

# **A CRISE DA AUTONOMIA DO DIREITO EM RAZÃO DE SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO PELA INTENÇÃO POLÍTICA**

Luis Gustavo Liberato Tizzo<sup>1</sup>  
Stella Furlanetto de Mattos Cunha<sup>2</sup>

## **RESUMO**

Ao longo do presente trabalho analisa-se a autonomia do direito para o normativismo jurídico e as conseqüentes críticas do pós-positivismo ao método lógico-dedutivo ao demonstrar que o órgão responsável pela decisão judicial também tem o condão de criar o direito. Contudo dedica-se a refletir sobre a existência de limites e até mesmo de parâmetros para a implementação dos direitos sem que isso atinja outros aspectos jurídicos relevantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autonomia do Direito; Instrumentalidade; Intenção Política; Decisão Judicial.

## **THE AUTONOMY'S CRISIS OF LAW DUE TO ITS INSTRUMENTALIZATION BY POLITICAL INTENTION**

## **ABSTRACT**

Throughout this work, the autonomy of law for legal normativism and the consequent criticisms of post-positivism to the logical-deductive method are analyzed by demonstrating that the body responsible for the judicial decision also has the power to create the law. However, it is dedicated to reflecting on the existence of limits and even parameters for the implementation of rights without this reaching other relevant legal aspects.

**KEY-WORDS:** Law's Autonomy; Instrumentality; Political Intent; Judicial decision.

---

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Jurídicas pela UniCesumar.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Título de Mestre reconhecido no Brasil pela Universidade Federal do Paraná. Docente da Instituição de Ensino Superior e Coordenadora do Curso de Direito - Unopar Campus Araçongas.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de análise o processo de secundarização do direito perante a política. Sob esta perspectiva formula-se a seguinte pergunta: Estaria o direito hoje sendo um mero instrumento homologador dos efeitos oriundos do imperativo político?

Não se pode olvidar que a sociedade se encontra na era da globalização, da busca incessante pelo lucro, momento marcado por um individualismo exacerbado que visa a satisfação de interesses próprios ou de um determinado grupo em detrimento do bem comum.

Dessa maneira, a normatividade é vista pelo homem contemporâneo como “a projeção de um finalismo decidido” como se este homem fosse incapaz de “transcender a uma axiológica e trans-individual validade responsabilizante” e ficasse restrito à uma “mera facticidade que se diz objetividade” (frieza dos fatos)<sup>3</sup>.

O abandono do conteúdo axiológico do direito está acarretando a irresistente instrumentalização ao político sendo aquele apenas a expressão normativa do poder político, “mera variável totalmente dependente” ou ainda “função redutível sem qualquer mediação intencionalmente específica”<sup>4</sup>.

No decorrer do presente trabalho analisar-se-á a autonomia do direito para o normativismo jurídico e as conseqüentes críticas do post-positivismo ao método lógico-dedutivo ao demonstrar que o órgão decidendo também tem o condão de criar o direito. Diante da participação do juiz na criação do direito este deveria atuar tal como o legislativo guiado pela intenção política?

De acordo com o pensamento funcionalista jurídico político o juiz teria que ser necessariamente político e inclusive indispensável seria uma teoria política do direito.

Será tratado, em seguida, do fenômeno político e de sua diferença em relação à intenção política, momento em que será demonstrado que o direito embora esteja inserido em um contexto político a sua intenção não deve ser política.

---

<sup>3</sup> NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 382.

<sup>4</sup> NEVES, Castanheira A. **A Revolução e o Direito. A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário**. Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 28.

Diante dessa afirmação é importante analisar os argumentos que contrariam a identidade da constitucionalidade com a juridicidade, tendo em vista que a Constituição não passa de um estatuto jurídico do político.

Por último será abordada a questão dos direitos sociais e o papel a ser desempenhado pelo órgão jurisdicional para a concretização destes, pois na questão social fica evidente a intenção política querer prevalecer sobre a intenção jurídica. Em face dessa tensão entre intencionalidade política e intencionalidade jurídica convoca-se o sujeito responsável por dizer o direito na medida de sua autonomia intencionalmente material e de sua racionalidade axiológica–normativa pretendido pela proposta jurisprudencialista do Doutor Castanheira Neves.

## **1 A AUTONOMIA DO DIREITO PERANTE A POLÍTICA**

### **1.1 O Direito entendido sob a modalidade do normativismo jurídico**

Primeiramente vale lembrar que o normativismo legalista é a conjugação da idéia da legalidade e de sistema, pela legalidade imputava-se a constituinte titularidade do direito exclusivamente ao legislador e pelo sistema o direito era compreendido como um sistema de normas legais subsistente numa racional normatividade abstrato-dogmaticamente determinável<sup>5</sup>.

A lei sob o contexto moderno-iluminista abandona a percepção de uma lei originária de aspectos transcendentais, divino e passa ser considerada como tal se originária do poder político.

Para o normativismo jurídico direito era só o direito positivo, aquele direito posto (im-posto) pelos órgãos político-socialmente legitimados. Dessa maneira o direito era entendido como “criação autônoma do legislador político, segundo sua teleologia político-social, e variável em função das circunstâncias histórico-sociais

---

<sup>5</sup> NEVES, Castanheira A. *Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito*. Digesta. v. 3.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 177.

condicionantes dessa mesma teleologia”<sup>6</sup>.

Observa-se que o direito se identificava com a lei, direito – lei, por isso pode-se dizer que o direito era considerado a expressão normativa do poder político, de modo que o direito só existiria por que o poder o declarava como tal na sua prescrita legalidade<sup>7</sup>.

Cumpra salientar que o normativismo jurídico caracterizava-se como um dualismo funcional e metodológico, pois ainda que o direito fosse uma criação política, a metodologia dos juristas era puramente jurídica (não política)<sup>8</sup>.

O pensamento jurídico que vigorava perante o normativismo era marcado pela sua intenção formal, direito como forma, ou melhor, “como formal estrutura ordenadora da vida social, a considerar com abstração da matéria social ordenada ou sem referência a quaisquer intenções materialmente práticas, fossem elas a exigência ética da justiça, os valores ou os fins”<sup>9</sup>.

Observa-se que o normativismo jurídico voltava-se ao direito como objeto, pois buscava conhecer o direito que *é* e não o direito que *deve ser*, deixando evidente a separação do direito perante a moral e do jurídico com o político.

Fala-se em despoliticização do pensamento jurídico quando o direito identificava-se com a legalidade, ou seja, com a lei geral, abstrata e formal criada segundo uma vontade geral (*volonté générale* – Rousseau) por que neste contexto os valores jurídicos e políticos coincidiam, pois as exigências da igualdade, da liberdade e da segurança eram primordiais tanto do ponto de vista jurídico quanto político. Cumpra ressaltar que essa coincidência entre os valores jurídicos e políticos deixou de existir no momento em que a lei passou de estatuto universal e se transformou em um mero instrumento da política.

