética, para garantir a sua autonomia como resposta-Direito.

<sup>363</sup> (...) a concepção vulgar do direito como tão só um acervo de regras sociais, um qualquer ordenador social que um poder imponha e sancione. E com isso, na verdade quer a incompreensão de que nem todos os instituídos e sancionados reguladores sociais são, só por isso, direito, sendo, portanto, inadmissível um tal simplismo nominalista. O problema da Universalidade do Direito – ou o Direito Hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: Digesta, Vol. III. Castanheira Neves, 2010, p. 102.

humano, em meio à humana condição de compartilhamento de experiências, sendo *civilizacionalmente situado*<sup>364</sup>. De forma tal que *a universalidade do Direito é problema*, porque o Direito, em seu *sentido civilizacionalmente cultural específico, criação cultural da civilização ocidental, particular e diferenciada solução*, visa solucionar, ou amenizar o *problema histórico-social do encontro humano* no nosso espaço de *coexistência e convivência*<sup>365</sup>.

E deste modo, embora *o problema da universalidade* ou da universalização do Direito não seja um *problema especificamente atual, nem mesmo incomum, é um problema recorrente*<sup>366</sup>, pois é comum a tendência em generalizar experiências localizadas, uma inclinação em situar sua própria experiência como universal, e não como cultural, como se parte se sua própria experiência civilizacional pudesse ser estendida a toda experiência humana.

Contudo, *pretender que qualquer coisa seja universal não a torna universal*<sup>367</sup>, não altera a sua natureza, mesmo que se use deste discurso para nomeá-la, assim, declarar ou pretender que o Direito seja universal não o torna universal. Mas torna o problema da universalidade ou da universalização do Direito real. Um problema real, mas não uma realidade do Direito, pois para que o Direito se constitua enquanto Direito não exige a universalidade visto que não é este um pressuposto do Direito ou um objetivo a ser alcançado.

Para que o Direito seja reconhecido enquanto Direito não é necessário que este seja universal, pois como resposta concreta, em contínua formação, clama pela dinâmica transformação, e pelo sentido que lhe é dado em cada contexto histórico-cultural, como

---

<sup>364</sup> A palavra é “civilizacional” – pois que no fundo de tudo estará o pensamento da constitutividade e compreensão civilizacional do direito. Ibidem, p. 101. (...) o direito é uma dimensão cultural civilizacionalmente constituída no esforço de dar possibilidade e sentido, um certo e bem diferenciado sentido, ao encontro humano num determinado espaço cultural-civilizacionalmente demarcado, e que apenas ai tem e pode ser assumido com esse sentido. Ibidem, p.102.

<sup>365</sup> E a universalidade do direito é problema, porque o direito o havemos de compreender de um sentido civilizacionalmente cultural específico, como uma criação e dimensão cultural da nossa civilização ocidental e enquanto a particular e muito diferenciada solução aí, segundo os pressupostos intencionais e as dimensões constitutivas da mesma civilização, para o problema do histórico-social encontro, se não desencontro, humano no nosso espaço de coexistência e convivência. Ibidem, p.105

<sup>366</sup> Iremos considerar, em primeiro lugar, o que importa refletir sobre o problema da universalização do direito – sobre o próprio entendimento desse problema que hoje, mais do que nunca, se nos impõe como inevitável e responsabilizante. Ibidem, p.103.

<sup>367</sup> A respeito dos Direito Humanos, ditos como universais, Castanheira Neves destaca um enunciado do art.1º da Declaração e Programa de Ação de Viena da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, de 1993, qual seja: “Porém, independente da força dessa tradição, pretender que qualquer coisa universal não a toma universal em nenhum sentido operacional ou significativo.” Ibidem, p.103.

fonte de resposta a problemas jurídicos em concreto, civilizacionalmente situados.

Problemas que, em termos práticos, se vêm enaltecidos nas situações confrontantes, nas diferentes respostas que o Direito dá nas diversas culturas. Isto porque enquanto resposta o Direito esbarrará com outras respostas e outros sentidos de respostas, com outras culturas e com as respostas que estas outras culturas darão aos problemas que lhe são postos, conforme o *sentido civilizacional* que lhe é implicado. Deste modo, o *problema da universalidade* ensina a se repensar o próprio sentido do Direito, visto que intrinsecamente ligado ao *problema do sentido do Direito*, e deste modo, ao *problema do Direito*<sup>368</sup>.

Situação que, neste caminhar, neste interrogante sobre o Direito e seu sentido, e sobre aquilo que esta resposta é e se caracteriza enquanto tal pede, diante da problematidade da questão da universalidade, a *retomada ou interrogação do sentido original, o originarium constitutivo, do Direito*<sup>369</sup>. Busca pelo sentido do Direito que carrega em si um tom de abstração, um tom de universalidade pela transcendência filosófica que a busca por este sentido carrega, que embora em aparente contradição, revela em si um interrogar universal, que questiona e filósofa sobre questões em projeções, no além da concretude, na busca da abstração do sentido, se revelando universal apenas na intenção de abstração e de sentido, na *intencionalidade*<sup>370</sup>.

O que não significa a universalização do Direito em si, porque o Direito não se realiza ou existe nessa universalidade abstrata, mas na realidade concreta e na *concretude prática*<sup>371</sup>, prática vivida de modos diferentes nas mais diversas culturas, e, portanto,

---

<sup>368</sup> *Só que chegados aí, ao nosso tempo, é como se tivéssemos aberto a Caixa de Pandora, pois ao problema da universalização do Direito vem acoplar-se, em terceiro lugar, o próprio problema do direito hoje – o próprio direito como problema, numa funda perplexidade sobre a subsistência ainda que possível sobre aquele seu sentido.* Ibidem, p. 102.

<sup>369</sup> *Situação grave que exigirá, (...), que não só consideremos a possibilidade de uma atitude de resposta e que nos decidamos por aquela que intencional-problematicamente se justifique, como nos interroguemos ainda, numa reflexividade radical, pelo originarium constitutivo, e agora originarium reconstrutivo, do nosso sentido civilizacional do direito para além daquelas vicissitudes problemáticas negativas.* Ibidem, p.104.

<sup>370</sup> *Pois se no sentido de direito de que falamos, o nosso ocidental e civilizacional sentido do direito, se deverá reconhecer uma intencional universalidade – é ele, e como uma de suas características salientes desse seu sentido, intencionalmente pensado para todos os homens-, o certo é que esse sentido intencionalmente universal só é assim pensável por referência a pressupostos e com dimensões constitutivas que podem não ser (...) reconhecidos e assumidos por outras culturas civilizacionais, e então a universalidade intencional vê-se realmente impedida na sua possibilidade universal: a intencionalidade universal é anulada, ou fica reduzida a um voto lógico, pela impossibilidade da sua efetividade universal.* Ibidem, p.106.

<sup>371</sup> *Conforme pontua Aroso Linhares a inteligibilidade do direito se diferencia do seu mundo prático, sendo certo que a exigência (...) condutora, que dá sentido a todas as outras, é a de (...) separar o mundo prático*

*resposta específica e histórico-socialmente situada*<sup>372</sup>. De forma que a compreensão do sentido terá como *limites intencionais a compreensão que determinada cultura tem*, na constituição desse sentido de Direito, tendo como consequência a *impossibilidade da universalidade ser entendida como necessidade*, seja *necessidade ontológica*, seja *necessidade puramente racional*<sup>373</sup>.

Conforme elucida Castanheira Neves, *não se trata de necessidade ontológica, visto que o Direito não é aproblemático*, e, portanto, distante da concreticidade e da prática, assim, *não pode ser entendido apenas em termos ontológicos ou metafísicos*, e não pode assim exigir uma universalidade que *desconsidere a problematicidade*, a *dimensão de realização*, pois neste sentido seria apenas *abstração dogmática*<sup>374</sup>.

Tendo, portanto, *dimensões dogmáticas abstratas*, mas também *práticas e problemáticas*, o Direito carrega em si as particularidades e problemas que as situações específicas vividas por cada cultura também carregam, e por isso, acreditar que o Direito carregaria uma necessidade de universalização seria atribuir a este apenas esta *dimensão dogmática, abstrata e metafísica*, ignorando o seu papel como resposta, sua *realização prática* e, principalmente, a *problematicidade* que o exige como resposta, na solução de problemas em concreto<sup>375</sup>.

Por outro lado, também não pode a universalidade ser entendida como *necessidade puramente racional* mobilizada para *arbítrios decisórios*<sup>376</sup>, pois, em

---

*do direito, na sua inteligibilidade racional, como uma especificação histórico-culturalmente inconfundível da virtude intelectual da phronêsis- inconfundibilidade que se justifica invocando a sobreposição lograda da virtude da humanitas e as implicações prático-normativas que lhe estão associadas (...). O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.131-132.*

<sup>372</sup> *O palco é, pois, a história (...), as referências decisivas neste plano de imanência são as civilizações e as diferenças vão na compreensão que na cultura de cada uma delas o homem tem de si próprio. O problema da Universalidade do Direito – ou o Direito Hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: Digesta, Vol. III. Castanheira Neves, 2010, p.104.*

<sup>373</sup> *Que do direito, no seu sentido culturalmente específico, tenhamos de excluir (...) tanto a sua necessidade, seja a necessidade ontológica (ontológica-metafísica), seja a necessidade puramente racional, como o arbítrio decisório. Ibidem, p.107.*

<sup>374</sup> *Que o mesmo é dizer que estamos perante a impensabilidade de problemas, que suspendessem o fiat decisório. O que significa que só entre a necessidade e o arbítrio se nos oferece o espaço ocupável pelo problema. E se sabemos de que problema fundamentalmente nos ocupamos, do problema da universalidade do direito que nos é imposto pela civilizacionalmente cultural condicionalidade do seu sentido constitutivo, o que importa desde já considerar é que esse sentido Ibidem, p.107.*

<sup>375</sup> *(...) necessidade ontológico-metafísica que ia no entendimento jusnaturalista clássico, excluiria o problema, já que o necessário poderá ser difícil de atingir ou explicitar na sua exata determinação (...) mas em si no sentido da sua intencional referência, é decerto aproblemático. Dai que o direito, e com ele a sua universalidade, fossem aproblemáticos em todo pensamento do “direito natural”. Ibidem, p. 107.*

<sup>376</sup> *(...) O segundo, o arbítrio decisório que (...) exclui o problema pelo extremo oposto, pois que a decisão de plena abertura e assumida desvinculada de fundamentos, que a transcendam, não tem perplexidades nem*

contrapartida, ao invés de tornar o Direito pura dogmática, *o escravizaria em pura prática* e sendo pura prática, se tornaria *função e instrumento desta prática*, e, portanto, mero mecanismo sem sentido, *formalmente vinculada a uma estrutura lógica, finalística*, sem intencionalidade dogmática e também sem fundamento e sem validade, de *pura procedimentabilidade*<sup>377</sup>.

De forma que o Direito e seu sentido se mostram como *absolutos históricos*, situacionalmente vinculados e com o sentido e a transcendência específicos da *situação civilizacional* vivenciada na resolução de problemas daquele contexto, na prática própria daquela cultura historicamente situada<sup>378</sup>. O sentido do Direito, portanto, *implica a cultural historicidade que o haja constituído-pensado e que terá ou não terá a universalidade que essa cultural historicidade, no contexto civilizacional que pressuponha, lhe permita que tenha ou não*<sup>379</sup>.

Assim, o Direito visa preservar a *reivindicação da comparabilidade* e a *universalização que ela envolve*, como característica *distintiva do mundo prático do Direito*, reconhecendo simultaneamente a *especificidade prático-cultural* deste Direito como um *modo de vida autônomo não universal*<sup>380</sup>. Uma ideia de Direito, como *praticidade jurídica*, uma resposta ao *problema da vida comum* que como um modo específico de *criar significados comunitários* está significativamente vinculado a uma *cultura, histórico-socialmente situada*<sup>381</sup>.

Compreensão humana de si mesmo e do relacionamento Eu-Outro, que mesmo que mobilizada na prática histórico-cultural não deixa de se relacionar com a dimensão ética, mediadora da abstração ética com a realidade prática do Direito. Dimensão ética

---

*dúvidas interrogantes que exigissem que se justificasse em referência de sentidos para além de si.* Ibidem, p.107.

<sup>377</sup> (...) *o direito valeria sem validade, se terá de negar que o direito seja tão só o resultado normativos de uma voluntas simplesmente orientada por um finalismo de ou mera expressão de contingência e dos compromissos políticos-sociais.* Ibidem, p. 110.

<sup>378</sup> (...), *não é, na verdade, nem necessário, nem arbitrário, que é antes simultaneamente, e sem contradição, um condicionado constituído cultural e não menos de uma absoluto histórico – do absoluto histórico próprio de toda cultura.* Ibidem, p.108.

<sup>379</sup> Ibidem, p.110.

<sup>380</sup> *One of the alternatives to this understanding is to preserve the claim to comparability (and the universalization it involves) as a distinctive feature of the practical world of law, whilst simultaneously (and without any paradox!) recognizing the practical-cultural specificity of this law as a non-universal autonomous way of life. The pluralism of Identities as a Challenge to Law's and Legal Theory's Claim to Comparability.* Aroso Linhares, texto não publicado, p.18.

<sup>381</sup> *This means considering a certain law or a certain practice of law — a certain response to the problem of common life — which, as a specific way of creating communitarian meanings (irreducible, as such, to other plausible constructions of praxis and practical rationality and certainly also to other forms of collective identity).* Ibidem, p.18



expressa na *dimensão ético-constitutiva do Direito*, no sentido de Direito e na validade reconhecida por este, cristalizada pelos princípios jurídicos. Validade e princípios jurídicos que serão também históricos e culturais, intencionalidades jurídicas reconhecidas pela estrutura dialogante problema-sistema, de determina cultura em determinado tempo.

De forma que reconhecer que o Direito tenha como *condição* a *condição-dimensão ética* não implica em afirmar que este aspecto imponha ao Direito uma universalidade, ou mesmo que implique a necessidade de que esta dimensão se faça nessa universalização. Pois a condição-dimensão ética só poderá ser vivenciada no real, e na resposta real que o Direito representa, numa certa civilização, numa certa cultura, cujos valores e princípios, reconhecidos como jurídicos serão mobilizados na prática da resposta Direito, na resolução dos problemas jurídicos em concreto. Nas palavras de Castanheira Neves:

(...) a prática histórico-cultural, e particularmente a prática jurídica, com a sua tão específica intencionalidade à validade, e estruturalmente constituída pela distinção entre válido e inválido, refere sempre no seu sentido e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos fundamentais que pertencem ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época.<sup>382</sup>

Então, resposta ética que perante o problema do Direito, convocará uma *reconstrução do seu sentido*, do sentido de Direito<sup>383</sup>. Sentido traduzido naquilo que *o Direito constitui e identifica enquanto Direito, nas condições de possibilidade sem as quais o Direito não poderia ser pensado*, nem diferenciado, numa busca de sentido que se vê, em seu ápice, fortalecido pela *condição-dimensão ética*<sup>384</sup>.

De forma tal que, para uma resposta ética, para uma mobilização desta dimensão constitutiva que considere a ética de respeito ao Outro e a diferença, o humano nesta transcendente busca pelo sentido do ser e pelo respeito a singularidade deste ser na relação Eu-Outro, vivenciará nesta autorreflexão transcendental e abstrata, uma certa

---

<sup>382</sup> O problema da Universalidade do Direito – ou o Direito Hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas. In: *Digesta*, Vol. III. Castanheira Neves, 2010, p. 110

<sup>383</sup> *Mas temos para nós que a única atitude válida, como dissemos, será aquela que, perante o problema do direito (...) vise uma reconstrução de sentido, do sentido do direito, pela convocação do seu originarium constitutivo (...).* Ibidem, p. 118.

<sup>384</sup> *E sim do que nos permite compreender o que ao direito o constitui e identifica enquanto direito. O que nos remete ao pensamento das condições – também não causa, mas “condições de possibilidade”, ou as condições sem as quais o direito não seria pensável nem se diferenciaria – humano-significantes e constitutivamente radicais da sua emergência, da sua emergência como direito na realidade da existência humana.* Ibidem, p. 119.

universalidade, mas também uma *universalidade intencional*.

Uma universalidade intencional em que dimensão ética é projetada, porém, sem que para isso tenha que se realizar nesta universalidade, sem pretender que esta abstração de universalidade possa ser generalizável a ponto de se entender como universal a própria ética ou o próprio Direito, em sua realização prática. De forma tal que, no exercício dessa passagem a dimensão ética do Direito se veja a nível de construção de sentido, universalizável, e a nível de realização prática e concretude de resposta, culturalmente localizado. Conforme Castanheira Neves:

Pelo que esse sentido, com essa sua solução, terá os limites intencionais e de possibilidade dessa civilizacional cultura da sua constituição. Aos pressupostos da existência mundanal e às dimensões antropológicas poderá reconhecer-se uma natural universalidade, mas aquele problema suscitado pela integração dialética daqueles pressupostos e destas dimensões só poderá ter, e tem tido, à solução civilizacionalmente possível à cultura que o assuma, e com exigência mesmo essa solução, a solução-direito, da sua fundamental e constitutiva humanovidência<sup>385</sup>.

De forma que no plano cultural, no encontro humano-dialogante entre as culturas estará a possibilidade de uma recíproca integração das incompletudes das diversas culturas, e das diversas diferenças, para se criar um pressuposto e fundamentante sentido, sentido ético presente nesta constitutiva e diferenciadora condição-dimensão ética, que transformará o próprio sentido do Direito, e o Direito enquanto sentido, um sentido culturalmente específico de cada comunidade-civilizacional.

O Direito, uma solução possível a essa cultura civilizacional e não solução universalmente necessária, *apenas uma solução culturalmente possível para um problema mundano-social, humanamente necessário*<sup>386</sup>, da humana convivência, da relação Eu-Outro e do respeito ao Outro e à diferença que este Outro representa.

---

<sup>385</sup> Ibidem, p. 105-106.

<sup>386</sup> *Pelo que também irreversivelmente se compreende que o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana – resposta por isso, só possível, não necessária, e histórico-culturalmente condicionada – ao problema também humano e humanamente assumido da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-cultural (...).* Ibidem, p.108.

## 6.2. O desafio da moralidade

O problema da relação Moral e Direito, um problema relacionado *ao discurso prático de nosso tempo*, que em uma de suas frentes identifica neste problema condutor um contraponto importante: o *contraponto moralidade-juridicidade*<sup>387</sup>. Um contraponto que o *debate anglo-saxónico fez presente por meio da discussão em torno do positivismo*, por meio de interrogações e vinculações que se mostram em *possibilidades distribuídas entre os polos positivismo e não-positivismo*<sup>388</sup>. Um debate que suscita a *conexão entre normas jurídicas, clamores morais e princípios numa pressuposição de universalidade* e de uma *experiência acultural de Direito*<sup>389</sup>.

Visão esta que, em contraposição a uma busca por uma *substantiva validade jurídica*, acaba por se traduzir, também, numa *fragmentação* ligada a este problema, visto que faz surgir uma diversidade de propostas interpretativas ligadas às suas próprias concepções do Direito e da *interação Direito-moralidade* nelas expressas<sup>390</sup>. Problema que recai na *fragmentação vivenciada no debate positivismo e não-positivismo*, e ainda dentro do *positivismo - includentes, excludentes e incorporativistas* e os *não-positivimos - excludentes, includentes e super-includentes*, todos permeados pelo debate gerado pelo

---

<sup>387</sup> *Tratando-se por outro lado de mobilizar o contraponto juridicidade /moralidade... e de permitir que as tensões unidade/ pluralidade e dogmático/crítico — não certamente por acaso associadas às (se não determinadas pelas) tensões real/ideal, particular/universal — sejam assimiladas e depois drasticamente convertidas (no limite também empobrecidas na sua heterogeneidade) por estas novas máscaras e pela especificação-concentração que elas impõem.* Validade Comunitária e os Contextos de Realização. Aroso Linhares, 2012, p.10-11.

<sup>388</sup> *Um contraponto que o debate anglo-saxónico em torno do positivismo tornou hoje implacavelmente presente... e que assim mesmo permanece prisioneiro das interrogações (e das vinculações estruturantes) que o «middle way» consagrado por Hart lhe impôs... na mesma medida em que nos atinge com um espectro bem conhecido de possibilidades — possibilidades que se distribuem pelos pólos «positivismo»/«não positivismo», na mesma medida em que admitem versões exclusivas, inclusivas e incorporacionistas de «positivismo» e versões exclusivas, inclusivas e super-inclusivas de «não-positivismo».* Ibidem, p.11.

<sup>389</sup> *Do these circumstances allow us to defend a connection between «legal rules», «moral claims» and «democratic principles» which we may say is granted by an aproblematic presupposition of universality — grounded in «moral, universal, fundamental, abstract human rights» (to say it with Alexy)... or justified by an acultural experience of modernity and «post-traditional» (or «post-conventional») *societas*. Law's Cultural Project and the claim to universality or the equivocalities of a familiar debate. Aroso Linhares, 2012, p.492.*

<sup>390</sup> *(...) establishes-consecrates an equivocal counterpoint between law and morality (or moralities), aggravated through the acultural (and in this sense allegedly universal) configuration of the proposed answers, as if the question concerning the relevance of juridical validity or the meaning of law as an «embodiment» of ideal «aspirations».* Ibidem, p.500.

contraponto Moral-Direito<sup>391</sup>.

Um contraponto *juridicidade/moralidade* que se relaciona no enfrentamento do problema da validade-vigência dos princípios juridicamente relevantes e do problema da realização do direito em concreto, numa reflexão auto-diferenciadora que vai além desse debate - positivismo e não positivismo<sup>392</sup>. Conforme Aroso Linhares assevera, um debate que acaba por considerar que a oportunidade de pensar o Direito como aspiração, ou de problematizá-lo a partir da sua dimensão ideal, implica em abandonar uma perspectiva jurídica, assumindo uma perspectiva moral, com possibilidades crítico-reflexivas, como se o questionamento sobre a relevância de um momento de validade no Direito obrigasse a identificar a juridicidade com o contexto de uma prática de decisões contingentes, de modo que a recusa ou a atribuição de exigências de sentido se tornem dependentes da relevância de uma perspectiva moral e da sua institucionalização<sup>393</sup>.

Articulação que na procura de um estatuto moral para o Direito acaba por constranger, mobilizar e impor ao Direito e à relevância do seu momento de validade relevância intrinsecamente moral<sup>394</sup>. Um debate que na busca por uma concepção acultural do Direito, associando o problema da Justiça a uma ordem de correção numa dimensão ideal, conecta Direito e Moralidade, em nome desta Justiça, e faz com que o

---

<sup>391</sup> *The second misjudgement is the one which, aproblematically assuming the framework (the thematic limits and the answer's possibilities) of a certain familiar Anglo-Saxon debate between positivists and non-positivists—more accurately, between exclusive, inclusive and incorporationist versions of positivism and exclusive, inclusive and super-inclusive versions of non-positivism («Inclusive Legal Positivism») and, («Inclusivism, Incorporationism, and Exclusivism»)]. Ibidem, p.500.*

<sup>392</sup> (...) trata-se, com efeito, de mobilizar uma resposta ao problema da validade-vigência dos princípios juridicamente relevantes e ao problema da realização do direito em concreto que (não certamente por acaso) se cumpre enfrentando a relação juridicidade/moralidade, se quisermos, exigindo aquela reflexão auto-diferenciadora que uma remissão pura e dura para uma prática contingente (ainda que de consagração de factos normativos) não pode (nem quer) assegurar. O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.103.