---

<sup>6</sup> NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 383.

<sup>7</sup> Ou seja, a vontade política elevada a lei.

<sup>8</sup> O estrito método jurídico seria a atividade de o jurista aplicar o direito positivo criado pelo legislador, de maneira lógico-dedutivo ou lógico-formal através do seu pensamento exclusivamente jurídico o que permite conhecer o direito na sua estrutura lógico-formal. NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 384.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 385.

Sem qualquer pretensão de esgotar a extensa temática sobre o normativismo jurídico, o que se gostaria de por ora salientar, é a despoliticização do pensamento jurídico, de modo que o direito é visto como objeto de uma atitude tão-só cognitiva e pensada apenas em termos formais, sua interpretação era em sentido estritamente dogmático ou lógico-sistemático e não teleológico-político, embora seja oriundo de um poder legislativo que por sua vez é um poder político.

Essa metodologia lógico-dedutiva está sendo posta em causa, por uma diferente e sucessiva compreensão metodológica denominada pelo Professor Doutor Castanheira Neves de post-positivista.

## 1.2 A Visão Post-Positivista

Segundo a visão post-positivista, ao positivismo poderia ser atribuído um problema, qual seja: a aplicação lógica do direito positivo (criado pelo legislador, legitimado politicamente) exigia ponderações normativas e intenções práticas para vencer “a distância normativa entre o abstrato da norma e o concreto do caso decidendo<sup>10</sup>”, assim como pelo “próprio e particular mérito jurídico do caso”. Nesse sentido o direito juridicamente afirmado na decisão concreta “não era mera reprodução do direito abstrato” era uma “reconstrutiva concretização, integração e desenvolvimento prático-normativo”. Dessa maneira a jurisprudencial decisão concreta enquanto normatividade constitutiva revelava-se também criadora do direito. E ainda perante a visão post-positivista o método jurídico lógico-dedutivo do positivismo foi superado desde a última década do século XIX até os dias atuais pelo denominado movimento do direito livre, a livre investigação científica do direito, a jurisprudência dos interesses, o pensamento jurídico causal, etc., que propõem a compreensão do direito não como forma mas como intenção material.

De todo o modo, o caráter normativo constitutivo (ou criador das suas decisões jurídicas) juntamente com a intencionalidade prático-normativo, levou o pensamento jurídico e os juristas a uma

---

<sup>10</sup> KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., 50, SS.; na trad. port., 90, ss *apud* NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 386.

aproximação do legislador pensando e criando também o direito<sup>11</sup>.

Assim sendo o pensamento jurídico passou assimilar metodologicamente uma dimensão política, pois o direito não era só forma tinha também uma intenção material e que portanto, no momento judicativamente jurisprudencial utiliza-se de uma intencionalidade prático-normativa ou ainda normativo-teleológica (um direito comprometido com valores, fins e interesses).

O político passa a ser afirmado no pensamento jurídico em dois momentos, o primeiro, no momento normativamente constitutivo e criador dos concretos juízos jurídicos, pois a criação normativa implica decisão (*voluntas*) e nesta afirma-se decerto um poder, de modo que a função judicial deixa de ser um poder nulo e enquanto apenas, segundo Montesquieu, “a boca da lei”, o segundo, no momento intencional prático-normativo, caracterizado pelo prático – teleológico e pelo finalismo que também caracterizam o político (o compromisso prático-estratégico das suas opções)<sup>12</sup>.

De acordo com o magistério do Doutor Castanheira Neves só é possível identificar a intenção normativamente constituenda e constitutiva do jurídico à intenção política se entende que o direito não teria outros valores constitutivos, outros princípios fundamentais e outros fins determinantes senão aqueles que a política (estratégico-teleologicamente política) e politicamente (decisório – prescritivamente política) lhe imputasse<sup>13</sup>.

Assim sendo deve-se entender o direito “como instrumento da política” (KELSEN) e concluir que “o jurídico não é um fim, não é a expressão de determinados fins, mas só um *especial meio ou forma de realização* de fins sociais”<sup>14</sup>.

A metodológica redução política demonstra que “uma vez abandonada a intencionalidade tão – só cognitiva e formal do pensamento jurídico a favor de uma intencionalidade prático – normativa material, esta última terá o seu critério decisivo no político. Nesse sentido o direito guia-se por um *objetivo político*, “realização

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 386.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 388.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 389.

<sup>14</sup> L. Recasens Siches, *Filosofia del Derecho*, 222 *apud* NEVES, Castanheira A. A **Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 389.

normativa de uma particular intenção e teleologia políticas”, de modo que os seus fundamentos e critérios seriam a todos os níveis e em toda a atuação de ordem jurídica, fundamentos e critérios políticos.

Dito de outro modo, a redução política não consiste em ressaltar a *função política*<sup>15</sup> que o direito desempenha e nem tampouco os *efeitos políticos* que a existência e a realização do direito produzem ao intervirem na vida social e sim afirma que ao direito compete *imediatamente* e no seu *sentido específico* um *objetivo político*.

A partir da redução do Direito à Política, ou seja, aquele como instrumento deste para atender os anseios de uma determinada classe, sem qualquer autonomia, é que se fala sobre a modalidade de juridicidade denominada funcionalismo jurídico político.

### 1.3 O Funcionalismo Jurídico Político

Sabe-se que o funcionalismo jurídico é composto por diversas modalidades, quais sejam: o funcionalismo político, o funcionalismo social, seja ele tecnológico ou econômico e o funcionalismo sistêmico.

Tendo em vista o caráter restrito deste trabalho, breves considerações serão feitas sobre a orientação que não visualiza na politicização da metódica jurídica qualquer justificativa de censura e inclusive propõe assumi-la deliberadamente numa sistemática conversão metodológica, ou seja, o funcionalismo jurídico político.

Antes de tudo, viável salientar que como cenário tem-se uma atual sociedade política organizada num Estado Social de direito que se encontra na fase de transição de uma sociedade individualístico-liberal à uma sociedade pluralístico-social.<sup>16</sup>

Sob o enfoque funcionalista do direito este se resume em um

---

<sup>15</sup> De acordo com as lições do Professor Doutor Castanheira Neves é indiscutível que o direito exerce uma função política, 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, assim como a irradiação de efeitos políticos do direito que ao interferir na vida social toma uma posição perante esta e a orienta em um determinado sentido. NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 390.

<sup>16</sup> Essa é uma realidade que devemos levar em conta Segundo acentua R. Wiethölter *apud* NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 398.

mero meio, um instrumento através do qual se busca um fim ideologicamente partidário, cujo foco deixa de ser o indivíduo como pessoa. Segundo a concepção defendida por Niklas Luhmann, é apenas decisivo que o direito funcione na medida em que “reduza a complexidade”<sup>17</sup>.