<sup>393</sup> *Como se a oportunidade-exigência de pensar o «direito como aspiração» (...) ou de o problematizar a partir da sua dimensão (dita) ideal (...) implicasse paradoxalmente abandonar uma perspectiva jurídica para assumir as possibilidades crítico-reflexivas de uma perspectiva moral. Ou mais rigorosamente, como se a pergunta dirigida à relevância de um momento de validade no direito (...) nos obrigasse a identificar a juridicidade com o contexto (...) de uma prática de decisões contingentes (...), ficando a recusa ou a atribuição-integração de exigências de sentido (...) dependentes da relevância (...) de uma perspectiva moral (e da institucionalização que esta estiver em condições de oferecer). Validade Comunitária e os Contextos de Realização. Aroso Linhares, 2012, p.11.*

<sup>394</sup> *Articulação paradoxal esta? Importa dizê-lo. Ora paradoxal menos porventura pelas categorias de inteligibilidade que, na sua procura de um estatuto moral para o direito, se vê estrangida a mobilizar - a começar pela de direitos morais (se não pela de direitos humanos como direitos morais universais)... e a acabar na das leis moralmente defeituosas! ... do que pela redução aproblemática que - independentemente da solução de separação ou de inclusão que em último termo venha a defender ou a consagrar - impõe ao interlocutor direito e à relevância (...) do seu momento de validade (ou deste como ideia intrinsecamente moral). Ibidem, p.12.*

*Direito acabe por incorporar elementos morais*<sup>395</sup>. Assim, as questões relacionadas à Justiça se tornam questões morais, expressões que em contato com a realidade prática carregam consigo o *pressuposto de um aparato estruturante democrático para institucionalização deste Direito que se constrói em nome desta Justiça*<sup>396</sup>.

Tudo isso levando a crer que há uma ideia universal de correção e Justiça intimamente ligada à moralidade que funda os direitos como morais, universais, fundamentais e abstratos. Direitos estes que sustentarão esta estrutura Direito que embora tenha esta constituição fundamentante na moral acaba por em sua aplicação prática, em cumprimento a estes preceitos, se realizar efetivamente de forma formalística e rigidamente estruturada, num sistema de regras estritamente normativista. É que, portanto, mobilizando *elementos hetero-referenciados*, ou seja, em superfícies diversas daquelas que o Direito é, transforma-o, conforme as mais diversas propostas interpretativas do Direito, em *consonância com os elementos que incorpora*, tais como a ética, política, economia, sociologia, *afastando-o de sua autonomia* e o transformando em resposta diversa da resposta que representa<sup>397</sup>.

Debate que acaba suscitando a diferenciação entre a ética e a moralidade, de forma que o *contraponto Moral-Direito* também se reflita no *contraponto Moral-Ética*, um contraponto que *ao isolar o binômio moral-ética* em seu *modelo de equilíbrio* revelam também um *contraponto do núcleo de tensão direito/não-direito*, em que a *identidade do jurídico* é muitas vezes associada às *fronteiras que o cercam*, e na *reafirmação deste*

---

<sup>395</sup> (...) «correctness of juridical content» should (must!) be identified with moral validity, which also means that the argument for correctness (of content) should be taken seriously as the basis of the two other arguments involved (the argument of injustice and the argument of principles). Questions of justice (...) are moral questions and principles are normative arguments on which the process or procedure of law application is and/or must be based in order to satisfy the claim of correctness. Law's Cultural Project and the claim to universality or the equivocalities of a familiar debate. Aroso Linhares, 2012, p.491.

<sup>396</sup> (...) the other chain of presuppositions, focussing on the political form of deliberative constitutional democracy or democratic constitutionalism. To assume this form means, in fact, experiencing the dialectical relationship between real decision-making (...) and ideal argumentative public discourse (...), whilst also recognising that this counterpoint constructs a unique and definitive framework for the solution of legal problems, so that we may always experience such a process of reconciliation between real and ideal «ought» dimensions, if not between authoritative and non-authoritative argumentative reasons—between constitutional positive rights and human moral rights, rules and principles, parliamentary legislation and constitutional review, and also between «particular non-universal legal systems» and «universal morality» (...). Ibidem, p.491

<sup>397</sup> These are hetero-referential elements which invoke as plausible leading arenas philosophy and economics, literary criticism and sociology, epistemology and ethics (not forgetting politics and political morality) ... and which correspond, as such, to different major organising and rationalising possibilities (...), but also and mainly to exemplarily opposed (...) trends of interdisciplinarity (...) Ibidem, p.493.

*binômio moral-ética, em suas tensões e dinâmicas que o constituem*<sup>398</sup>.

Isto porque enquanto o Direito estabelece uma *bilateralidade atributiva entre necessidade-possibilidade, entre direito e dever, responsabilidade e obrigação*, em outra senda a Moral assume essência diferente, pois *determina deveres, deveres morais, de sentido imperativo*, e, por outro lado a ética já postula uma *relação puramente entre sujeitos*, de pessoa a pessoa, mas com *abstração do mundo*, pois implica o *absoluto intencional* dessa interação Eu e Outro, enquanto o Direito, diferente da ética, postula a *relação pessoa – pessoa, sob a mediação do mundo*, e não em uma *abstração deste*<sup>399</sup>.

Deste modo, sem que se confunda com a própria Ética, tendo em vista sua normatividade específica e sua perspectiva intencional<sup>400</sup>, o Direito não terá de pensar-se sem autonomia, puramente abstrata, de forma *abstrato-alienante e acultural*, como a Ética, mas antes, fundado no próprio ser-pessoa vivenciado no real, se revela e *atua numa dimensão necessária e autêntica da ética autonomia humana*, vivenciada na práxis histórico-cultural<sup>401</sup>.

Assim, na busca pelo *equilíbrio Ética-Moral* acaba por conduzir a eticidade à questão da liberdade, a *problematização-liberdade que interpela a moral*<sup>402</sup>. Isto porque a

---

<sup>398</sup> *Que começam por isolar o binômio moral/ética no seu modelo de equilíbrio mais transparente antes de voltar à pragmática da confissão e à relação exame/aveu e (ou) a esta explorada a partir da solução diagramática que já conhecemos (...) que não só restituem ao núcleo da tensão direito/não direito – ou ao problema da identidade do jurídico/não-jurídico e(ou) a este reconhecimento nas fronteiras-boudaries e (ou) nos tipos de fronteira que o cercam – como também e muito significativamente se consomem numa reafirmação, só que agora uma reafirmação deliberadamente contingente (...) do próprio jogo moral/ética ( e das tensões dinâmicas que o constituem e simultaneamente o fragmentam, quando não desagregam) (...). Entre a escrita pós-moderna e o tratamento narrativo da diferença. Aroso Linhares, 2001, p.172.*

<sup>399</sup> *O que permite mesmo começar a ver aqui a nota decisivamente diferenciadora do direito perante a moral – esta poderá ser somente ad alterum e de sentido puramente imperativo (i é, com a exclusiva categoria de “dever”) que se exprime como “mandamento”, mas o direito não poderá deixar de se manifestar numa bilateralidade atributiva (i é, com as correlativas categorias de “direito” e de “dever”, de responsabilidade e “obrigação”). A ética postula a relação puramente de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa com abstração do mundo (...) a essência ética implica o absoluto intencional. O direito de modo diferente, postula a relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa pela mediação (fruidora, repartidora ou funcional) do mundo. Pelo que se poderá dizer que o princípio da moral está nos deveres (...) e o princípio do direito está simultaneamente nos direitos (...) e nos deveres (...) pela mediação do comum mundanaç da existência social. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.15.*

<sup>400</sup> *Pelo que, distinguindo-se embora o direito da ética, na sua perspectiva intencional e na sua normatividade específica (...). Ibidem, p.36.*

<sup>401</sup> *(...) o direito não terá, de modo algum, de pensar-se como heteronomia abstrato-alienante – ele é antes algo que, fundando-se no próprio ser da pessoa, nos revela e actua uma dimensão necessária e autêntica da ética autonomia humana. O papel do jurista em nosso tempo. In: Digesta Vol. I. Castanheira Neves, 2010, p.42.*

<sup>402</sup> *(...) sobretudo quando se trata de (...) descobrir na eticidade a própria ideia da liberdade (...) e esta como abstrato-concreto plenamente realizado na vida histórica de uma comunidade. Entre a escrita pós-moderna e o tratamento narrativo da diferença. Aroso Linhares, 2001, p.172.*

relação ética pressupõe liberdade na relação Eu-Outro, enquanto a moral, impositiva de *deveres morais imperativos*, pressupõe apenas a obrigação de cumprir, uma obrigação moral, e, portanto, não livre, não de escolha. Mas não uma liberdade abstratamente concebida, ou atomisticamente isolada, mas uma *liberdade reconhecida como abstrato-concreto realizada na vida histórica de uma comunidade*<sup>403</sup>.

E do mesmo modo que a *questão cultural interpela a questão da liberdade*, e a *problematicidade-liberdade da ética*, também acaba por *interpelar a moral*, isto porque a *moral se revela como transcrita pela tradução e pela tradição que nela se comunica*, numa dinâmica que comunica a *sociabilidade como moral social*, estabilizada como *códigos e como dispositivos de constrangimento*<sup>404</sup>.

Assim, ao contrário do que há muito se entendeu, a moral não se fundamenta numa universalidade abstratamente concebida, embora tenha esta intencionalidade, pois os valores morais são completamente diversos no ceio de cada comunidade e cada cultura, e, portanto, estão atrelados à tradição e a tradução cultural que esta cultura revela, bem como aquilo que esta comunidade tem por bem eleger como valores morais e também como deveres morais, a serem imperativamente cumpridos pelos seres-pessoas que integram este corpo comunitário. E, portanto, a *codificação decorrente desta transcrição da tradição e da tradução*, reconhecida pela moral, em termos jurídicos, *se revela na codificação jurisdicional*, como *código-aparato de uma juridicidade* para que, por outro lado, também se revele nesta mobilização as *exigências de uma liberdade que se desvela e se imponha como fundamento*<sup>405</sup>.

Então, mais próximo da liberdade que a ética revela, do que da *codificação imperativa que a moral determina*, o Direito, no *reconhecimento do modo de vida*

---

<sup>403</sup> *Ibidem*, p.172.

<sup>404</sup> *Ainda que o primeiro termo nos apareça já iluminado pela experiência da tradução (recriação) latina (...) e (ou) pela tradição que no-la comunica. E assim e então não apenas assumindo na sua dinâmica de exterioridade (...) – que progressivamente se transforma em (ou se comunica como) sociabilidade (...) – mas também e muito significativamente estabilizado como código e como dispositivo de constrangimento (...).* *Ibidem*, p.173-174.

<sup>405</sup> *Só que um código-apparatus que se constrói e que se revela (e que se problematiza) como um processo de codificação, o qual na sua expressão mais forte (...) se diz (ou há de dizer-se) processo de juridicização (...). Para que o outro pólo, levado a sério como êthos-toca (...) se liberte por sua vez daquela ameaça hermenêutica (...) que o explora e ilumina como morada (...): mas então tanto da inevitabilidade de uma Ursprungliche Ethik que se quer (e que se confunde com uma) reflexão ontológica (...) quanto das exigências de uma liberdade-Usprung, que no desvelamento ôntico e ontológico do Seiendes-Sein (...), se nos impõe ela própria como fundamento, o fundamento do fundamento (...).* *Ibidem*, p. 174-175

*partilhado*, assegura essa *passagem moral-ética*<sup>406</sup>. Porém, mais do que um processo de equilíbrio entre códigos de comportamento e forma de subjetivação, o faz em meio a uma *preocupação com a historicidade*, nas diversas *narrativas correspondentes*, essencial para entender o *contributo e os limites da oposição moral-ética*<sup>407</sup>.

De forma tal que a ética, e seu fundamento de liberdade, estarão presentes no jurídico, de forma diversa da moral, visto que, embora abstratamente concebida, assim como a moral, não carrega consigo a imposição do imperativo moral, mas antes de tudo, coberta pela liberdade assume uma livre relação Eu-Outro, abstratamente concebida. Abstração esta que o Direito incorporará em sua dimensão ética, dimensão ético-constitutiva, sem que para isso se afaste do jurídico ou se transforme em eticidade pura, esquecendo da concreticidade, e, principalmente, sem que para isso se transforme em imposição de preceitos, e, portanto, sem carregar consigo uma moralidade estrita.

Uma ética, que mesmo que pautada na ética de respeito à diferença, da proposta de Drucilla Cornell, não deixaria de se moldar como *dimensão-condição ética*, e não como a imposição de preceitos ou ordens de deve-ser, que assim como a moral imporiam uma codificação a se seguir. Como se o não cumprimento de certos preceitos de respeito ao Outro ou à diferença que este Outro representa, significasse uma falta tão grave quanto o descumprimento de preceitos morais. Ou mesmo como se pudesse se seguir uma codificação ou certas condutas para se garantir este respeito ao Outro e à diferença. Mas uma concepção ética, também como *dimensão constitutiva*, que traria ao Direito uma concepção de pessoa, de respeito ao Eu e ao Outro, à diferença, e a relação Eu-Outro, sem hierarquizações ou opressões, mas abstratamente concebida e concretamente aplicada pelo Direito, na sua realização enquanto dinâmico-dialética.

Um processo que entre a *comunicação* e a *construção prática* permite falar da ética, ou de uma dimensão ética, como uma *característica constitutiva da busca pelo Direito*, não para entender a *incorporação da atual moral social dominante*, ou para entender que a *correção moral é suficiente para a validade legal*, nem mesmo como uma

---

<sup>406</sup> *Para se reconhecer num modo de vida partilhado que se transforma em modo de ser e (ou) nas formas de subjetivação que paulatina e progressivamente (num tecido de avanços e de recuos mas também de mudanças) asseguram esta passagem (...). Ibidem, p.175-176.*

<sup>407</sup> *Porque se nos impõe explicitamente vinculada a uma experiência histórico-cultural (ao equilíbrio irrepitível de uma morale tournée l'éthique)? Sem dúvida. Mas então também (...) porque se nos expõe ameaçada e perturbada (ainda que decerto não vencida) pela morale tournée vers le code que se apropria da herança da primeira e que como tal lhe sucede (entenda-se pelo equilíbrio moral/ética que ilumina a salvação-cura sui como meletê e gumnasia da auto-renúncia). Ibidem, p.179.*



*característica constitutiva da busca pelo Direito* que exige que as formas legais de argumento incorporem os mandados e os critérios da ética filosófica, muito menos para pressupor a *referência objetiva a uma moralidade universalista*<sup>408</sup>.

Em vez disso, para identificar uma maneira interna específica de conceber e experimentar o que é o Direito, o que é o Direito hoje e com qual sentido, e qual o sentido do Direito enquanto resposta, *construída de forma cultural e civilizacionalmente realizada em seu significado comunitário*, em contínua e permanente construção<sup>409</sup>.

### 6.3. O desafio da instrumentalização

É pelo desafio da instrumentalização que os ditos *modelos funcionalistas* do Direito se destacam<sup>410</sup>, visto que o *funcionalismo jurídico*, um modelo de concepção de Direito, toma como *referência não mais o indivíduo*, mas *a sociedade como fenômeno específico, social e global*, com uma *estrutura composta* e uma *dinâmica própria*, num *sistema social*, uma *funcionalização dos elementos e dimensões sociais*, de forma que o próprio Direito se veria como uma dessas *estruturas do sistema social*, com consequente *perda da autonomia intencional e material*<sup>411</sup>.

---

<sup>408</sup> (...) if we are allowed to speak of ethics (or rather of an ethical dimension) as a constitutive feature of the quest for the law—if we want, with Fuller, to persist in identifying the «morality that makes law possible» it is not certainly in order to understand the incorporation of the current dominant social morality or to conclude that moral correctness is a sufficient condition for legal validity, just as it is certainly not to require that legal forms of argument incorporate (albeit with limits) the warrants and criteria of philosophical ethics, far less to presuppose the objective reference to an universalistic morality. Law's cultural Project and the claim to universality or the equivocalities of a familiar debate. Aroso Linhares, 2012, p.501.

<sup>409</sup> It is instead (...) to identify a specific internal way of conceiving and experiencing humanitas and phronēsis, which is certainly not universal but culturally and civilisationally constructed—a way of constructing-performing communitarian meaning, whose continuity and punctuality should be permanently (radically) discussed, whose richness and fragility as a plausible collocutor, between other decisive collocutors, is derived precisely from this identity. Ibidem, p.501.

<sup>410</sup> Aroso Linhares diferencia os rumos que o pensamento jurídico contemporâneo perfaz propondo um diagnóstico-mapping, em três camadas, cada uma sob um critério diferente. A primeira camada composta pelo normativismo, funcionalismo e jurisprudencialismo; a segunda pelos discursos de *societas* e discursos da *communitas*, ou da dialética *societas-communitas*, e a terceira camada composta por discursos de área aberta e pelos discursos *juridistas*, ou *juridicistas*. Estas camadas se sobrepõem e se sucedem em combinações diversas e as diversas perspectivas de pensamento podem se alterar nas camadas, numa dinâmica em que os mapas se sobrepõem. Juízo ou Decisão?: Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo. Aroso Linhares, 2016, p. 227-228.

<sup>411</sup> Já a perspectiva do funcionalismo jurídico é outra. O seu referente não é o indivíduo, mas a sociedade, como fenômeno específico, fenômeno social global na fórmula de Gurvitch ou a pensar não simplesmente como uma associação atomística de indivíduos, mas como uma estrutura, componentes e uma dinâmica próprios. Heteronomia macroscópica que se viria a teorizar como sistema social (...). Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema : modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.175.

De maneira geral o funcionalismo se caracteriza como uma concepção que parte da *ideia do homo functionalis*, aquele que se afirma na prática jurídico-social, identificado numa *funcionalidade*<sup>412</sup>. Funcionalidade que decorre do *conceito de função*, assim entendida a *enunciar uma correlativa condicionalidade e dependência de variáveis*, numa *relação imediata entre elas*, em meio a *determinado conjunto* ou ambiente; uma *operação* ou *modo de operar* em uma *atuação específica*, um modo específico de agir, *com vistas a um fim-objetivo*<sup>413</sup>.

O que, em termos jurídicos, leva à concepção de que ao *Direito será determinado por certas funções*, convocado por *certas funcionalidades* que se quer que ele realize, funções que ele será chamado a cumprir, com vista a *certos objetivos* que se *pretendam ou programaticamente se visem*, e então o Direito que deverá ser para que estes objetivos sejam alcançados, *resultado das funções pretendidas*<sup>414</sup>. De igual modo as decisões se basearão numa *voluntas*, a *visar fins ou objetivos específicos*, justificados em uma *circunstância estratégica*, de uma *intencionalidade prática* e de *racionalidade estratégico-tecnológica* e *teleológica-consequencial*, justificadas por uma *razão instrumental*<sup>415</sup>.

---

<sup>412</sup> (...) se o homo functionalis que se afirma hoje nessa prática se identifica simplesmente numa funcionalidade sistêmico-biológica e, ainda, se em contraponto a esse homo functionalis não haverá de convocar-se uma perspectiva humana verdadeiramente prática (...) assumida por uma antropologia de horizonte axiológico (...). O funcionalismo jurídico. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.204.

<sup>413</sup> (...) se haverá também de atender – o da elucidação do próprio conceito de função. Já que sem esse conceito sempre o entendimento do funcionalismo não só seria insuficiente como ficaria pouco claro (...). (...) o conceito clássico de functio, a designar o desempenho de um múnus e que também juridicamente se tornou comum para referir quer poderes-deveres imputáveis a alguém, quer a tarefa ou conjunto de tarefas definidas por um estatuto de serviço. Mais importante será considerar o conceito matemático de função (...) a enunciar a correlativa condicionalidade-dependência de variáveis, já numa relação imediata entre elas (...) já no quadro de determinado conjunto (...) e simultaneamente a equivalência entre elas enquanto elementos do conjunto e para sua formação ou funcionamento (...). Numa outra linha, em que a qualidade do elemento e sua materialidade já têm relevo, função será a operação ou a actuação específica, de algo como ergon, aquele operar ou actuar próprio de algo e que por isso se diz a função (...). Diferente será o sentido ainda de referência operatória, mas agora de uma operatória finalística relacional, aquela que se opera mediante o esquema meio-fim e segundo o qual o meio, se haverá de ter naturalmente certas qualidades (...). Nesta relação operatória o prioritário e o mais importante será o fim ou os fins visados e o que lhe é relativo e a ele se “funcionaliza” será o meio ou os meios mobilizáveis para o seu cumprimento. Ibidem, p.213-214.

<sup>414</sup> Só assim o direito será submetido a uma perspectiva funcional e com a consequência decisiva de os objetivos ou os fins, os resultados ou os efeitos relevantes não serem também em si jurídicos, mas transjurídicos, sejam eles políticos, sociais, econômicos, etc.(...) posto que visados e porventura realizáveis no modus jurídico, através do (instrumentalmente ou funcionalmente pelo) direito. Ibidem p.220. (...) já que apenas numa perspectiva funcionalista, que entende o direito só como “função” e a desempenhar uma função particular no todo do sistema social, se teria de decidir da função que em geral lhe deveria corresponder. Ibidem, p. 223.

<sup>415</sup> Por último também a “decisão” no seu sentido rigoroso e próprio (a opção deliberativa entre alternativas consequenciais num contexto específico de informação), se participa, como uma das suas dimensões metodológicas, no funcionalismo jurídico, está longe de sem mais o caracterizar, de nos fazer entender a índole muito particular, e também de uma muito específica e complexa funcionalidade, que deparamos no funcionalismo jurídico dos nossos dias. (...) a decisão jurídica como lógica aplicação

O que decerto clarifica que o que está no núcleo desta concepção jurídica, são as *diferentes concepções político-jurídicas* em que o *núcleo decisivo* está nas *intenções políticas*, ou mesmo nas intenções político-sociais, ou político-tecnológicas, político-econômicas, mas não numa intenção de juridicidade.

Conforme bem pontua Castanheira Neves, o quadro da realidade social atual é marcado pela *assunção pragmática de uma estratégia político-social*, cenário em que se insere hoje o Direito, fazendo parte deste contexto histórico social ocidental, em que a *assunção de feições políticas*, ou *predominantemente políticas* se alastra pelos *mais diversos setores da vida social*, os quais o político não se fazia tão presente como hoje, de forma a concluir-se que *práxis social radicalmente se politizou*<sup>416</sup>.

Anteriormente, no período iluminista, o *Direito podia se identificar com a Lei*, de forma que Lei e Direito eram concebidos como sinônimos, visto que em sua *universalidade e racionalidade os valores da liberdade e da igualdade se assimilavam e se garantiam*, definindo um *status normativo formal que enquadrava o comportamento social, mas dele descomprometido*, pois o enquadrava apenas do ponto de vista formal<sup>417</sup>.