Com o funcionalismo jurídico político o direito assume um comprometimento político de forma que suas decisões significam a afirmação de uma determinada alternativa política<sup>18</sup>.

Desta forma, segundo R. Wiethölter, diante desta nova sociedade marcada pela contínua mutação social e politicamente constituída, o *jurista político* e a exigência de uma *teoria política do direito*, ou seja, a politicização do direito e dos juristas seria condição necessária.

Sobre o assunto tem-se uma orientação considerada mais moderada, assim como explica Castanheira Neves<sup>19</sup>, a qual mantém o dualismo metodológico tradicional, por um lado a interpretação e aplicação da lei e por outro a integração de lacunas, fazendo uso dos tradicionais métodos de interpretação e subsunção e para as hipóteses em que a norma não seja encontrada para suprir as lacunas é que o julgador deixando de buscar solução no sistema normativo positivo passaria a criar a solução como se legislador fosse com base “nas mesmas intenções político-sociais que determinariam o legislador a criar uma norma legal”. Nessa hipótese tem-se a tentativa de conciliar dois extremos metodológicos contrários.

Uma segunda orientação diz respeito a um post-positivismo no sentido de uma global e ideologicamente comprometida intenção política, a *Teoria Crítica* (Escola de Frankfurt – HORKHEIMER, ADORNO, HABERMAS), cujo objetivo seria uma ação interventora e contínua de transformação social na busca pela emancipação dos homens socialmente alienados através de uma perspectiva

---

<sup>17</sup> KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneos**. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calauete Gulbenkian, 2002, p. 128-129.

<sup>18</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, Svdia Ivridica 69, 2003, p. 132.

<sup>19</sup> NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Dígesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 399.



metodológica que orientasse as decisões concretas no sentido de uma justiça consequentemente emancipadora<sup>20</sup>.

Não se pode deixar de mencionar a *Teoria do Uso Alternativo do Direito*<sup>21</sup>, assim como a teoria acima exposta esta também pretende romper com a legalidade e privilegiar no plano jurídico, determinados interesses e uma determinada prática social numa direção emancipadora dos “sujeitos jurídicos” que se encontram submetidos por relações sociais de dominação. Nesta e naquela se reconhece a vinculação do jurídico ao político, pois parte do entendimento de que a interpretação e aplicação do direito não sejam tarefas estritamente científicas e nem tampouco que seja o juiz caracterizado pelas ilusórias “apoliticidade, imparcialidade e independência”, ou melhor, de que este “é sede dos interesses gerais e depositário do bem comum”<sup>22</sup>. Dessa maneira segundo os adeptos das teorias supra mencionadas, não se propõe uma supressão do direito ao ponto de transformá-lo em política, pois àquele seria mantido a sua autonomia no que se refere à sua “específica influência normativa e decisória na estruturação e determinação das relações sociais”.

Ocorre que a proposta de não fazer do direito uma política, ou seja, que essa tentativa de conciliar o direito com a política ou vice e versa ficaria prejudicada em razão de uma determinação deliberativa por uma opção ideológica-política que acabaria afinal por negar o direito<sup>23</sup>.

Como terceira proposta da redução política, talvez a mais presente nos dias atuais, é aquela que aceita o desempenho de uma função política pelo juiz, porém a ele deve ser imposto como “diretriz ou critério político da sua atividade jurídico-decisória, a *constituição*: o sistema de valores e a teleologia político-social consagrados

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 400.

<sup>21</sup> Quando se fala em uso alternativo do direito estamos nos referindo ao sentido atribuído pelo autor M. SAAVEDRA, a proposta, tanto de caráter prático como teórico de utilizar e consolidar o direito e os instrumentos jurídicos numa direção emancipadora, assim como fora retirado do texto *A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico* redigido pelo autor Castanheira Neves.

<sup>22</sup> N.L. CALERA, Introducción à Col. *apud* NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 402.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p.404.

normativamente na constituição<sup>24</sup>. Neste caso mantém os mesmos pressupostos metodológicos, ou seja, o reconhecimento dos momentos normativo-judicativamente constitutivos na decisória realização concreta do direito. Nota-se que o que faz do juiz um juiz político é a politicização, que se resume em assumir uma política constitucional<sup>25</sup> e realizá-la concretamente.

De acordo com o acima exposto a constitucionalidade se identificaria com a juridicidade, tema tratado a seguir.

#### **1.4 Identidade da juridicidade e constitucionalidade – uma redução política do direito**

A identidade da juridicidade com a constitucionalidade é contestada por Castanheira Neves, com base em três argumentos, dos quais se compartilha. O primeiro é que partindo do entendimento de que a constituição é o estatuto jurídico do político, por vezes mais jurídico (integrante dos valores e princípios jurídicos fundamentais), outras, mais político (dirigido a impor um marcado projeto político-social) a juridicidade não pode coincidir com a constitucionalidade, pois o estatuto jurídico do político não oferece fundamentos políticos de todo o direito<sup>26</sup>. O segundo se refere ao problema da validade axiológico – normativa fundamentante da constituição, de modo que “nenhuma constituição será legítima (válida) se tentar fundar a sua constitucionalidade (sua normativa constitucionalidade) apenas no poder” que a impôs<sup>27</sup>, o texto constitucional precisa ser materialmente legítimo. Para fundamentar materialmente a ordem constitucional o aspecto tão-somente formal não é aceito, precisa-se de um postuldo axiológico transconstitucional. A axiologia e a normatividade que a transcendem ultrapassam consequentemente o finalismo puramente político.

---

<sup>24</sup> R. WASSERMANN, *Der politischer Richter*, 1972 *apud* NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.405.

<sup>25</sup> A constituição desempenha a função de definir um projeto político e programar normativamente esse projeto. NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.405.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p.406-407.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p.407.

O terceiro argumento baseia-se no problema da interpretação da própria constituição já que constituição tem uma menor densidade normativa, necessitando de um esforço do julgador e assim, para os adeptos da redução política diante dos espaços normativos abertos presente na normatividade da constituição pretendem uma interpretação fundada em uma intencionalidade política, pelo finalismo político e não em critérios normativo-jurídicos carecendo então de validade ou legitimidade<sup>28</sup>.

Dito isso, observa-se que a axiologia e a normatividade especificamente jurídica não se identificam com a axiologia e a intencionalidade político-constitucionais, já que a constituição apenas prevê juridicamente o que se tem “por politicamente mais relevante”.

A sociedade está perante um cenário onde a intenção política pretende determinar e dinamizar o jurídico e por sua vez a intenção jurídica não renunciará sua axiologia e normatividade própria em detrimento de uma intencionalidade material ideológica, nota-se uma *tensão* e a partir desta passa-se a entender a importância da função judicativa.

### **1.5 A importância do órgão decidente**

À tensão existente entre a racionalidade política e a racionalidade jurídica deve ser “chamado” um Estado-de-Jurisdição para a busca de um ponto de equilíbrio.