Do contrário hoje as leis não passam de *prescrições de forças políticas, até mesmo partidárias*, que no quadro do *sistema político constitucional* adquirem legitimidade e se impõem como *estratégia de implementação de certos fins particulares*, passando a *instrumentos políticos*, meio pelo qual se governa<sup>418</sup>. De forma a ser possível afirmar uma distinção-tensão entre Direito e Lei, visto que *a Lei não é em si o Direito*, manifestando, no entanto, e eventualmente, *contradição entre o Direito e a Lei*, o que

---

*normativo-subsumtiva, ou subsumtivo-dedutiva, de normas gerais pressupostas, a decisão tradicionalmente própria do normativismo (...); a decisão de uma voluntas a visar objetivos ou fins e efeitos por que se justifique numa circunstância estratégica (...). Ibidem, p.205.*

<sup>416</sup> *Acrescentemos, com efeito, à situação que ficou descrita duas circunstâncias particularmente caracterizadoras da nossa práxis actual, a saber: a transformação irreversível do sentido das leis e assunção deliberadamente programática de uma estratégia político-social no todo da realidade social. (...) também por outro lado e numa evidente coerência com o ponto anterior, a práxis social radicalmente se politizou, tornando-se objeto, o campo e o objetivo do que se diz Big Government globalmente interventor e transformador. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema: modelos actualmente alternativos da realização do direito. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.172.*

<sup>417</sup> *Se a lei iluminista (e revolucionária) se podia identificar com o direito porque nas suas racionalidade e universalidade os valores da liberdade e da igualdade se assimilariam e garantiriam, e desse modo definia um status normativo formal que enquadrava o comportamento social mas dele se descomprometia(...).Ibidem, p.172.*

<sup>418</sup> *(...) hoje as leis não são mais do que prescrições de certas forças políticas, mesmo partidárias, que no quadro do sistema político-estadual ou constitucional adquirem legitimidade para tanto e pelas quais se impõem um programa de acção político-social, em que uma política se afirma e concretamente se compromete com fins particulares - numa palavra, se as leis, de estrito estatuto jurídico, passaram a instrumento político (governa-se com as leis) (...) Ibidem, p.172.*

reafirma a *necessidade de diferenciação do político*, visto que é *papel da jurisdição*, e do Direito, ser o *balanceamento da índole política que o legislador dá à Lei*<sup>419</sup>.

Certo é que *caberá ao político definir a estrutura concreta dos poderes e optar pela índole e pelos objetivos sociais da organização econômica*, porém, com uma *condição limite*: que na *realidade político-econômica constituída os valores fundamentais sejam possíveis*, assim, a ordem político-social que respeitar esta condição limite também será uma *ordem de Direito*<sup>420</sup>.

Sem com isso se considerar que o *Estado de Direito* é aquele que *submete e condiciona a ordem política ao jurídico*, como num *estado estritamente contratualista e legalista*, transformando o jurídico na solução para o problema político, numa conversão da *juridicidade à legalidade*<sup>421</sup>. Pois, a *igualação Direito-Lei* só desvirtua o Direito enquanto resposta, para confundimo-lo, senão instrumentaliza-lo e manipula-lo como *estratégia política* ou *objeto de realização de fins políticos*, comprometendo inclusive a *racionalidade jurídica* como *racionalidade ideológica-estratégica* ou *política*<sup>422</sup>.

O que não é, decerto, negar a *influência do político*, negar as inter-relações que Direito e política estabelecem, o Direito como um dos mais relevantes *elementos de estabilização, solução, organização, garantia* e gerência sobre os *padrões de existência da vida comunitária*, nem mesmo negar os *efeitos políticos* que o Direito e sua realização empenham ao *intervirem na vida social*, mediando a relação Eu-Outro como terceiro que

---

<sup>419</sup> (...) o poder legislativo, com a sua legislação, dado o seu directo compromisso político - impõe-se hoje uma distinção, pelo menos uma tensão, entre a lei e o direito, já porque a lei não é só em si o direito, já porque pode manifestar-se em contradição com ele. Terá de ser essa instância o poder judicial, a jurisdição: a *índole política* (comprometidamente política) da função legislativa há de ter seu contrapólo na *índole jurídica* (autonomamente jurídica) da função jurisdicional. Ibidem, p.172-173.

<sup>420</sup> *Caberá ao político definir a estrutura concreta dos poderes e optar pela índole e os objetivos sociais da organização econômica – com uma condição e um limite, porém: que na realidade política-econômica constituenda ou constituída aqueles valores fundamentais que explicitamos, sejam não só recusados, mas efetivamente possíveis. A realidade político-econômico que respeitar esta condição e não ultrapassar aquele limite será então, não apenas uma ordem político-econômica, será também uma ordem de direito. A revolução e o Direito.* In: Digesta, Vol.I. Castanheira Neves, 2010, p.217-218.

<sup>421</sup> (...) o *Estado-de-Direito*, decerto *contratualista e legalista*, já que *menos metafísico e em consumada secularização, retomaria um propósito análogo, nessa diferença dos tempos e dos sentidos, ao subordinar, ou pelo menos ao condicionar o político pelo jurídico – aliás, o jurídico seria então a solução para o problema político.* A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: Digesta Vol.II. Castanheira Neves, 2010, p.380-381.

<sup>422</sup> *Se em outras perspectivas vemos a tentativa de remeter a juridicidade a uma racionalidade teórica não normativa, seja explicativo-analítica, seja tecnológica, no caso presente veremos a juridicidade a procurar reduzir-se a uma razão prática que se identifica com a razão política strictu sensu, e onde a racionalidade é, já compromisso ideológico, já determinação estratégica de uma opção finalística.* Ibidem, p.382.

dá a resposta e, portanto, decide e interfere na vida comunitária<sup>423</sup>. Pois o Direito não é uma resposta fechada, enclausurada e acabada, mas em contínua transformação, e, portanto, também movimentada pelas esferas de fronteira, as quais intimamente se comunica, filtrando, porém, o jurídico.

O que, muito embora, leva Castanheira Neves a também direcionar suas críticas a concepção que na *recusa teórica do pensamento jurídico e das ciência do direito tradicionais*, acaba por *impor um compromisso ideológico-político a juridicidade*, com vistas a uma *perspectivação metodológica* que orienta as *decisões concretas* no sentido de uma *Justiça emancipadora*<sup>424</sup>. Concepção que Drucilla Cornell compartilha, pois demarca em sua teoria o aspecto jurídico-empático do Direito refletido na necessidade de aplicação da ética de respeito à diferença, como ideal ético, de forma os juízes devem moldar alguns sentidos nas decisões jurídicas em concreto, mediante esta concepção ética e de Justiça.

Porém, conforme bem pontua a autora, esta mobilização de ideais éticos não se daria de forma desenfreada e sem barreiras, pois considera os referentes, os referentes jurídicos, apostando no *papel dos princípios como guia* a orientarem o interprete jurídico nas decisões em concreto. Princípios estes que refletiriam *estabilizações, padrões de estabilização*, e então referentes jurídicos, e não políticos, que ajudariam a encontrar o *sentido do Direito*, e a validade que este reflete, ao *sincronizar os diversos sentidos da competição que os jogos de significação da linguagem, em suas diversas interpretações possíveis*<sup>425</sup>.

A eticidade seria refletida, então, em princípios jurídicos, mediante a condição-dimensão ética do Direito, como reflexo dos sentidos e da validade reconhecidos por

---

<sup>423</sup> *Acentua-se todavia o sentido exacto que essa redução pretende sustentar. Não se limita ela a sustentar a função jurídica que sem duvida o direito sempre desempenha, enquanto um dos mais relevantes elementos de estabilização e de solução, de organização e de garantia, de definição e de tutela dos padrões da existência e da vida comunitária, enquanto é ele um capital elemento estruturante da polis (...). Ou sequer significa apenas o reconhecimento dos efeitos políticos que a existência e a realização do direito decreto também produzem ao intervirem na vida social, tomando posição perante ela ou orientando-a num certo sentido.* Ibidem, p.390.

<sup>424</sup> *Tudo o que a jurídica teoria crítica se propôs trazer também para o universo jurídico, tanto no modo de ver e pensar o direito como na sua mobilização em ordem a concorrer, através da sua transformação e da sua concreta realização, para aquele mesmo objectivo. Dai seus pontos característicos: uma crítica desmistificante ou desconstrutora, e em recusa teórica, do pensamento jurídico e da ciência do direito tradicionais; um proclamado compromisso ideológico-político à impor a juridicidade; uma atenção crítica analítica à realidade social; uma perspectivação metodológica que orientasse as decisões concretas no sentido de uma justiça emancipadora que não recuaria, inclusive, nas posições mais radicais, perante uma frontal e aberta preterição da norma legal em nome daquela justiça.* Ibidem, p.400-401.

<sup>425</sup> Ver nota 237.

determinada comunidade, em determinado contexto histórico, mas não como instrumento de interesses artificialmente incorporados ou artificialmente direcionados para resoluções de problemas ou para atingir fins específicos. Assim, não é por apostar num claro diálogo entre ética e Direito, por meio de uma condição-dimensão ética, que o Direito, ultrapassaria a fronteira do discurso jurídico, sucumbindo a uma *política-estratégica funcionalização do Direito*<sup>426</sup>.

É possível pensar uma *axiologia e uma normatividade especificamente jurídicas*, que garanta a *autonomia intencional do Direito*, sem com isso significar a *total entrega do Direito às estratégias políticas*<sup>427</sup>. Uma *condição ética* então, e não uma estratégia qualquer que já não tornaria a condição ética como dimensão do Direito, mas antes desvirtuaria esta condição para transformá-la em um qualquer *instrumento ou jogo de poder*, a cumprir *objetivos específicos*<sup>428</sup>.

Há que estar atento aos riscos da instrumentalização do Direito, a tendência em moldá-lo conforme seus ideais de Justiça, porém, não é toda proposta ética que se valerá do Direito apenas como instrumento político para concretização desta ética, pois, em se tratando de ética esta carrega em si o ideal da abstração e de responsabilidade. E sendo

---

<sup>426</sup> *Regarding the arguments and counter-arguments that we have just introduced and very specially regarding the vertigo of ideologies and identities that a common understanding of law as politics (and/or a shared image of the judge as ideologist) unavoidably imposes, what does this last accentuation mean? Does it mean recognizing, with Postema, that «by century's end, the critical dynamic of the CLS jurisprudential movement had largely been spent»? Certainly not, just as it does not mean subscribing to the lapidary conclusion by Günter Frankenberg (...). Are CLS dead? They live: FemCrits, RaceCrits, LatCrits, Intel, Postcolonial Theory, Nail, Twail. Beyond recognizing that the trunk of CLSs (with the leading voices of Unger, Kennedy and Balkin) preserves today its eloquent visibility — appearing very far from hidden by the proliferation of its (...) branches — it certainly means arguing that it is perfectly possible (...) to ascribe relevance to the diagnosis of problems and to the reconstitution of contexts explored on the first two levels — so that it may be possible to listen attentively to the contributions of narrative outsider jurisprudences and its responsive testimony of contemporary plurality —, without succumbing to the political-ideological functionalization of legal discourses recognized on the third level. The pluralism of Identities as a Challenge to Law's and Legal Theory's Claim to Comparability. Aroso Linhares, texto não publicado, p.17.*

<sup>427</sup> (...) *para podermos compreender que a actual superação cultural do jusnaturalismo não tem de significar a total entrega do direito, na sua normativa constituição e na sua judicativa realização, à política. É possível pensar uma axiologia e uma normatividade especificamente jurídicas em que o direito vê garantida a sua autonomia intencional. A redução política do pensamento metodológico-jurídico. In: Digesta, Vol.II. Castanheira Neves, 2010, p.413.*

<sup>428</sup> *Mas com a possibilidade, justamente pelo sentido dessa terceira condição em que a pessoa e sua axiologia são determinantes, de se poderem referir alternativas ao próprio direito, uma vez pensado ele nesses termos – desde logo as alternativas já política, já científico-tecnológica e funcional. As alternativas que, abstraindo da pessoa e da sua axiologia preferam ou uma “ordem de finalidade” ou uma “ordem de possibilidade” a uma “ordem de validade”, com o sentido que temos tentado conferir a estas categorias. Neste caso a terceira condição, não seria já uma condição ética, mas uma condição estratégica. Pessoa, direito e responsabilidade. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.155.*

abstração ela estará presente principalmente no sentido, no fundamento e na validade, refletida então, na prática realização, nos princípios jurídicos daquela comunidade.

Desta forma, a ética da diferença estará presente em todo Direito, mas não como expressão de uma *voluntas*, ou de uma força política, ideal ético artificialmente aplicado à resolução dos casos, ou nas decisões judiciais, mas como dimensão ético-constitutiva, no sentido do Direito. É na dimensão ético-constitutiva que a ética da diferença se fará presente, dando sentido aos fundamentos e a validade, expressos nos princípios jurídicos.

Pois o *Direito não é política, mas validade, não é estratégia, mas normatividade, não atua por decisão de alternativas consequenciais, mas por juízo de fundamentante validade normativa*<sup>429</sup>. E é na condição ética, na validade e nos fundamentos, refletidos nos princípios jurídicos, que a ética da diferença, a ética do respeito ao Outro e às diferenças, se expressará, sem para isso ter que moldar o próprio Direito, conforme interesses ou finalidade, ideologias ou objetivos políticos.

#### 6.4. O desafio da autonomia

O Direito se quer autônomo, autônomo para manter-se firme, como resposta, como aparato para resolução de problemas e como resposta a humano-convivência e ao problema da integração, uma resposta eminentemente jurídica. Uma resposta específica, mas não única, visto que o *Direito não é tudo, nem pode indiscriminadamente tudo na intencionalidade prática de uma civilização*<sup>430</sup>. Mas uma resposta que se quer específica e por isso precisa preservar sua autonomia no universo humano-cultural de respostas possíveis, sem ceder à desvirtuação do jurídico.

Uma autonomia que para se reconhecer na sua *material autonomia de sentido*, deve adentrar-se nos *limites do Direito*, os *limites problemáticos e intencionais da juridicidade*, os limites que em sua *normatividade específica* faz com que o próprio Direito se delimite, na *intencionalidade e nas possibilidades da realidade humana*<sup>431</sup>, suscitado

---

<sup>429</sup> O Direito como Validade. Castanheira Neves, 2014, p.174.

<sup>430</sup> *Posto que este converge afinal com a recusa do holismo e nos faz compreender que, se o direito é – tem sido – uma dimensão importante da nossa civilização, não é tudo, nem pode indiscriminadamente tudo na intencionalidade prática dessa mesma civilização.* Ibidem, p.175.

<sup>431</sup> *Com a autonomia do direito e com o corolário dessa mesma autonomia somos postos, e aqui sem paradoxo, perante os seus limites, os limites do direito. Pois se o direito o funda um sentido em que se sustenta seu universo próprio e se implica a sua normatividade específica, fica com isso definido o campo da sua juridicidade e assim simultaneamente o direito se delimita – se delimita na sua intencionalidade e nas*

pelos problemas que lhe chegam, pelos problemas os quais ele *filtrará* como *problemas jurídicos* ou *problemas de Direito*, problemas com sentido de Direito<sup>432</sup>.

E então estes limites do Direito permitirão que o jurídico demarque aquilo que lhe cabe com sentido de Direito, e não com qualquer outro sentido, numa recusa dos comuns *holismos práticos* que só levam à *confusão das essências* e *subversão de sentidos*<sup>433</sup>. Pois, como dito, o Direito, enquanto resposta *Direito não se propõe governar a sociedade*, não segue a *perspectiva da sociedade*, numa *intencionalidade estratégico-regulativamente macroscópica*, e sim adota a *perspectiva da pessoa*, de uma *índole microscópica*, em referência à *concreta realização*, à *concreta problematidade*, às *controvérsias práticas*<sup>434</sup>.

Uma *perspectiva microscópica* que atrelada ao microcosmo do humano faz lembrar que a *busca pela autonomia* está atrelada a *busca pelo sentido*, pelo *sentido do Direito*, seu *sentido fundador* que clama ser recuperado; uma busca pela autonomia do Direito em que se associa a própria busca pelo sentido<sup>435</sup>. E então, um Direito que se vê na

---

*suas possibilidades no todo da realidade humana. É este o tema dos limites da juridicidade, que se podem especificar, conjugadamente, pela determinação problemática que o direito unicamente lhe corresponde - trata-se de compreender quando e em que termos estamos perante um problema de direito, ou problema que ao direito cumpre assumir (...). Ibidem, p.174.*

<sup>432</sup> *Depois também de um problema de limites preocupado com as modalidades de «filtros» de relevância (jurídica, ético-substantiva, moral, política, económica, etc) a que cada acontecimento histórico-real admita submeter-se e com as fronteiras interrelacionais (se não com as condições de sobreposição) dessas relevâncias - com a discussão do «critério delimitativo da juridicidade» a concentrar-se na questão de saber se um determinado acontecimento é (e até que ponto é que é) um «problema especificamente de direito». O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos” e Possibilidades. Aroso Linhares, 2013, p.158.*

<sup>433</sup> *(...) a autonomia do direito, no seu axiológico-material sentido que se constituiu, e hoje urgentemente a reconstituir, na nossa civilização ocidental perante as outras e também diferenciáveis dimensões constitutivas da nossa práxis, de modo particular perante a dimensão política, mesmo o político constitucional, e quando os ventos sopram fortes e aparentemente invencíveis a favor dessa dimensão; o reconhecimento, como corolário mesmo dessa material autonomia de sentido, dos limites do direito, dos limites problemáticos e intencionais da juridicidade, numa recusa dos comuns holismos práticos que só levam à confusão das essências e à meramente funcional subversão dos sentidos (...). Uma reconstituição do sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. Castanheira Neves, 2012. p.01.*

<sup>434</sup> *A perspectiva do direito não é a perspectiva da sociedade, numa intencionalidade que se dirá estratégico-regulativamente macroscópica, mas a perspectiva do homem, de uma índole já microscópica em nuclear referência às concretas controvérsias práticas e numa intencionalidade problematizadamente judicativo-normativa. O direito não se propõe governar a sociedade, mas constituir uma validade normativa que ao homem dê o sentido da sua prática. E daí a recusa do holismo prático, porque sempre este, qualquer que seja a sua índole, se parece convocar no direito o contexto global da realidade humana e social e assim reconhecer nele todo esse mundo (...). O Direito como Validade. Neves, Castanheira, p.173*

<sup>435</sup> *Pelo que é esta lacuna e esta secundarização, a indicarem uma grave incompreensão, que é urgente, respectivamente, preencher e superar, convocando o direito, no seu sentido e autonomia específicos e irreduzíveis, ao núcleo do problema prático e reflectir sobre o seu muito próprio e indefectível contributo para a solução desse mesmo problema – não se trata (...) só de entender (...), mas de pensar (...). Só que, qual sentido do “direito” e como – se a ele o havemos de reconhecer igualmente numa profunda crise, que é conhecida e não temos agora de explicitar –, qual o seu possível sentido fundador a recuperar,*



busca pela sua autonomia e pelo seu sentido fundador atrelado também à sua condição-dimensão ética, que na *concepção de pessoa*, muito além do sujeito, revela o *transcender axiológico* que tem no *reconhecimento ético da dignidade da pessoa* suas *implicações normativas*, visto que *é a própria eticidade da normatividade* que a institui, dando sentido, validade e fundamento a esta normatividade<sup>436</sup>.

Uma busca pelo sentido do Direito, um Direito autônomo, em que se atrela à dimensão ética do Direito a concepção do humano-pessoa, a responsabilidade perante esse humano, perante o Eu e o Outro, e, portanto, com uma marcante constituição ética do Direito. O que transfigurado para esfera da praticidade vai refletir na busca pela validade e pelos fundamentos do Direito, que efetivamente o diferenciarão enquanto resposta, refletidos pelos princípios jurídicos, enquanto guias para a resolução destes problema práticos, problemas jurídicos, problemas de Direito.

Uma perspectiva que mesmo com a autonomia do Direito, embora o preserve enquanto resposta autônoma, não o deixa desconsiderar a perspectiva humana, bem como não deixa de relacionar essa perspectiva humana ao relacionamento Eu-Outro e de lembrar a responsabilidade pelo Outro, e, portanto, lembrar da eticidade envolvida, uma eticidade que considera a dignidade humana dos sujeitos-pessoas, em suas diferenças e singularidades.

E assim, o Direito como *institucionalização de uma experiência de dignidade* que pode se dizer *genuinamente, ou intrinsecamente jurídica*, pois a esta dignidade revela a posição ou *status de um sujeito autônomo e responsável* que invoca a mesma *ordem de garantias e critérios* e se dirige *simultaneamente à outra parte*, ao Outro, *exigindo um tratamento jurídico para a controvérsia*, um tratamento jurídico a problemas jurídicos, problemas de Direito<sup>437</sup>.

---

*restituindo-o*. Uma reconstituição do sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. Castanheira Neves, 2012, p.04.

<sup>436</sup> *Mas voltando à condição ética e nela apenas insistindo, somos por ela postos perante duas exigências capitais, a compreensão justificante da pessoa naquela sua referência e titularidade práticas e a determinação das suas imediatas implicações normativas. A pessoa não é o indivíduo, nem o sujeito – o indivíduo, apenas como termo biológico ou como o reivindicante solipsista dos interesses, o sujeito como causa sui das determinações e auto-nomos de uma racionalidade universal –, o primeiro não conhece nenhuma ordem normativa em que se vincule (...), o segundo pode ser condição de um vínculo normativo, em imperatividade universal que transcenda a vontade individual, mas essa apenas universal racionalidade não o pode fundar, enquanto pela pessoa, traduzindo o transcender do antropológico e do estritamente racional ao axiológico em transindividual reconhecimento ético, com a sua dignificação e numa relacional convocação ética, é a própria eticidade da normatividade que com ela também se institui. Ibidem. p.14.*

<sup>437</sup> *Certainly because concerned with the institutionalization of an experience of dignitas, which (...), we may say genuinely or intrinsically juridical: as the dignity of rank or status of an autonomous and responsible*

Problemas de Direito, que *exigem solução de Direito*, que somente serão reconhecidos enquanto tais se relativos a uma *controvérsia prática*, vivida na *concreta situação social*, na qual estão também em causa a *interação humana*, a *correlatividade*, a *comunhão ou repartição* de um *espaço objetivo-social*, em que esteja explícita a *tensão entre liberdade pessoal, autonomia, vinculação e a integração comunitária* fazendo-se exigível a resposta Direito para resolução dessa controvérsia, num distanciamento que não desconsidere as qualidades dos sujeitos éticos envolvidos<sup>438</sup>.

Exigência implicada pelo reconhecimento do sujeito ético, sujeito-pessoa, com sua *autonomia-liberdade e integração-responsabilidade* que só permite ao Direito reconhecer qualquer pretensão que por *referência a um fundamento normativo* reconheça este sujeito-ético, sujeito-pessoa, numa *ordem de Direito*, como *ordem de validade*, e não *qualquer ordem de institucionalização ou ordem social*<sup>439</sup>.

Para então se apostar na *recuperação do sentido do Direito*, uma recuperação que assumindo os *desafios possa reconhecer no Direito um mundo prático autónomo*, na mesma medida em que *reassume o seu sentido originário e reinventa a sua perdida juridicidade*, que lhe é própria<sup>440</sup>.

---

(inter-subjectively relativized) subject-person ... who, invoking (...) the same order of warrants and criteria and addressing himself simultaneously to the other party and to the impartial third, demands a hearing, i.e. expects a rationally judicative treatment of the controversy. This is, however, another story, whose narrative cannot be reconstructed here and now. The pluralism of Identities as a Challenge to Law's and Legal Theory's Claim to Comparability. Aroso Linhares, texto não publicado, p.19.

<sup>438</sup> (...) nos permite enunciar esta conclusão: estaremos perante um problema de direito – ou seja, um problema a exigir uma solução de direito –, se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objecto e conteúdo de uma controvérsia ou problema práticos, uma inter-acção de humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objetivo-social em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e a vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (a exigir uma normativa garantia), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético). Uma reconstrução do sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. Castanheira Neves, 2012, p.28.

<sup>439</sup> (...) é decerto uma exigência implicada no sujeito ético que no mundo prático é a pessoa, com a sua autonomia-liberdade e a sua integração-responsabilidade, posto que ele só pode propor-se uma qualquer reivindicação ou admitir uma qualquer pretensão dos outros por referência a um fundamento normativo que não pretira e antes reconheça as respectivas dignidades e justifique as suas responsabilidades. É deste modo que a ordem de direito, como ordem de validade, não será simplesmente uma ordem social de institucionalização e organização de poderes ou critério apenas de uma estratégia de objectivos sociais e de conflitos de interesses, e que na sua intencionalidade e estrutura manifesta uma normatividade que assimila regulativa e constitutivamente valores e princípios e não simplesmente fins (...). Ibidem, p.16.