Para tanto o juiz seria o sujeito concreto da intenção jurídica, pois ele reúne três características essenciais para exercer a função judicante, a imparcialidade, a neutralidade ideológica e a independência institucional, ou seja, a atividade jurisdicional é que a menos deve temer a um poder de domínio. Registra-se ainda que se a intenção do direito é uma intenção axiológico-normativa universal (não unilateral) então ao juiz atribui-se a tarefa de dizer autenticamente o direito é ele “o representante originário da soberania ainda não delegada do povo” que ao proclamar o direito, “reconhece a todos e cada uma dos membros da comunidade, na sua dignidade, na sua liberdade, na sua igualdade, na sua participação e na sua responsabilidade social”.

---

<sup>28</sup> *Ibidem*, p.409.

O conflito é o “mediador problemático”, ou seja, conduz para um direito a constituir à partir de um direito instituído, já objetivado e esse conflito requer uma solução, cujo fundamento será a intenção autonomamente específica do direito<sup>29</sup>.

Entende-se que por um lado a atividade legislativa cria o direito com base em uma dimensão jurídico-política, marcado pelo finalismo político e por outro a atividade jurisdicional também participa da criação do direito, porém não atua segundo uma intencionalidade política e postula a validade do direito nos princípios e valores universais presentes na vida comunitária.

Ademais, à jurisdição compete afirmar o direito, de maneira autônoma da instância política, de modo a corrigir e limitar as parciais e ideológicas ações do poder político<sup>30</sup>.

## **1.6 A Intenção Política e o seu Sentido Ideológico Estritamente Político**

Uma sociedade é formada por três intenções fundamentais, a intenção econômica ou socialmente instrumental do útil e do interesse, a intenção socialmente ideológica do domínio e da instituição ou político e a intenção socialmente axiológica da validade e do valor ou ético<sup>31</sup>.

Ocorre que estas três dimensões não se afirmam numa simples soma aritmética, elas encontram seu ponto de encontro na dimensão política, que diante de conflitos de interesses utiliza-se de determinados valores inerentes ao seu projeto ideologicamente estratégico para solucioná-los. Embora o político possa ser considerado mediador (ideologicamente estratégico) entre o econômico e o axiológico isso não significa o equilíbrio histórico,

---

<sup>29</sup> NEVES, Castanheira A. **A Revolução e o Direito. A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário**. Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 171.

<sup>30</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 69, 2003, p. 68.

<sup>31</sup> Segundo a fórmula de RICOEUR, as intenções do *ter*, do *poder* e do *valer*. Apud NEVES, Castanheira A. **A Revolução e o Direito. A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário**. Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 174.

sendo assim é importante buscar uma intenção manifestada justamente no direito que vise esse equilíbrio segundo uma intenção de totalização social com fundamento axiológico<sup>32</sup>.

Com isso demonstra-se que o direito não se identifica com a intenção política, pois o fenômeno político tem uma intenção ideológica, “que afeiçoa a realidade social até lograr que essa realidade se estabilize e institucionalize de acordo com a teleologia daquela ideológica intenção<sup>33</sup>”.

Cumprе ressaltar que o sentido de ideológico ou ideologia não é unívoco, assim sendo extrai-se o caráter sociológico-epistemológico negativo, o sentido culturalmente positivo e por último o sentido estritamente político, sobre o qual será pertinente traçar algumas considerações.

A ideologia em seu sentido estritamente político se refere a uma “expressão sociologicamente intencional de um grupo determinado e circunscrito na pluralidade dos grupos sociais”, revela sua característica de unilateralidade e de parcialidade<sup>34</sup>.

Diferentemente da intenção política enquanto ideologia no seu sentido estritamente político a intenção axiológica (comunitariamente axiológica) cujo fundamento encontra-se nos valores é universal e não unilateral e discriminadora como aquela.

A dimensão política do direito deveria ser uma dentre outras, para que não ocorra a hipertrofia do político, através do qual o direito passa a ser impregnado pela intenção exclusivamente política ou “um marcado e correlativo voluntarismo no poder<sup>35</sup>”.

Só será compreendido verdadeiramente o direito se for reconhecido a “inteligibilidade da sua autônoma intenção material a afirmar-se na normatividade de uma específica axiologia<sup>36</sup>”.

Diga-se ainda que o direito não possa esvaziar-se da sua *vocação ética* abandonando o seu conteúdo axiológico, pois é o direito a “intenção socialmente axiológica”, salienta-se que a intenção fundamental do direito visa “o ponto ótimo da dialética entre a

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 187 – 188.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 180.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 53.

pessoa<sup>37</sup> (com o direito da sua autonomia, direito de participação e realização) e a comunidade (com os deveres de solidariedade e de coresponsabilidade).

## 1.7 Da diferença do Político e da Política

Mesmo diante da pluralidade de teorias existentes, cada uma com sua particularidade a busca por um conceito é imprescindível, no entanto Cabral de Moncada diz que “sem conceitos, nada feito: não pode haver no mundo da inteligência senão trevas e confusão”<sup>38</sup>. Nesse sentido busca-se o conceito de político que por sua vez se diferencia do conceito de política.

Ao se falar em político tem-se, primeiramente, à idéia de que o homem vive em sociedade, e que segundo os dizeres de Castanheira Neves a existência comunitária “é condição empírica da viabilidade” da realização humana<sup>39</sup>. E então pode-se entender que “todo o ordenamento jurídico, só por ser jurídico, tende a estabilizar-se” ou seja “a converter-se em *estado*” e essa idéia de equilíbrio integrador e totalizante de fins a serem atingidos resume o conceito de político, o qual pressupõe e reclama o jurídico, no sentido de uma normatividade em abstrato nas relações intersubjetivas<sup>40</sup>.

De acordo com Cabral de Moncada o político é “a vida social humana perfilada em forma”, de maneira que o *momento político* está presente em tudo que for social<sup>41</sup>. O conceito de político remete à essência integrante do ser humano ou a ainda à humana coexistência comunitária.

Por fim tem-se que tanto o político como o jurídico tem como

---

<sup>37</sup> O Professor Doutor Castanheira Neves distingue o *sujeito de direito*, categoria dogmática, de cunho abstrato-formal e *pessoa de direito*, de natureza concreta-social é uma condição real a implicar o contexto humano-social da sua efetiva possibilidade. **A Revolução e o Direito**, 1976, p. 123.

<sup>38</sup> CABRAL DE MONCADA, Luis. **Da Essência e Conceito do Político**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVII, 1961, p. 6.

<sup>39</sup> NEVES, Castanheira A. **A Revolução e o Direito. A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário**. Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 132.