<sup>440</sup> É que não se trata apenas de mobilizar uma concepção do direito ou um modelo de pensamento jurídico entre outros possíveis - e de os mobilizar aforisticamente (...) -, trata-se também de apostar na possibilidade de uma recuperação fundadora — uma recuperação que, assumindo os desafios da nossa circunstância, possa reconhecer no direito um mundo prático autónomo, na mesma medida em que reassume o seu originarium ou reinventa a sua perdida «claridade matinal». Validade Comunitária e os Contextos de Realização. Aroso Linhares, 2012, p.02.

## 7. CONCLUSÃO

O problema da pluralidade e da diferença se tornou um dos problemas centrais que angustiam as comunidades ocidentais contemporâneas. Isto porque embora se acreditasse que o reconhecimento da igualdade, nos moldes das concepções do iluminismo, fossem aplacar o anseio por justiça e igualdade, não foram, muito embora, suficientes para serem vivenciados no real, e não só teorizados.

É neste viés que a experiência feminina se torna verdadeira propulsora deste movimento de crise, crítica, desconstrução e construção de novos sentidos. Vivenciar a experiência real, a prática e a concretude do que é ser o Outro, um Outro não reconhecido, um Outro que vive uma *relação assimétrica* com o Eu e quando muito não tenta se igualar seguindo os moldes do Eu, perdendo a *singularidade* de ser Outro e não Eu. Uma experiência feminina, do ser mulher-Outro que faz com que se ascenda a discussão a respeito da igualdade e também da diferença que permeiam a construção deste Eu e deste Outro.

Uma experiência que se movimenta pela *energia da prática*, do que é vivido, para então também movimentar os sentidos, as ideias e com isso, nesta *órbita de circularidade*, nessa energia do mundo da vida, energia de aproximação indissociável e constitutiva das coisas que mudam, transforma-los. Uma experiência do ser mulher-Outro que vivenciada no real, em contato com as outras experiências do ser Outro, vividas pelas diversidades de grupos também marcados pela experiência da diferença, faz com que um problema que parecia correlato ao universo da diferenciação homem-mulher se mostre, na verdade, como um problema com alcances muito maiores. Um problema que diz respeito a todas as diferenças, e principalmente às diferenças não reconhecidas e que não vivem a igualdade no real em decorrência destas diferenças. Um problema que também é vivido pelo ser-Outro presentes nas mais diversas e infindas interseccionalidades que assumem.

Problema da pluralidade e da diferença refletido no problema da conciliação destas diferenças em uma integração, uma integração comunitária, em que as diferenças não se tornem criadoras de distanciamentos, isolando as identidades e radicalizando a experiência da pluralidade, mas também sem esquecer de respeitar estas diferenças e os diversos grupos que as vivenciam, a pluralidade que estes grupos representam, de forma

que o todo comunitário não dilua essas diferenças uniformizando-as, mas também não se fragmente a ponto de não se reconhecer mais como comunidade.

Um deserto que está a crescer<sup>441</sup>. Decerto. A multiplicação dos abismos e problemas que permeiam este problema central da pluralidade e da diferença faz com que este seja um momento identificável por inúmeras dialéticas, infundas teorias, e pela fragmentação teórica e identitária. Momento crítico que clama por um olhar crítico. Um olhar crítico do humano em relação a si mesmo e em relação ao Outro. Um olhar para si que remete a uma descoberta, ou a uma redescoberta, a uma volta para si, e também ao Outro, e ao que este Outro representa, no intuito de se conhecer e de reconhecer na existência, a si e ao Outro.

Um *deserto que esta a crescer*, mas que não pode implicar secar sem florescer. E deste modo, é necessário que da secura do deserto se reconheça a esperança. Às vezes é do caos que surgem as ideias, às vezes é no fundo do poço que estão os adubos mais férteis para florescer, às vezes abrindo a Caixa de Pandora, a caixa que traz todo o caos que o problema da pluralidade e da diferença revela, que se pode encontrar o terreno fértil para encontrar possíveis respostas-soluções.

Pois se sabe que no fundo desta caixa encontraremos a esperança e é na esperança que os novos futuros se constroem, nos novos ciclos movidos pela prática e energia do mundo da vida, um mundo em contínua construção, mutável conforme os contextos históricos e culturais, mas um movimento que faz nascer a esperança de respostas, a busca por respostas que se reflitam numa interação conciliada ao respeito, uma interação na existência, uma interação ética. Uma esperança que não se mostra vazia, mero utopismo que pelo próprio utopismo se detêm apenas a esperar, a nutrir a esperança sem que dela se faça o adubo para construir novos cenários<sup>442</sup>. Uma esperança que se extrai para construir e ressignificar o mundo, que assim como o fez Pandora ao abrir a *Caixa do Desconhecido*, também contribui para a construção de uma nova realidade.

Assim o problema da pluralidade e da diferença se faz em meio a este questionamento das concepções de igualdade, bem como da diferença e da pluralidade

---

<sup>441</sup> Baseado nas reflexões de Castanheira Neves em: Uma reflexão filosófica sobre o Direito – "O deserto está a crescer..." ou a recuperação da filosofia do direito?. In: Digesta Vol. III. Castanheira Neves, 2010.

<sup>442</sup> *Pôr a esperança num puro princípio utópico - com acabaria por ser, de algum modo, o "princípio esperança" de Ernest Bloch – é afinal postular, como já se observou, a "esperança sem princípio", ou esperar num utópico que se revela, no fundo, vazio e, por isso, verdadeiramente sem esperança (...).* Ibidem, p.81-82.

decorrente. Um movimento que se faz, sobretudo, na *ordem do sentido* e que como ensina Castanheira Neves, se vê refletido nos *fundamentos e na validade*<sup>443</sup>, um movimento de alteração da ordem das coisas, na ordem do pensar as coisas e significa-las na realidade, no sentir do sentido. Um movimento que tem alterado a ordem de valoração da igualdade, da diferença e da pluralidade, pois, como bem explicitou Castanheira Neves, os paradigmas não se fazem nas estruturas, mas sim no sentido, visto que *a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta*<sup>444</sup>.

Um problema mundano, da vida real, vivido na experiência humana e na *humano-convivência*, que exatamente por tentar encontrar uma resposta para essa integração clama pela resposta Direito. Uma resposta que é culturalmente e historicamente situada, conforme a axiologia que determinada comunidade lhe dará, uma resposta que não será suficiente, pois não é única resposta, nem a resposta a todos os problemas da vida. Mas uma resposta específica a problemas específicos, e também uma resposta que busca integração, e por isso, preocupada com o problema da pluralidade e da diferença, da integração comunitária, bem como nos limites para que esta resposta se mantenha como uma *resposta Direito e com sentido de Direito*<sup>445</sup>.

Direito que, com base no Jurisprudencialismo de Castanheira Neves, carrega em si, nesta órbita de circularidade, a sinergia entre o *universo do sentido* e o *universo do mundo prático*, e se vê, então, refletido, também na dimensão da própria pessoa, e também na integração ou no equilíbrio entre o *Eu pessoal* e o *Eu social*<sup>446</sup>. Para que formando o Eu real, o Eu-pessoa, em sua dignidade humana, assuma ao transcender-se, ao projetar-se em abstração, uma condição-dimensão ética, que tem no reconhecimento do Eu real como Eu-

---

<sup>443</sup> (...) *uma revolução não se esgota na acção sem mais, antes invoca sempre (...) um projeto legitimante e relativamente a esse projecto, com o conteúdo de valor que assimila, há de retomar o discurso da validade (...)*. A revolução e o Direito: A situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário. Digesta, Vol.I. Castanheira Neves, 2010, p.80.

<sup>444</sup> *E o essencial dos sistemas e dos paradigmas não está na estrutura, mas no sentido: a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funciona e constitutivamente sustenta. Daí também que uma crise só possa ser superada por uma crítica, i é, por uma reflexão refundadora de um novo sentido*. Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz. In: Digesta, Vol.III. Castanheira Neves, 2010, p.162-163.

<sup>445</sup> Sentido do Direito que Castanheira Neves nos ensina a entender, especialmente em: Entre o Legislador a Sociedade e o Juiz. In: Digesta Vol.III, 2010; Pensar o Direito em um Tempo de Perplexidade, 2009; Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do Direito, ou as condições da emergência do Direito como Direito. In: Digesta Vol.III, 2010 e O Direito como Validade, 2014.

<sup>446</sup> *Em Castanheira Neves o homem é pessoa na comunidade e em confronto com a comunidade, sua condição vital, existencial e ontológica, não é pessoa senão em comunidade, mas não se dissolve nela, coloca-lhe múltiplas exigências, decorrentes da sua autonomia, na tensão dialéctica suum/commune*. Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p.200.

pessoa, e em sua dignidade, uma dimensão-constituição do sentido do Direito. E que ainda, nessa abstração ética se projeta numa convivência ética, saindo da *esfera do microscópico* para também se estender a *esfera do macroscópico*, do comunitário. Abstração de um transcender que também se projeta numa intenção comunitária, uma *comunidade ética*<sup>447</sup>.

Um transcender a si que leva do Eu ao Outro e destes ao Nós. Pois o Direito *só será verdadeiramente projeto humano se o homem se reconhecer, a si e aos outros, na sua finitude, mas também na sua dignidade*<sup>448</sup>. Deste modo, um transcender individual e comunitário, que em ambos os casos carrega em si a condição-dimensão ética, marcada por uma relação ética, marcada pelo reconhecimento da dignidade humana do ser-pessoa, mas que também é projeção em abstração da relação Eu-Outro, aplicada na realidade prática, no real da convivência e da integração comunitária ao Nós. Sem que para isso seja confundida com a ética em si, pois dimensão-condição ética que dá sentido ao Direito, um sentido que lhe é próprio, mas sem se transformar no próprio Direito, nem mesmo transformando o Direito numa ética. Mas uma condição-dimensão ética que se conecta ao sentido e a validade do Direito projetando-se nos fundamentos e nos princípios jurídicos.

Então uma condição-dimensão ética do Direito que no sentido, validade, fundamentos e princípios promova uma verdadeira mudança de sentido do Direito, culturalmente localizado e historicamente situado, diante de um problema vivenciado no real, o atual problema da pluralidade e da diferença. Para que por meio de uma proposta de uma nova concepção ética, em que assume especial relevo a proposta ética de Drucilla Cornell, de profundo respeito ao Outro e as diferenças, às pluralidades que estas diferenças representam, tenha na condição-dimensão ética uma alteração de concepção de sentido que supere este problema da pluralidade e da diferença, contribuindo ainda para a humano-integração comunitária.

Uma coexistência ética de respeito ao Outro, às diferenças, à singularidade que o Outro representa, sem com isso significar a supressão do Eu ou Outro, e muito menos, sem deixar de se integrar para formar o Nós. Uma coexistência ética que é essencial para a

---

<sup>447</sup> Nas palavras de Castanheira Neves revela-se-nos a ideia de direito (...) ao manifestar-se naquelas intencionalidades axiológicas (nos princípios axiológicos) que os membros comunitários, quando integrados pela situação concreta de convivência social em que actuam uns relativamente aos outros os seus fins pessoais (e individuais), não de assumir e realizar para que as respectivas posições ou condutas, na parte que toca a cada um dos outros, se possam dizer fundadas (legítimas e válidas): *i é, para que se possa dizer aí constituída - já nos contornos sociais da situação concreta - uma comunidade ética*. O papel do jurista em nosso tempo. In: Digesta Vol. I. Castanheira Neves, 2010, p.40-41.

<sup>448</sup> Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axialógica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves. Ana Gaudêncio, 2012, p.209.

condição de possibilidade da humanidade do ser, de forma que o ser com os outros implica um comum de ser em si e do ser o Outro. Uma coexistência ética, por meio de uma ética de respeito à diferença, como um caminho, uma resposta, à conciliação do Eu pessoal com o Eu social, refletida no Eu real, e em igual modo no Eu, no Outro e no Nós.

Uma composição marcada pela relação ética que não deixa de lembrar a posição do Direito, como a *figura do terceiro*<sup>449</sup>, o terceiro elemento entre a relação do Eu e do Outro, que interrompe o face a face, a competição entre eles, entre as individualidades, lembrando a responsabilidade perante o Outro. E assim, também lembrando a relação ética entre este Eu-Outro, projetando-a na resolução dos *problemas jurídicos*, por meio do sentido do Direito que carrega, da validade que expressa e dos fundamentos e princípios jurídicos que deste sentido decorrem.

Então um Direito que só poderá se fazer mediante uma condição-dimensão ética se também resposta específica, com características próprias, historicamente situada, culturalmente aplicada, conforme o contexto e a axiologia de determinada comunidade<sup>450</sup>. Um Direito, então, que sendo parte deste projeto prático-cultural, um projeto-resposta, é uma resposta jurídica a problemas jurídicos concretos. E deste modo, o problema da pluralidade e diferença se estende para o real do Direito acaba por pedir uma resposta também jurídica. Assim, tendo em vista a sua dinâmico-constitutiva dimensão ética, uma resposta ética como uma possível resposta jurídica ao problema da pluralidade e da diferença.

Uma resposta ética, como resposta jurídica por meio de uma ética de respeito à diferença, que para ser reconhecida como tal, não pode ser considerada de aplicação universal. Um Direito que na dimensão da validade se projeta como universalização, por ser projeção abstrata das relações às quais intenciona integrar, mas não um Direito que para isso seja universal, aplicado de forma acultural, pois culturalmente realizado nas práticas de determinada comunidade. Uma resposta ética que não pode se confundir com a

---

<sup>449</sup> *Por outro lado àquela face que identificamos quando reconhecemos que este problema-controvérsia exige a interposição lograda de um terceiro (e a experiência de tercialidade que o institucionaliza), devendo enquanto tal superar a singularidade e irrepetibilidade que o radicalizariam como um incomparável (e que reduziriam qualquer referência contextual a um exercício ilegítimo de violência)... para antes e em contrapartida se nos expor iluminado como um (caso) concreto judicativo-analogicamente comparável (...). O Direito como Mundo Prático Autônomo: “Equívocos e Possibilidades”. Aroso Linhares, 2013, p.185.*

<sup>450</sup> (...) *a realização de um fundamento, de um sentido totalizante que, como tal, o transcende - que eles assumem (transcendendo-se) na sua própria autonomia. A ideia de direito é esta intenção axiologicamente totalizante, o direito é a histórica objetivação, sempre a constituir-se, dessa intenção.* O papel do jurista em nosso tempo. In: *Digesta Vol. I.* Castanheira Neves, 2010, p.40-41.

moral, visto que na ética perdura a livre abstração da relação Eu-Outro e não uma imposição de deveres entre estes, como ocorre com a moral. E também que não admite sua instrumentalização, como se a ética pudesse ser projetada para o cumprimento de fins específicos, como ordem de cumprimento de ideias e não como abstração da realidade ligada à dimensão do sentido, da reflexão abstrata teórica. Uma dimensão de sentido que se vê refletida na realidade, que se faz numa transcendentalidade projetada no real, numa *transcendentalidade prático-cultural*. Para que por fim, respeitados os limites de sentido do Direito, seja este uma resposta específica e autônoma, uma resposta Direito, própria e com sentido próprio.

Uma Caixa de Pandora que se abre para trazer uma reformulação ética da dimensão do jurídico, no seu sentido, para expandir seus horizontes trazendo o Outro para compor a relação Eu-Outro e assim também os integrar ao Nós. Uma integração conciliada às diferenças e as pluralidades decorrentes, e então, uma integração ética, que tem na condição-dimensão ética do Direito o seu fortalecimento do jurídico, o jurídico como resposta específica e autônoma, histórica e cultural. Então um caminho, um caminho aberto para que a discussão da pluralidade e da diferença seja conciliada a um jurídico por meio de uma resposta ética ao problema da pluralidade e da diferença.



## BIBLIOGRAFIA

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. 2ª ed. Tradução: Sérgio Milliet. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1967.

BERKOWITZ, Roger. **Transcendence and Finitude in Drucilla Cornell's Philosophy of the Limit**. In: ed. HERBELE, Renée J.; PRYOR, Benjamin. *Imagining Law: on Drucilla Cornell*. New York: State University of New York Press, 2008.

BORRILLO, Daniel. O sexo e o Direito: a lógica binária dos gêneros e a matriz heterossexual da Lei. In: *Meritum*. Belo Horizonte - vol.5, n.2, p.289-321, jul/dez. 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 2ª ed. Tradução: Maria Hele Kuhner. Rio de Janeiro: Bertrad Brasil, 2002.

BRONZE, Fernando José Pinto. **Analogias**. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

BRONZE, Fernando José Pinto. **Lições de Introdução ao Direito**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

BRONZE, Fernando José Pinto. **Praxis, Problema, Nomos (um olhar oblíquo sobre a respectiva intersecção)**. In: *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, António Sá da (org.). Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia: (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis**. Tradução de David Jardim Júnior. 26aed, versão digital. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S/A, 2002.

BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e a subversão da identidade**. 11ª ed. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CORNELL, Drucilla. **The Philosophy of the Limit**. New York: Rouyledge, 1992.

CORNELL, Drucilla. **Beyond Accommodation: ethical feminism, deconstruction, and the law**. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: O fundamento místico da autoridade**. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campo das Letras, 2003.

DERRIDA, Jacques. **Force of Law: the “mystical foundation of authority”**. In: Drucilla Cornell (org.) *Deconstruction and the Possibility of Justice*. New York: Routedge, 1992.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Entre o centro e a periferia: a perspetivação ideológico-política da dogmática jurídica e da decisão judicial no Critical Legal Studies Movement**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **Justiça Transcendente e Autotranscendentalidade Axiológica: um contraponto entre Jack Balkin e Castanheira Neves.** In: *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves.* COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, António Sá da (org.). Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **O intervalo da tolerância nas fronteiras da juridicidade : fundamentos e condições de possibilidade da projecção jurídica de uma (re)construção normativamente substancial da exigência de tolerância.** Coimbra: [s.n.], 2012.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões. **The Law Vs. How-I-want-to-come-out: crítica da construção da decisão judicial como exercício de determinação ideológico-política na proposta de Duncan Kennedy.** In: Coord. BRONZE, Fernando José Pinto. *Juízo ou decisão: o problema da realização jurisdicional do direito.* Coimbra: Instituto Jurídico, 2016.

GOMES, Patrícia, et al. **O que é feminismo ?.** Lisboa: Escolar Editora, 2015.

LINHARES, José Manuel Aroso. **A “Abertura ao Futuro” como Dimensão do Problema do Direito: Um “correlato” da pretensão de autonomia?.** In: *O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito.* NUNES, A. J. Avelã; COUTINHO, Jacinto de Miranda (coord.). Coimbra: Almedina, 2008.

LINHARES, Manuel Aroso. **Autotranscendentalidade, desconstrução e responsabilidade infinita: Os enigmas de Force de Loi.** In: Org. DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, COSTA, José de Faria. *Ars iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves.* Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica, 90, Ad Honorem, 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Direito, violência e tradução: poderá o Direito, enquanto forma de vida civilizacionalmente situada, oferecer-nos as condições de tercialidade exigidas pelo problema do diálogo intercultural?.** In: *Themis*, ano XV, nºs 26/27, 2014.

LINHARES, Manuel Aroso. **Entre a Reescrita Pós-Moderna na Modernidade e o Tratamento Narrativo da Diferença ou a Prova como um Exercício de Passagem nos Limites da Juridicidade (imagens e reflexos pré-metodológicos deste percurso).** In: *Universidade de Coimbra - Boletim da Faculdade de Direito.* Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Juízo ou Decisão? : Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo.** In: *Juízo ou decisão: o problema da realização jurisdicional do direito.* BRONZE, Fernando José Pinto (coord.). Coimbra: Instituto Jurídico, 2016.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Jurisprudencialismo: Uma Resposta Possível Em Tempo(S) de Pluralidade e de Diferença?**. In: *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, António Sá da (org.). Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Law's Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivalencies of a Familiar Debate**. In: *International Journal for the Semiotics of Law*. Springer, vol. 25, nº 4, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Na coroa de fumo da Teoria dos Princípios: Poderá um tratamento dos princípios como normas servi-nos de guia?** In: *Estudos em Homenagem ao professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRAO, João Carlos (org.). Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso. **O Direito como Mundo Prático Autónomo: "Equívocos" e Possibilidades**. In: *Relatório com a perspectiva, o tema, os conteúdos programáticos e as opções pedagógicas de um seminário de segundo ciclo em Filosofia do direito*. Coimbra, 2013.

LINHARES, José Manuel Aroso. **O Dito e o Dizer da Justiça: Diálogos com Levinas e Derrida**. In: *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord.). Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

LINHARES, José Manuel Aroso. **The Pluralism of Identities as a Challenge to Law's and Legal Theory's Claim to Comparability**. Texto não publicado.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Validade comunitária e contextos de realização: anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema**. In: *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 1, n. 1, sep. 2012. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2966>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. **Feminismo e política: uma introdução**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

MINDA, Gary. **Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End**. New York and London: New York University Press, 1995.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino (coord.). **Comprender os Direitos Humanos: Manual de Educação para os Direitos Humanos**. 3ª edição em Língua Inglesa: European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy (ETC) Graz, 2012

NEVES, A. Castanheira. **A redução política do pensamento metodológico jurídico.** In: *Digesta*. Vol.II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **A revolução e o Direito.** In: *Digesta*. Vol.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito - ou as condições da emergência do direito como direito.** In: *Digesta*. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **Direito hoje e com que sentido?: O problema actual da autonomia do Direito.** In: *Digesta*. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema : modelos actualmente alternativos da realização do direito.** In: *Universidade de Coimbra - Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXIV. Coimbra, 1998.

NEVES, A. Castanheira. **Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema : modelos actualmente alternativos da realização do direito.** In: *Digesta*. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **Filosofia do Direito: o problema actual do direito.** Lisboa: Universidade Católica - Centro de Publicações, 2003-2004.

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

NEVES, A. Castanheira. **O Direito como Alternativa Humana. Notas de uma reflexão sobre o problema actual do direito.** In: *Digesta*. Vol.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **O Direito como Validade.** In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.3984. Coimbra: 2014.

NEVES, A. Castanheira. **O Funcionalismo Jurídico: Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade.** In: *Digesta*. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **O “Jurisprudencialismo” - Proposta de uma Reconstituição Crítica Do Sentido Do Direito.** In: *Teoria do Direito. Direito interrogado hoje - o Jurisprudencialismo: uma resposta possível? Estudos em homenagem ao Doutor António Castanheira Neves*. COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, António Sá da (org.). Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012.

NEVES, A. Castanheira. **O papel do jurista no nosso tempo.** In: *Digesta*. Vol.I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **O problema da Universalidade do Direito – ou o direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas..** In: *Digesta*. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **Pensar o Direito num Tempo de Perplexidade.** In: *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário : estudos de direito e filosofia*. Coimbra : Almedina, 2009.

NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, Direito e Responsabilidade.** In: *Digesta*. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira. **Uma reconstituição do sentido do Direito – na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas.** In: *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, [S.l.], v. 1, n. 1, sep. 2012. Disponível em: <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/2965>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

NEVES, A. Castanheira. **Uma reflexão filosófica sobre o Direito – "O deserto está a crescer..." ou a recuperação da filosofia do direito?.** In: *Digesta*. Vol.III. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, Maria Cristina dos Santos. **Mulheres, Trabalho e Cuidado: A construção da Igualdade na Intersecção dos Mundos Privado e Público na UE.** Coimbra: Universidade de Coimbra - Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, 2013.

WARREN, Karen J. **Ecofeminist Philosophy.** New York : Rowman & Littlefield Publishers, 2000.