<sup>40</sup> CABRAL DE MONCADA, Luis. **Da Essência e Conceito do Político**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVII, 1961, p. 18.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 27.

ponto de convergência a idéia do *social*, do *homem social*, “ao mesmo tempo vida, espírito e existência deste homem no seu “estar-no-mundo”, tal como ele aí *é e está*”, sempre tendo em mente a idéia do *homem social* no sentido de Aristóteles e de São Tomás de Aquino, no seu real e concreto existir.

Enquanto que por política entende-se a prática e a intencionalidade de um objetivo estratégico, ou ainda a contingência ideológica socialmente contextualizada e efetivada por um determinado poder governante, como “intenção e ação específicas do imediato finalismo estratégico ou de oportunidade ideológico-social e atuado por um poder organizado de governo”<sup>42</sup>.

Assim a essência do direito decorre do político e não da política, pois é no poder politicamente legítimo “que a sociedade encontra a unidade da sua própria manifestação”<sup>43</sup> e por isso o Doutor Castanheira Neves menciona que entre o direito e o poder político há uma conexão, pois os direitos somente poderão ser reconhecidos na sua eficácia e obter sua execução através de organizações que tomem decisões coletivamente vinculantes, o que não se confunde com a pretensão de uma “instrumentalização do direito aos projetos estratégicos do poder”<sup>44</sup>.

Nota-se, no decorrer do trabalho, que a política é uma intenção unilateral, partidária é uma estratégia cuja intencionalidade busca um fim (ou fins) perseguido(s) por uma vontade política. A decisão política atenderá aos requisitos de conveniência e oportunidade frente a uma ordem plural de soluções estrategicamente concebidas<sup>45</sup>.

Enquanto o direito, como já mencionado, tem sua validade axiologicamente fundamentada e universal. A decisão jurídica será tomada por um juiz, que a fundamentará não em uma opção

---

<sup>42</sup> NEVES, Castanheira A. **Apontamentos Complementares de Teoria do Direito –** Símulos e Textos. Coimbra: Coimbra, s.d, p. 32.

<sup>43</sup> NEVES, Castanheira A. **A Revolução e o Direito. A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário.** Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 177.

<sup>44</sup> NEVES, Castanheira A. **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 72, 2003, p. 124.

<sup>45</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista.** Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 69, 2003, p. 141.

programática (teleologia política) e sim com base em valores e princípios do direito tendo como destinatário o indivíduo considerado pessoa.

### 1.8 A autonomização do direito perante a política

A especificidade do direito não pode ficar comprometida pela política, pois a “intencionalidade material na normatividade jurídica enquanto tal e a concreta decisão problemáticamente judicativa não tem de ocupar-se de “efeitos não jurídicos” e sim da justeza normativo-problemática da realização em concreto da mesma normatividade jurídica”<sup>46</sup>.

A Justiça que se pretende não é a *justiça política* proposta por John Rawls no seu livro intitulado, *Uma Teoria da Justiça*, pois esta cerceia o direito de sua diferenciação intencional e na autonomia do seu sentido. A justiça política é pensada segundo um modo de constituição e organização das sociedades político-sociais, através do qual as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios da cooperação social, e ainda tal concepção de justiça considera o sujeito individual, orientado por seus próprios interesses<sup>47</sup>.

Dito de outra forma a justiça segundo o seu sentido filosófico tradicional é entendida como um “axiológico fundamento materialmente transcendente e crítico”<sup>48</sup>.

Inegável que as leis não passam de um instrumento político, pois através delas se impõe um programa de ação político-social, oriundo de uma certa classe política que obteve legitimidade, ainda que partidária para legislar segundo os fins particularmente estabelecidos, renunciando a universalidade de certos valores e princípios normativos e consequentemente o direito é reduzido à política.

---

<sup>46</sup> NEVES, Castanheira A. **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 72, 2003, p. 57.

<sup>47</sup> As referências feitas à justiça política dizem respeito à obra *A Theory of Justice* de John Rawls que foi objeto de análise crítica pelo autor Castanheira Neves em sua obra, **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**, p. 69.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 69.



Assim sendo observa-se que não será através do poder legislativo que se conquistará a autonomia do direito em relação à política, pois este tem seu compromisso político. Desse modo percebe-se a jurisdição como a índole jurídica e autonomamente jurídica a se contrapor ao comprometimento político do legislativo.

Pretende-se que o direito, como já mencionado do presente trabalho, realiza-se em um contexto político, porém em seu sentido autônomo e específico de expressões axiológico-normativas e institucionais<sup>49</sup>.

No momento histórico que o direito se identificava com a legalidade ao problema político, fosse ele o problema do poder, ou seja, “da nova índole e da institucionalização de um novo poder” ou o problema do vínculo político social, foi dada uma solução jurídica, nos dias atuais, tomado o direito apenas como um instrumento político-social, o problema se refere ao do *fundamento-validade* constitutivo do direito, e para o qual não deve buscar uma solução na política e sim jurídica<sup>50</sup>.

Ademais pergunta-se: Como manter uma dimensão política do direito sem a sua conseqüente negação?

Sobre a questão acima formulada é possível elencar, resumidamente, duas condições de possibilidade, uma em sentido negativo de maneira que a dimensão política que se firma no direito e os critérios políticos a serem utilizados na sua decisória realização não o exclua, ao ponto de não se falar mais em dimensão política do direito, nem de critérios políticos da metodológica realização do direito, mas sim exclusivamente de política, chegando ao tão desejado por alguns à ciência política do direito, teoria crítica do direito, juiz político, questões tratadas anteriormente. E outra em sentido positivo trata-se de aceitar a existência de uma intencionalidade normativo-material autônoma no direito, o que o pensamento da redução política da metodologia jurídica tinha como pressuposto a ausência desta<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>51</sup> NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.410.

## 2. O ESTADO SOCIAL E OS DIREITOS SOCIAIS

Até o século XIX o Estado era mínimo, absenteísta, a ele cabia apenas garantir e proteger os direitos e liberdades individuais era um Estado de Direito liberal, formalmente concebido onde há o império da lei.

A partir do século XX o Estado impõe – se como entidade atuante na ordem social, de modo que a lei passa a implementar diretrizes políticas, nas palavras de Plínio Saraiva Melgaré a lei “torna-se uma instrumento de governabilidade política, o instrumento mobilizado para o implemento na prática social da concepção programático – política do governo” ou ainda, “meio para a obtenção de uma determinada finalidade política”<sup>52</sup>.

Fernando José Bronze adverte que perante o Estado Social, por sua vez intervencionista, o Direito corre o risco de perder sua autonomia para apenas cumprir a estratégia do poder, funcionalizando-se e tornando-se então “instrumento em especial do seu programa sócio-político-econômico”<sup>53</sup>.

O homem coexiste socialmente e é na sociedade que aparecem as desigualdades, as injustiças socioeconômicas, havendo uma luta constante dos indivíduos massificados pelo bem-estar. Sob este prisma é que se entende o Estado Social de Direito como aquele preocupado com a *questão social*. Juntamente com o Estado Social de Direito veio o espírito “funcionalisticamente tecnológico - instrumental e pragmático utilitarista”<sup>54</sup>.

Neste sentido a lei deixa de ter uma índole universal e passa a assumir uma fracionada intenção de um projeto representativo de um setor da sociedade, o poder legislativo deixa de ser representante de uma vontade geral e passa a atuar segundo anseios políticos, intenção por sua vez partidarista.

---

<sup>52</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 69, 2003, p. 52.

<sup>53</sup> BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 290.

<sup>54</sup> NEVES, Castanheira A. **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 72, 2003, p. 52.

Com os direitos fundamentais surge a necessidade de uma maior intervenção estatal. Através do Poder Legislativo, deve haver a produção de normas que estabeleçam os conteúdos dos direitos sociais previstos de maneira indeterminada nos textos constitucionais, enquanto o Poder Executivo deve assegurar a usufruição desses direitos através de políticas públicas que coloquem em prática o conteúdo reconhecido pelo legislador<sup>55</sup>. Dito isso, torna evidente a idéia de que a Constituição é um estatuto jurídico do político.

Ocorre que esse Constitucionalismo Social traz o problema de

---

<sup>55</sup> Cumpre salientar que os direitos fundamentais no que diz respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais estão interligados como políticas públicas sociais, é o que podemos visualizar nas Constituições Portuguesa e Brasileira. Dessa estreita relação existente entre direitos sociais e políticas públicas emerge o problema da atuação judiciária que busca uma solução para as demandas subjetivas baseadas por si só em direitos à educação, saúde, moradia. Diga-se problema pois como será visto os direitos sociais demandam alto custo e necessitam da atuação legislativa e administrativa para determinar quais e em que medida as políticas públicas serão posta em prática para atender os preceitos constitucionais, não bastando decisões individuais tomadas pelo judiciário sem o devido conhecimento das peculiaridades dos direitos sociais. A título de exemplo temos a Constituição da República Portuguesa de 1976 estabelece como tarefas fundamentais do Estado, promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais (Art. 9.º/d). Está previsto no art. 64.º que todos tem direito à protecção da saúde e de a defender e promover (art. 64.º /1)e para assegurar à protecção da saúde cabe ao Estado garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação (art. 64.º/3/a), Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade ((art. 64.º/3/d), entre outros. A Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988 estabelece no título II que trata sobre os direitos e garantias fundamentais, o capítulo II, que prevê de maneira indeterminada os direitos sociais quais sejam: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a protecção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Art. 6º). A competência legislativa é concorrente para legislar sobre a defesa à saúde (art. 24, inc. XII) e no art. 196 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado garantido mediante políticas sociais e económicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, protecção e recuperação. A execução de ações e serviços de saúde deverá ser feita diretamente pelo Estado ou através de terceiros, assim como por pessoa física ou jurídica de direito privado (art. 197).

saber como implementá-lo, pois é sabido que o Estado não tem condição de satisfazer todos e em todos a sua extensão, diante dessa incapacidade estatal de efetivação dos direitos sociais o Judiciário passa a ser acionado para dirimir os conflitos, e então se depara com o controvertido tema da justiciabilidade dos direitos sociais.

Entende-se por justiciabilidade a possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juízo ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito<sup>56</sup>.

Denominam-se direitos sociais “todos aqueles direitos que encontram sua garantia básica na realização e efetividade de determinados deveres de fazer do Estado”<sup>57</sup>.

Se as pretensões sociais fossem satisfeitas pelas garantias ou promessas constitucionais tudo se resolveria por políticas públicas prestacionais e pela satisfação profunda dos seus destinatários<sup>58</sup>, o que por ora sabe-se que não ocorre.

Neste contexto visualiza-se uma tensão entre projeto político-constitucional e projeto político-econômico, que culmina com o confronto de interesses na Jurisdição, onde o juiz é chamado a dizer o direito. Pergunta-se: Qual direito? O Direito identificado com texto constitucional ou o Direito baseado na sua autônoma racionalidade axiológica? É o que será enfrentado no próximo tópico.

## **2.1 O órgão decidendo atuando na concretização dos direitos sociais.**

A justiciabilidade dos direitos sociais é um tema recorrente principalmente em países em desenvolvimento, onde os governantes tem sido ineficientes em implementar políticas públicas voluntariamente. Problema pouco visualizado em países desenvolvidos, pois estes se encontram em um estágio avançado do

---

<sup>56</sup> Conceito elaborado pela autora Cristina Queiroz. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.148.

<sup>57</sup> PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 157.

<sup>58</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O Estado e seus Limites. Reflexões Iniciais sobre a Profanação do Estado Social e a Dessacralização da Modernidade.** Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXIII.Coimbra,2007, p.577.

Estado Democrático e Social de Direito, assim sendo não é tão necessário a intervenção judicial, pois em regra, os mecanismos clássicos da democracia representativa (parlamento e governo eleitos pelo povo) conseguem fornecer para a população a realização dos mais básicos direitos de dignidade. Entretanto vivencia-se uma época marcada por uma crise econômica mundial fato este que justifica a discussão deste tema perante países desenvolvidos também.

Inúmeras objeções existem para se opor à justiciabilidade dos direitos sociais, tais como a incompatibilidade de concretização judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais com o princípio da separação dos poderes pois o judiciário estaria invadindo a esfera de atuação tanto do legislativo quanto do executivo, a falta de legitimidade democrática do judiciário, a limitação de recursos orçamentários para satisfazê-los e a indeterminabilidade dos conteúdos dos direitos sociais (vagueza). Não se adentra no mérito de saber se as objeções acima referidas tem fundamento ou não, parte-se do ponto de que hodiernamente a jurisdição está sendo convocada *a dizer o direito* em face de casos concretos e que dessa obrigação não se pode eximir.

Perfilha-se da idéia de que a Constituição é o estatuto jurídico do político e de que a juridicidade não se confunde com a constitucionalidade. Cumpre ressaltar que é no direito constitucional que se encontra uma valorização fortemente política e nas palavras de Castanheira Neves é “decerto o domínio político-jurídico por excelência”, o que leva a compreender o direito sem a sua autonomia sendo então funcionalizado em face de uma “perspectiva particular cultural e teleológica de uma parte do universo jurídico”<sup>59</sup>.

Observa-se que no processo judicial as dúvidas permanecem e a discussão só termina por meios não dialógicos, pois o julgador busca a verdade processual, ou seja, a verdade que seria a finalidade da atividade probatória e não a justeza das decisões.

Com a constitucionalização dos direitos sociais o político estabeleceu as suas intenções partidárias dessa maneira o órgão julgador não pode ficar restrito a aplicação da constituição pois o

---

<sup>59</sup> NEVES, Castanheira A. **Uma Reflexão Filosófica Sobre o Direito “O Deserto está a Crescer ...” ou a Recuperação da Filosofia do Direito?** Digesta. v. 3.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.79.

sujeito *juiz* foi designado para dizer o direito, direito este autonomizado da política.

Considerando o peculiar custo para a efetivação dos direitos sociais e sua característica indeterminável, à primeira vista seria possível imaginar erroneamente, adianta-se, que o juiz poderia se negar à prestação jurisdicional pois as normas jurídicas de cunho constitucional deveriam ser determinadas, o que não ocorre no presente caso, eis que as normas sociais não estabelecem qualquer previsão hipotética e portanto o juiz poderia abster-se da prestação jurisdicional. Tal hipótese não pode ser admitida.

A segunda hipótese seria a de que o juiz poderia, utilizando-se de fundamentos da política, negar o direito à saúde, à educação ao requerente que judicialmente pleiteia a concretização de um direito subjetivo, justificando que tais direito não são justiciáveis pois dependem primeiramente de uma atuação legislativa para a feitura de uma legislação infraconstitucional mesmo porque o modo e em que medida os direito sociais serão concretizados depende de políticas públicas e portanto não cabe ao juiz decidir. Outra hipótese também controversa.

O que se pretende é uma atuação do órgão judicante na busca pela justeza de sua decisão.

Acredita-se que o problema dos direitos sociais é uma tema que ilustra muito bem o direito, por um lado, reduzido à intenções por si só políticas identificando a constitucionalidade com a juridicidade mas por outro lado surge a possibilidade de romper com essa visão funcionalista jurídica política do direito propondo-o autonomamente no seu sentido axiológico – normativo e este sentido do direito pode se manifestado no caso concreto através da atuação jurisdicional sob o enfoque do modelo de juridicidade chamado Jurisprudencialismo, tema este extenso e distante da simplicidade pela qual será feito algumas considerações.

## **2.2 O Jurisprudencialismo e a possibilidade do Direito autonomizado da Política**

Com este trabalho a pretensão não é se dedicar profundamente ao jurisprudencialismo, mas é imprescindível traçar algumas linhas gerais sobre tal modelo de juridicidade, pois tal modelo de jurisdição

do jurisprudencialismo embora não resolvesse os problemas das maselas sociais chegaria muito próximo do meio termo entre o juiz militante político e o administrador discricionário.

Primeiro porque o jurisprudencialismo tem como destinatário o homem como pessoa. A concepção do homem é parte integrante do pensamento jurisprudencialista, ou seja, deve haver uma superação da compreensão do “homem que concebe tudo como um fim, tudo é visto como um instrumento para a realização de algo”<sup>60</sup>. O homem deve deixar o individualismo contemporâneo, aquele despreocupado, indiferente como o mundo e com os que o cercam, o que busca cegamente, egoisticamente e irrestritamente os seus desejos, as suas realizações pessoais.

O jurisprudencialismo, reitera-se, tem como princípio estruturante o homem como pessoa<sup>61</sup>, reconhecido pela sua dignidade, o homem insusceptível de instrumentalização, ou ainda “o homem como um fim em si mesmo”<sup>62</sup> e não o homem visto e utilizado como meio.

Segundo que a juridicidade não se identifica com a normatividade proposta, ou seja, o direito não se identifica com as suas normas, mesmo porque inexistindo uma norma jurídica capaz de se oferecer como critério no juízo – judicativo decisório, como é o caso dos direitos sociais devido a sua *vagueza*, este juízo pode se valer de analogia ou qualquer outro fator regulativo ou particular fundamento que orientem e dêem validade a essa decisão constituinte.

O terceiro refere-se ao enfoque tomado pelo direito sob a concepção jurisprudencialista, enfoque este direcionado em razão de uma prática, ou melhor, pelos concretos problemas humanos.

Dessa maneira vê-se que o sentido prático – jurisprudencial da realização do direito de como ponto de partida o caso concreto, e não

---

<sup>60</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 69, 2003, p. 154.

<sup>61</sup> Segundo o entendimento do Doutor Fernando José Bronze o que precisamente autonomiza o direito da política é justamente a preocupação do homem-pessoa é pretender que o Direito enquanto normatividade ordenadora da prática assimile e realize valores inerentes à dignidade da pessoa (valores da vida, da liberdade, da igualdade, da validade dos meios para se atingirem os fins). **Lições de Introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.298.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 156.

a norma abstratamente considerada que aguarda uma atividade de subsunção do juiz, desse modo é o caso que interpela o sistema ou a normatividade pressuposta em busca de uma resposta normativo – concreta. Esse sistema é constituído pelos seguintes elementos: princípios, normas, jurisprudência e a dogmática.

Através da dialética entre o problema e o sistema é que chegar-se-á a uma decisão judicial.

A decisão judicativa afasta-se de um simples aplicar dedutivo da norma, bem como da visão estratégico-finalística em que se resume o direito ao mero instrumento da política.

É certo que seguindo essa linha de pensamento o direito não será visto como mero instrumento social de racionalidade e satisfação de interesses ou de objetivos político-sociais.

A concepção jurisprudencialista tem uma composição pluridimensional, com ênfase nos princípios afastando-se das normas preestabelecidas, os princípios convocam a axiologia por eles expressada de modo a constituir o direito e a sua autonomia material, “negando-lhe a condição de aparelho ideológico”<sup>63</sup>.

Conforme explica Plínio Melgaré o jurisprudencialismo anima-se por um modo dialético, argumentativo e problemático do pensar. O eixo é a *praxis* jurídica e a busca pela solução da controvérsia jurídica se dá pela racionalidade jurídica, através de um problema colocado que estará sujeito a um processo dialógico, uma relação discursiva, alternando-se justificativas para então fundamentar a decisão para a controvérsia<sup>64</sup>.

O jurisprudencialismo tem como pressuposto a *práxis* está entendida atualmente em um contexto comunitário – culturalmente significativa e em uma dialética concretamente problemático – constituinte, afastando-se do entendimento de uma *práxis* como “integração de transcendência ontológica” ou “uma mera contingência dos fins da vontade e dos interesses”<sup>65</sup>.

Resumindo, há dois pólos, em um há o sistema normativo e no

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>65</sup> NEVES, Castanheira A. **Quadro das Perspectivas Actuais de Compreensão da Juridicidade**. Coimbra, 1995. Texto/ Guião de um curso de mestrado dado na Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, em outubro de 1995, p. 175.



outro o problema, aquele constitui-se em uma validade pressuposta, objetivada em uma dogmática e este exige diante de sua concretude prática a autônoma mediação judicativa. Dessa maneira desenvolve-se uma relação dialógica entre o problema e suas específicas imposições com a intencionalidade axiológica da normatividade jurídica<sup>66</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se como resta claro no decorrer do presente trabalho que o direito deve ser entendido como axiológica normatividade autônoma.

Mas pergunta-se qual é o sentido axiológico-normativo? Para responder a essa indagação deve-se primeiramente renunciar o entendimento do direito como objeto como era visto pelo normativismo<sup>67</sup> e também a idéia do direito como um instrumento técnico ou estratégico de regulação social ou ainda com objetivos estritamente políticos segundo o funcionalismo jurídico político. Depois precisa-se visualizar no direito um valor que se busca inerentemente à sua aplicação é o direito chamado para dar solução a casos concretos cujos titulares são sujeitos “pessoalmente particulares de nome próprio”.

Sendo assim, a redução política da metodologia jurídica nem é necessária, nem tem de considerar-se validada em princípio, pois há possibilidade de pensar uma axiologia e uma normatividade especificamente jurídicas em que o direito vê garantida a sua autonomia intencional<sup>68</sup>.

Cumprir observar que a solução desejada pelo direito não desconsidera as normas jurídicas, afinal a positividade do direito é imprescindível, já que tais normas são prescritas a partir de uma opção político-estratégica dotada de um valor normativo vinculante oriundo

---

<sup>66</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista**. Coimbra: Coimbra Editora, Stvdia Ivridica 69, 2003, p. 174.

<sup>67</sup> Para o normativismo jurídico o direito era só intenção objetivo-analítica, um sistema racional de critérios normativos abstratos, a axiologia convocada era apenas de uma racionalidade prática.

<sup>68</sup> NEVES, Castanheira A. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico**. Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.410.

da legitimidade autoridade político-jurídicas, ocorre que antes de se voltar às prescrições normativas o poder judicial vale-se de opções axiológicas, postulados normativos e princípios jurídicos.

A intenção material e, portanto, axiológica do direito não se confunde com a intenção material ideológica do político pois aquela trata-se de uma intenção que pretende cumprir o sentido autenticamente humano do homem em comunidade na sua plena axiológica validade e sem qualquer “discriminação partidária e sem o cálculo ideologicamente unilateral de uma estratégia” fundamento desta<sup>69</sup>.

O direito é a expressão normativa da axiologia da existência comunitária que busca um ponto ótimo da dialética existente entre a pessoa, o eu-pessoal, que consiste na autonomia através da qual o homem é sempre mais do que o seu ser social, ou ainda é “a pessoa na singularidade de sua personalidade” e o eu-social, este entendido não como simples soma associativa, mera coexistência material e sim autêntica convivência intencional<sup>70</sup>.

Ao político cabe definir a estrutura concreta dos poderes e optar pela índole e os objetivos sociais da organização econômica, porém respeitando os valores fundamentais, quais sejam: o valor pessoal e o valor comunitário. Dessa maneira se a realidade político-econômica respeitar tais valores além de ser uma ordem político-econômica será também uma *ordem de direito*<sup>71</sup>.

Não se pode identificar o direito com a lei, vez que esta é a expressão de uma vontade partidária, ou seja, fruto de uma ideológica política e, portanto, restrita a um determinado grupo que são detentores legítimos do poder de fazer leis e que através delas exprimem suas estratégias, afinal não é possível falar atualmente que a lei é criação da *vontade geral* como pensava Rousseau). Logo a lei não é um instrumento do direito enquanto uma intenção específica e autônoma, é ela apenas uma expressão político-jurídica e não uma intenção jurídica.

Resumidamente tem-se que a intencionalidade axiológica normativa do direito é uma intenção comunitariamente integrante, pois “é apta a convocar todos os membros da comunidade à

---

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 206.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 210.

responsabilidade do autêntico sentido humano que lhes cumpre”, superando ou reduzindo comunitariamente os conflitos da prática histórico-social. É uma intencionalidade axiológica crítica que lhe permite tomar posição de validade perante quaisquer outras intenções sociais, por exemplo, as intenções ideológico-políticas. Além de uma consciência axiológico-jurídica integrante e crítica a intenção normativa exprime uma caráter histórico e aberto; histórico porque participa da historicidade<sup>72</sup> humana e aberta, pois está susceptível a uma objetivação histórica, um contínuo constituendo<sup>73</sup>.

Assim sendo observa-se que a universalidade axiológica, por sua vez normativa, histórica, integrante, aberta e crítica do direito se opõe à particularidade da intenção ideológico-política, com as suas características de unilateralidade estratégica e partidarismo militante<sup>74</sup>.

Por fim, nota-se que a autonomia axiológico-normativa do Direito pode ser alcançada através de um diálogo problemático-judicativo e que o Direito constitui nos dias de hoje, perante uma sociedade laica (dessacralizada) e plural (eticamente fragmentada) a única instância intencionalmente vocacionada para convocar os valores fundamentais de que o homem não quer renunciar, e portanto, para instituir o consenso axiológico comunitariamente possível<sup>75</sup>.

## REFERÊNCIAS

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CABRAL DE MONCADA, Luis. **Da Essência e Conceito do Político**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVII, 1961.

KAUFMANN, A; HASSEMER, W. **Introdução à Filosofia do Direito e à**

---

<sup>72</sup> Para o Doutor Castanheira Neves um ser de historicidade não é só histórico é aquele capaz de ultrapassar a sua situação temporalmente pontual e atual numa compreensão crítica do passado e numa antecipação constitutiva de futuro.

<sup>73</sup> NEVES, Castanheira A. **A Revolução e o Direito. A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário**. Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976, p. 212.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 216.

<sup>75</sup> Segundo o entendimento de Doutor BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 299.

**Teoria do Direito Contemporâneas.** Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calauste Gulbenkian, 2002.

LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. **A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial?** Revista Seqüência, n. 55, dezembro de 2007, Florianópolis, p. 175 – 194.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. **Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista.** Coimbra: Coimbra Editora, Studia Ivridica 69, 2003.

NEVES, Castanheira A. **A Revolução e o Direito. A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário.** Lisboa: Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1976.

\_\_\_\_\_. **Apontamentos Complementares de Teoria do Direito – Sumários e Textos.** Coimbra: Coimbra, s.d.

\_\_\_\_\_. **Quadro das Perspectivas Actuais de Compreensão da Juridicidade.** Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. **A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação.** Coimbra: Coimbra Editora, Studia Ivridica 72, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Redução Política do Pensamento Metodológico-Jurídico.** Digesta. v. 2.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – Os Modelos Actualmente Alternativos da Realização Jurisdicional do Direito.** Digesta. v. 3.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Uma Reflexão Filosófica Sobre o Direito “O Deserto está a Crescer ...” ou a Recuperação da Filosofia do Direito?** Digesta. v. 3.º. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 1997.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. **Casos Fáceis e Casos Difíceis. Algumas abordagens contemporâneas possíveis e seus diferentes pressupostos de inteligibilidade.** Dissertação apresentada para a conclusão do Mestrado em Ciências Jurídico-Filosóficas do curso de 2006/2007 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.